



Sbírka soudních rozhodnutí

STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA
MACIEJE SZPUNARA
přednesené dne 3. září 2020¹

Věc C-311/19

BONVER WIN, a.s.
proti
Ministerstvu financí ČR

[žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podaná Nejvyšším správním soudem (Česká republika)]

„Řízení o předběžné otázce – Volný pohyb služeb – Omezení – Vnitrostátní právní úprava zakazující provozování hazardních her na určitých místech – Použitelnost článku 56 SFEU – Přeshraniční prvek“

I. Úvod

1. Projednávaná žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podaná Nejvyšším správním soudem (Česká republika) svědčí o skutečnosti, že konkrétní právní otázka je ve věci předložené Soudnímu dvoru často skryta za zdánlivě nevinným – ne-li všedním – skutkovým rámcem sporu v původním řízení: poskytovatel sázkových služeb je povinen ukončit činnost kvůli obecní vyhlášce, kterou se zakazuje poskytování takových služeb v určité části města, v níž je poskytovatel sázkových služeb usazen. Tento obchodník tvrdí, že má zákazníky, kteří pocházejí z jiného členského státu. Postačuje tato skutečnost k aktivaci použití volného pohybu služeb podle článku 56 SFEU?

2. Projednávaná věc zasahuje tudíž přímo do jádra rozsahu věcné působnosti základní svobody vnitřního trhu.

3. Vymezení takového rozsahu je otázkou prvořadého významu; jedná se o jednu z nejstarších záležitostí unijního práva, která neustále vyvolává nové otázky. Mohou se lišit, pokud jde o skutkové okolnosti těchto věcí², avšak tím, co mají všechny společné, je skutečnost, že se jedná o samotnou podstatu vnitřního trhu a hospodářského uspořádání Unie. Hospodářské subjekty a jejich zákazníci se stejně jako členské státy dovolávají odpovědi na takové otázky. Rozsah základních svobod určuje, do jaké míry jsou členské státy v rámci svých (vnitrostátních) politických cílů vázány unijním právem vnitřního trhu, a tudíž svobodou, které hospodářské subjekty požívají: pokud členský stát není omezen například volným pohybem služeb, je rozsah potenciální činnosti takového státu v daném případě podstatně širší, než kdyby omezen byl. Naopak, pokud členský stát omezen je, je podstatně širší rozsah potenciální činnosti poskytovatelů služeb a jejich příjemců.

4. Odpovídající procesní stranou této hmotněprávní mince je skutečnost, že věci předkládané vnitrostátními soudy, ve kterých se všechny skutkové okolnosti sporu v původním řízení dotýkají pouze jednoho členského státu, jsou nepřípustné, pokud jde o výklad základních svobod.

1 – Původní jazyk: angličtina.

2 – Například: diskriminace nebo překážka, způsob prodeje nebo přístup na trh, čistě vnitrostátní situace.

5. V projednávané věci si Nejvyšší správní soud klade otázku ohledně rozsahu působnosti volného pohybu služeb podle článku 56 SFEU v situaci, v níž přeshraniční prvek představují zákazníci překračující hranici, aby využili ve svůj prospěch (je-li to správný výraz, pokud jde o oblast hazardních her) dotčených služeb v České republice.

6. V tomto stanovisku budu hájit názor, že se volný pohyb služeb podle článku 56 SFEU na položenou otázku v podstatě vztahuje. Předložím přitom Soudnímu dvoru klasický výklad volného pohybu služeb a odpovídající judikatury. Konkrétněji předložím Soudnímu dvoru k úvaze názor, že v současné době není namístě omezit rozsah této základní svobody v situacích, kdy se dotčená omezení použijí bez rozdílu právně i fakticky. Navrhnu tedy Soudnímu dvoru, aby odolal možnému pokušení vykládat rozsah věcné působnosti článku 56 SFEU v užším smyslu než dříve. Mám za to, že není dán prostor pro „uplatnění judikatury Keck na služby“: Soudní dvůr by z uvedené věci neměl vyvozovat žádnou analogii³.

II. Právní rámec

7. Podle § 50 odst. 4 zákona č. 202/1990 Sb., o loteriích a jiných podobných hrách (dále jen „zákon o loteriích“), použitelného v roce 2013, obec může přijmout obecně závaznou vyhlášku, kterou stanoví, že sázkové hry, loterie a jiné podobné hry mohou být provozovány pouze na místech a v čase touto vyhláškou určených, nebo stanovit, na kterých místech a v jakém čase je v obci provozování uvedených loterií a jiných podobných her zakázáno, nebo úplně zakázat provozování uvedených loterií a jiných podobných her na celém území obce.

8. Zákon o loteriích současně vymezuje, co se rozumí sázkovou hrou, loterií a jinou podobnou hrou.

9. Podle § 50 odst. 4 zákona o loteriích vydalo město Děčín (Česká republika) obecně závaznou vyhlášku č. 3/2013, o regulaci provozování sázkových her, loterií a jiných podobných her. Tato vyhláška zakázala na celém území města provozování sázkových her, loterií a jiných podobných her podle zákona o loteriích. Současně v příloze č. 1 vyhláška vymezila přesné adresy v Děčíně, na kterých bude povoleno provozování kasin.

III. Skutkový stav, původní řízení a předběžné otázky

10. Společnost BONVER WIN, a.s. (dále jen „BONVER WIN“) je česká obchodní společnost, která na základě povolení Ministerstva financí ČR (Česká republika) provozovala ve městě Děčín sázkové hry.

11. Vstupem obecní vyhlášky č. 3/2013 v účinnost se dostala činnost společnosti BONVER WIN do rozporu s touto vyhláškou, jelikož její provozovna se nenacházela na jedné z adres vymezených v příloze této vyhlášky.

12. Rozhodnutím ze dne 22. října 2013 zrušilo Ministerstvo financí povolení společnosti BONVER WIN k provozování sázkových her z důvodu, že toto povolení bylo v rozporu s obecní vyhláškou č. 3/2013.

13. Společnost BONVER WIN podala proti tomuto rozhodnutí rozklad, který ministr financí rozhodnutím ze dne 22. července 2014 zamítl.

³ – Rozsudek ze dne 24. listopadu 1993, Keck a Mithouard (C-267/91 a C-268/91, EU:C:1993:905).

14. Společnost BONVER WIN poté napadla toto rozhodnutí žalobou u Městského soudu v Praze (Česká republika), který ji zamítl. V odůvodnění rozsudku soud kromě jiného odmítl námitku rozporu vnitrostátní úpravy s unijním právem, když uvedl, že unijní právo na daný případ nedopadá, neboť žalobkyně nevyužívala volný pohyb služeb.

15. Vzhledem k tomu, že společnost BONVER WIN nebyla s touto argumentací spokojena, podala proti tomuto rozsudku kasační stížnost k předkládajícímu soudu, tedy k Nejvyššímu správnímu soudu, přičemž tvrdila, že Městský soud v Praze pochybil tím, že nepoužil unijní právo. Ustanovení obecní vyhlášky č. 3/2013 ve spojení s ustanoveními zákona o loteriích jsou dle názoru společnosti BONVER WIN v rozporu s unijním právem.

16. Podle vnitrostátního procesního práva byla věc dotčená v původním řízení nejprve přidělena pátému senátu Nejvyššího správního soudu, který měl za to, že volný pohyb služeb podle unijního práva je v projednávané věci použitelný, jelikož někteří zákazníci společnosti BONVER WIN pocházejí z jiných členských států. V důsledku toho tento senát v zásadě nepovažuje za nutné předkládat věc Soudnímu dvoru.

17. Avšak vzhledem k tomu, že jiné senáty Nejvyššího správního soudu v této souvislosti dospěly ve srovnatelných věcech k závěru, že unijní právo obecně – a volný pohyb služeb konkrétně – se nepoužije⁴, rozhodl se pátý senát postoupit věc podle vnitrostátního procesního práva rozšířenému senátu Nejvyššího správního soudu s tím, aby rozšířený senát změnil – z pohledu pátého senátu nesprávnou – judikaturu jiných senátů.

18. Rozšířený senát se následně rozhodl předložit věc Soudnímu dvoru.

19. Rozšířený senát vychází z předpokladu, že se v projednávané věci jedná o možné omezení svobody zákazníků přijímat služby, a nikoli o možné omezení volného pohybu služeb ve vztahu k jejich poskytovateli, kterým je česká společnost se sídlem v tomto členském státě. Předkládající soud uvádí, že z judikatury Soudního dvora vyplývá, že služby, které poskytovatel usazený v jednom členském státě poskytuje, aniž se přemístí, příjemci usazenému v jiném členském státě, představují přeshraniční poskytování služeb a že mezi tyto příjemce patří rovněž turisté nebo osoby cestující za účelem studia. Předkládající soud má dále za to, že takové vnitrostátní právní předpisy, jako jsou české právní předpisy dotčené v projednávané věci, které se použijí bez rozdílu na státní příslušníky tohoto členského státu i na státní příslušníky jiných členských států, mohou obecně spadat do rozsahu působnosti ustanovení týkajících se základních svobod zaručených Smlouvou o FEU pouze v rozsahu, v němž se použijí na situace související s obchodem mezi členskými státy.

20. Kromě toho má předkládající soud za to, že i když Soudní dvůr objasnil použitelnost článku 56 SFEU na situace, kdy poskytovatel nabízí své služby telefonicky nebo prostřednictvím internetu, a na situace týkající se skupin turistů, kteří jsou příjemci služeb, doposud jasně neurčil, zda se tento článek použije jen proto, že skupina státních příslušníků jiného členského státu může využívat nebo využívá v daném členském státě službu, která je primárně poskytována občanům. V tomto ohledu předkládající soud zdůrazňuje, že se neztotožňuje se závěrem, že nahodilá návštěva byť jen jednoho jediného státního příslušníka jiného členského státu v provozovně poskytující nějaké služby by automaticky aktivovala použitelnost článku 56 SFEU ve vztahu k jakékoliv vnitrostátní právní úpravě obecně regulující toto vnitrostátní odvětví služeb.

21. Kromě toho si předkládající soud klade otázku, zda by nebylo namístě v rámci volného pohybu služeb stanovit pravidlo *de minimis* založené na existenci dostatečné souvislosti mezi dotčenou právní úpravou a volným pohybem služeb. Předkládající soud má za to, že nediskriminační právní úprava použitelná na komunální úrovni nespadá do rozsahu působnosti článku 56 SFEU.

4 – Aniž byla podle všeho věc předložena Soudnímu dvoru.

22. Za těchto okolností se Nejvyšší správní soud rozhodl usnesením ze dne 21. března 2019, došlým Soudnímu dvoru dne 16. dubna 2019, položit následující předběžné otázky:

„1) Použije se článek 56 a násl. [SFEU] na vnitrostátní právní předpis (obecně závaznou vyhlášku obce), který v části jedné obce zakazuje určitou službu, jen proto, že část zákazníků tímto předpisem dotčeného poskytovatele služby může pocházet či pochází z jiného členského státu Evropské unie?

Pokud ano, postačuje pro aplikovatelnost článku 56 SFEU pouhé tvrzení možnosti výskytu zákazníků z jiného členského státu, anebo je poskytovatel služby povinen dokázat reálné poskytování služeb zákazníkům pocházejících z jiných členských států?

2) Je pro odpověď na první položenou otázku jakkoliv relevantní, že:

- a) Potenciální omezení svobody poskytování služeb je výrazně limitováno, a to jak geograficky, tak i věcně (potenciální aplikovatelnost výjimky *de minimis*);
- b) Není patrné, že by vnitrostátní právní předpis upravoval odlišným způsobem, právně nebo fakticky, postavení subjektů poskytujících služby především občanům jiných členských států Evropské unie, na straně jedné, a subjektů zaměřujících se na domácí klientelu, na straně druhé?“

23. Písemná vyjádření předložily Česká republika, Maďarsko a Evropská komise. Společnost BONVER WIN, Česká republika, Nizozemské království a Evropská komise se zúčastnily jednání, které se konalo dne 12. března 2020.

IV. Posouzení

24. Podstatou obou otázek předkládajícího soudu, které je třeba posoudit společně, je, zda se volný pohyb služeb podle článku 56 SFEU použije na situaci, kdy společnost usazená v jednom členském státě pozbude v návaznosti na vstup v platnost místních právních předpisů, které určují místa, v nichž má společnost povoleno vykonávat svou činnost, oprávnění provozovat tuto činnost, z důvodu, že někteří z jejích zákazníků pocházejí z jiného členského státu, než ve kterém je tato společnost usazena. V této souvislosti se předkládající soud táže, zda je pro tuto odpověď relevantní nediskriminační povaha těchto předpisů a existence pravidla *de minimis* v oblasti volného pohybu služeb.

25. Ze znění otázek je kromě toho zřejmé, že si je předkládající soud dobře vědom toho, že v případě, že by na projednávanou věc dopadal článek 56 SFEU, neexistují žádné pochybnosti o existenci omezení, a že by bylo na České republice, aby toto omezení odůvodnila.

A. Konstrukce otázky – k přípustnosti

26. Oproti prvnímu možnému zdání je přípustnost projednávané věci nepochybná.

27. Mám za to, že k prokázání přípustnosti a dosažení jádra otázky položené předkládajícím soudem je nezbytné se stručně zabývat historií jevu, který je dnes znám jako „čistě vnitrostátní situace“.

28. Podle dostatečně známé a ustálené judikatury platí, že ustanovení Smlouvy o FEU v oblasti volného pohybu služeb se nepoužijí na situaci, jejíž všechny prvky se nacházejí pouze uvnitř jednoho členského státu⁵. V rozsáhlé judikatuře Soudního dvora týkající se čistě vnitrostátních situací je přitom třeba rozlišit dvě roviny, věc samou a přípustnost.

⁵ – Viz rozsudek ze dne 15. listopadu 2016, Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874, bod 47).

1. Od věci samé...

29. Zrod a vývoj judikatury⁶ týkající se pravidla čistě vnitrostátní situace lze vysledovat v řadě rozsudků vydaných Soudním dvorem od konce 70. let 20. století, které byly všechny vyneseny v době věci Rewe-Zentral⁷ („Cassis de Dijon“): Koestler⁸, Knoors⁹, Auer¹⁰, Debauve a další¹¹ a Saunders¹². Zatímco ve věci Knoors¹³ „byla právní věta vynesena ve velmi úzkém kontextu“¹⁴, pokud jde o svobodu usazování a volný pohyb služeb, a věci Koestler¹⁵ a Auer¹⁶ zahrnovaly přeshraniční situace, použil Soudní dvůr pravidlo čistě vnitrostátní situace ve věci Saunders¹⁷.

30. Posledně uvedený rozsudek se týkal volného pohybu pracovníků podle nynějšího článku 45 SFEU. Britský státní příslušník byl poté, co se doznal k trestnému činu, odsouzen k tomu, aby se odstěhoval z Anglie do Severního Irsku a nevrátil se do Anglie nebo Walesu. Všechny skutkové okolnosti byly tedy omezeny na Spojené království. V takové situaci bylo pro Soudní dvůr celkem jednoduché rozhodnout, že cílem článku 45 SFEU¹⁸ „není omezit pravomoc členských států stanovit na svém území omezení volného pohybu všech osob, které podléhají jejich pravomoci, při provádění vnitrostátního trestního práva“¹⁹, a že „ustanovení Smlouvy v oblasti volného pohybu pracovníků tudíž nemohou být použita na čistě vnitrostátní situace členského státu, jinak řečeno, pokud neexistuje žádný prvek spojující je s jakoukoliv ze situací upravených [unijním] právem“²⁰.

31. Toto nově nalezené²¹ pravidlo se poté prolínalo s ostatními základními svobodami. Krátce po věci Saunders²² Soudní dvůr v rozsudku Debauve a další²³ rozhodl, že „ustanovení Smlouvy v oblasti volného pohybu služeb se nemohou použít na činnosti, jejichž relevantní prvky se nacházejí pouze uvnitř jednoho členského státu“. Soudní dvůr přitom konstatoval, že skutkové okolnosti dotčené věci zahrnují přeshraniční situaci.

32. Bylo vždy jasné a mimo jakoukoliv pochybnost, že se tyto rané věci zabývaly *hmotněprávní* otázkou: aby mohly být základní svobody Smlouvy věcně použitelné, vyžadují existenci takzvaného přeshraničního prvku. Čistě vnitrostátní situace nespádají do rozsahu věcné působnosti základních svobod, neboť cílem těchto svobod je liberalizace obchodu *mezi* členskými státy.

6 – Tento výraz si vypůjčuji z Arena, A., „The Wall Around EU Fundamental Freedoms: the Purely Internal Rule at the Forty-Year Mark“, *Yearbook of European Law*, 2019, svazek 38, strany 153–219, na s. 163.

7 – Rozsudek ze dne 20. února 1979 (120/78, EU:C:1979:42).

8 – Rozsudek ze dne 24. října 1978 (15/78, EU:C:1978:184).

9 – Rozsudek ze dne 7. února 1979 (115/78, EU:C:1979:31).

10 – Rozsudek ze dne 7. února 1979 (136/78, EU:C:1979:34).

11 – Rozsudek ze dne 18. března 1980 (52/79, EU:C:1980:83).

12 – Rozsudek ze dne 28. března 1979 (175/78, EU:C:1979:88).

13 – Rozsudek ze dne 7. února 1979 (115/78, EU:C:1979:31, bod 24): „ustanovení Smlouvy týkající se usazování a poskytování služeb nelze použít na čistě vnitrostátní situace členského státu“.

14 – Slovy stanoviska generálního advokáta J. P. Warnera ve věci Saunders (175/78, nezveřejněné, EU:C:1979:63, s. 1141).

15 – Viz rozsudek ze dne 24. října 1978 (15/78, EU:C:1978:184, bod 3).

16 – Viz rozsudek ze dne 7. února 1979 (136/78, EU:C:1979:34).

17 – Viz rozsudek ze dne 28. března 1979 (175/78, EU:C:1979:88, bod 10).

18 – Bývalý článek 48 Smlouvy o EHS.

19 – Viz rozsudek ze dne 28. března 1979, Saunders (175/78, EU:C:1979:88, bod 10).

20 – Viz rozsudek ze dne 28. března 1979, Saunders (175/78, EU:C:1979:88, bod 11). Je však zajímavé poznamenat, že v uvedené věci se generální advokát zabýval ve stanovisku otázkou zcela vnitrostátních situací, ale dospěl k jinému závěru než Soudní dvůr, což jej vedlo k analýze dotčených vnitrostátních aktů z hlediska volného pohybu pracovníků; viz stanovisko generálního advokáta J. P. Warnera ve věci Saunders (175/78, nezveřejněné, EU:C:1979:63).

21 – V dřívějších věcech, jako je například zásadní rozsudek ze dne 15. července 1964, Costa (6/64, EU:C:1964:66), Soudní dvůr podle všeho nepovažoval za nezbytné zabývat se otázkou čistě vnitrostátní situace.

22 – Rozsudek ze dne 28. března 1979 (175/78, EU:C:1979:88).

23 – Rozsudek ze dne 18. března 1980 (52/79, EU:C:1980:83, bod 9).

2. ... k přípustnosti

33. Logickým procesním důsledkem čistě vnitrostátních situací, které nespádají do rozsahu působnosti základních svobod, je nedostatek pravomoci Soudního dvora odpovědět na takovéto otázky, což vede k tomu, že žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce pramenící z případů čistě vnitrostátních situací jsou nepřipustné²⁴. Unijní právo se na takovou situaci jednoduše nepoužije.

34. V průběhu let se však objevilo mnoho případů, ve kterých Soudní dvůr odpověděl na otázky vycházející z vnitrostátních řízení, ve kterých byly všechny skutkové okolnosti omezeny pouze na jediný členský stát.

35. Tuto judikaturu již není potřeba sjednotit a shrnout, neboť byla nedávno shrnuta a roztržena v rozsudku ve věci Ullens de Schooten²⁵: věci vycházející z čistě vnitrostátních situací jsou i přesto přípustné²⁶ k řízení o předběžné otázce ve čtyřech specifických situacích. Jedná se o situace, kdy: 1) nebylo možné vyloučit, že státní příslušníci usazení v jiných členských státech měli nebo mají zájem využít těchto svobod za účelem výkonu činností na území členského státu, který přijal dotčenou vnitrostátní právní úpravu, a tato právní úprava, která se bez rozdílu uplatňovala na státní příslušníky daného členského státu i státní příslušníky jiných členských států, tedy mohla vyvolávat účinky, které se neomezovaly na tento členský stát²⁷; 2) předkládající soud podá žádost o rozhodnutí o předběžné otázce v rámci řízení o zrušení ustanovení, která se použijí nejen na státní příslušníky daného státu, nýbrž i na státní příslušníky ostatních členských států, a rozhodnutí, které předkládající soud přijme v návaznosti na rozsudek Soudního dvora vydaný v řízení o předběžné otázce, bude zakládat účinky i vůči státním příslušníkům ostatních členských států²⁸; 3) výklad základních svobod se ukazuje jako relevantní, pokud vnitrostátní právo předkládajícímu soudu ukládá, aby byla státnímu příslušníku členského státu tohoto soudu přiznána stejná práva, jaká by v téže situaci vyplývala státnímu příslušníkovi jiného členského státu z unijního práva²⁹, a kdy 4) se ustanovení unijního práva stala použitelnými v důsledku vnitrostátních právních předpisů, jež upravují řešení situací, jejichž všechny prvky se nacházejí pouze uvnitř jednoho členského státu, v souladu s řešeními upravenými unijním právem³⁰.

3. Uplatnění v projednávané věci: situace společnosti BONVER WIN

36. Pokud jde o projednávanou věc, je palčivě lákavé odpovědět, jak navrhuje Komise, že je na předkládajícím soudu, aby určil, zda v projednávané věci existuje přeshraniční prvek.

37. Taková odpověď by však znamenala nepochopení věci.

24 – I když riskuji, že budu obviněn z kacířství, pro usnadnění odkazu používám pojmy „pravomoc“ a „přípustnost“ zaměnitelně. Neznamená to, že si nejsem vědom právního rozdílu mezi těmito výrazy: „pravomoc“ je objektivní a odkazuje na oprávnění Soudního dvora vydat rozsudek, zatímco „přípustnost“ vykazuje subjektivní prvek, jelikož ji může zčásti určit předkládající soud. Věc je totiž přípustná pouze tehdy, pokud vnitrostátní soud dodržel relevantní procesní pravidla při předložení věci Soudnímu dvoru a řádně odůvodnil nezbytnost podání žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce. V tomto ohledu dále plně sdílím stanovisko generálního advokáta N. Wahla ve věci Gullotta a Farmacia di Gullotta Davide & C. (C-497/12, EU:C:2015:168, body 21 a 25), ve kterém je uveden obdobný názor, přičemž je zdůrazněno, že rozdíl mezi oběma výrazy není namístě přeceňovat.

25 – Viz rozsudek ze dne 15. listopadu 2016 (C-268/15, EU:C:2016:874, body 50 až 53). Pro úplné shrnutí judikatury Soudního dvora v této oblasti vydané před uvedeným rozsudkem viz stanovisko generálního advokáta N. Wahla ve spojených věcech Venturini a další (C-159/12 až C-161/12, EU:C:2013:529).

26 – V tomto smyslu viz rovněž mé stanovisko ve spojených věcech X a Visser (C-360/15 a C-31/16, EU:C:2017:397, bod 115).

27 – Viz rozsudek ze dne 15. listopadu 2016, Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874, bod 50).

28 – Viz rozsudek ze dne 15. listopadu 2016, Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874, bod 51).

29 – Viz rozsudek ze dne 15. listopadu 2016, Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874, bod 52).

30 – Viz rozsudek ze dne 15. listopadu 2016, Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874, bod 53).

38. Otázky předkládajícího soudu jdou více do hloubky. Předkládající soud neusiluje o zjištění, zda má Soudní dvůr odpovědět na danou otázku (bylo by každopádně zvláštní se s takovou otázkou obracet na Soudní dvůr), nýbrž zda se volný pohyb služeb podle článku 56 SFEU nemá použít v situacích, které jasně zahrnují přeshraniční prvek. Jinak řečeno, předkládající soud se táže na *rozsah působnosti* článku 56 SFEU. Předkládající soud se chce dostat k jádru otázky „čistě vnitrostátních situací“ a podle mého názoru se táže, zda by čistě vnitrostátní situace měly být koncipovány šířeji než doposud.

39. Jedná se tedy o hmotněprávní otázku, a nikoli o otázku přípustnosti.

40. Nakonec bych chtěl zdůraznit, že přípustnost projednávané věci vyplývá již z rozsudku Soudního dvora ve věci *Trijber a Harmsen*³¹. V uvedené věci požádal R.L. Trijber o povolení provozovat prohlídky na lodích v Amsterdamu (Nizozemsko). K tomu, aby Soudní dvůr rozhodl, že je věc přípustná, stačilo, že „příjemci této služby mohou být rovněž státními příslušníky jiných členských států a že dotčený režim může bránit v přístupu na trh všem poskytovatelům, včetně poskytovatelů z jiných členských států, kteří se chtějí usadit v Nizozemsku za účelem poskytování takové služby“³².

41. Soudní dvůr, jinak řečeno, založil přípustnost uvedené věci mimo jiné na skutečnosti, že *příjemci* služeb pocházeli z jiných členských států³³. Věc byla přípustná z důvodu, že příjemci dotčených služeb nepocházeli z členského státu, ve kterém byly služby nabízeny. Okolnosti projednávané věci jsou obdobné.

42. Pro shrnutí přípustnosti projednávané věci uvádím, že se Soudní dvůr nemůže – a neměl by – uchýlit k rozsudku ve věci *Ullens de Schooten*³⁴ za účelem odpovědi předkládajícímu soudu, neboť věc je zjevně přípustná.

B. K věci samé

43. Nyní se tedy budu zabývat meritem dotčené věci a rozsahem působnosti článku 56 SFEU³⁵.

1. K rozsahu působnosti článku 56 SFEU

44. Úvodem je třeba zdůraznit, že se projednávaná věc týká pouze věcného rozsahu působnosti volného pohybu služeb podle Smlouvy o FEU. Netýká se obecné slučitelnosti vnitrostátního opatření s volným pohybem služeb. Jinak řečeno, jedinou otázkou, o jejíž objasnění předkládající soud s pomocí Soudního dvora usiluje, je otázka existence *omezení* podle článku 56 SFEU (k čemuž by došlo, kdyby situace spadala do působnosti tohoto ustanovení), a nikoli otázka, zda by omezení bylo kromě toho *odůvodněno* naléhavým důvodem veřejného zájmu.

45. Podle článku 56 SFEU jsou v rámci ustanovení kapitoly o službách obsažené ve Smlouvě o FEU zakázána omezení volného pohybu služeb uvnitř Unie pro státní příslušníky členských států, kteří jsou usazeni v jiném členském státě, než se nachází příjemce služeb.

31 – Rozsudek ze dne 1. října 2015 (C-340/14 a C-341/14, EU:C:2015:641).

32 – Viz rozsudek ze dne 1. října 2015, *Trijber a Harmsen* (C-340/14 a C-341/14, EU:C:2015:641, bod 41). Kurzivou zvýraznil autor stanoviska.

33 – Rozsudek ze dne 1. října 2015, *Trijber a Harmsen* (C-340/14 a C-341/14, EU:C:2015:641), je tedy případ se zajímavým zvratem: Soudní dvůr poté, co prokázal, že určité situace *neměly* čistě vnitrostátní povahu, odmítl odpovědět na *hmotněprávní* otázky předkládajícího soudu, kterými se předkládající soud konkrétně snažil zjistit, zda se ustanovení směrnice Evropského parlamentu a Rady 2006/123/ES ze dne 12. prosince 2006 o službách na vnitřním trhu (Úř. věst. 2006, L 376, s. 36) (dále jen „směrnice o službách“) týkající se svobody usazování poskytovatelů služeb použijí na čistě vnitrostátní situace. Soudní dvůr na tuto otázku odpověděl až později v rozsudku ze dne 30. ledna 2018, *X a Visser* (C-360/15 a C-31/16, EU:C:2018:44) – a to kladně.

34 – Viz rozsudek ze dne 15. listopadu 2016 (C-268/15, EU:C:2016:874).

35 – Projednávanou věc je třeba zkoumat s ohledem na ustanovení Smlouvy. Směrnice o službách se nevztahuje na hazardní hry; viz čl. 2 odst. 2 písm. h) této směrnice. Pokud by se uvedená směrnice na hazardní hry vztahovala, pak by otázka předkládajícího soudu nevyvstala, jelikož kapitola týkající se usazování poskytovatelů služeb se *ratione materiae* použije na čistě vnitrostátní situace; viz rozsudek ze dne 30. ledna 2018, *X a Visser* (C-360/15 a C-31/16, EU:C:2018:44).

46. Toto ustanovení, které představuje základní pravidlo či *Grundnorm*³⁶ volného pohybu služeb na vnitřním trhu a bylo doplněno řadou předpisů sekundárního práva, zejména směrnicí o službách, prošlo v judikatuře Soudního dvora dlouhou cestou. Ačkoliv Smlouva chápala volný pohyb služeb jako zbytkovou základní svobodu³⁷, Soudní dvůr ji od počátku kvalifikoval jako „jednu ze základních zásad Smlouvy“³⁸. Soudní dvůr dále určil, že tato základní svoboda má přímý účinek³⁹ a vztahuje se rovněž na opatření použitelná bez rozdílu⁴⁰. Článek 56 SFEU, stejně jako články 34, 45 a 49 SFEU, tedy směřuje k odstranění překážek obchodu spíše než k odstranění pouhé diskriminace mezi domácími a zahraničními účastníky trhu. Soudní dvůr současně členským státům umožnil, aby se při odůvodňování omezení volného pohybu služeb uchýlili k nepsaným důvodům v podobě naléhavých důvodů veřejného zájmu. Kromě toho – což je pro projednávanou věc zásadní – Soudní dvůr rozhodl, že volný pohyb služeb svědčí jak poskytovateli, tak příjemci služeb⁴¹. Tento vývoj volného pohybu služeb šel ruku v ruce s přechodem hospodářství a společností členských států od výroby ke službám.

47. Je obtížnější určit, zda existuje přeshraniční situace v případě volného pohybu služeb než v případě volného pohybu pracovníků nebo svobody usazování⁴², a trvalo nějakou dobu, než se ustálily čtyři obecně uznávané možné přeshraniční situace⁴³, v nichž se použije volný pohyb služeb. Zprvce situace, kdy poskytovatel služeb překračuje hranici za účelem poskytování služeb⁴⁴. Jedná se nepochybně o paradigma⁴⁵ článku 56 SFEU a jasně se odráží v jeho znění. Zadruhé situace, kdy příjemce služby překračuje hranice za účelem využití služeb⁴⁶. Zatřetí situace, kdy poskytovatel i příjemce služeb překračují hranice a služba je poskytována následně⁴⁷. A začtvrté situace, kdy překračuje hranice samotná služba⁴⁸.

36 – V terminologii Müllera-Graffa, P.-Chr., v Streinz, R. (ed.), *EUV/AEUV Kommentar*, CH. Beck, Mnichov, 3. vydání, 2018, Artikel 56 AEUV, bod 1.

37 – Viz článek 57 SFEU, podle kterého se za služby ve smyslu Smluv pokládají výkony poskytované zpravidla za úplat, *pokud nejsou upraveny ustanoveními o volném pohybu zboží, kapitálu a osob*. Soudní dvůr v tomto ohledu rozhodl, že pojem „služby“ zahrnuje výkony, které nejsou upraveny ostatními svobodami, tak aby každá hospodářská činnost spadala do rozsahu působnosti základních svobod, z čehož vyvozují, že se nejedná o podpůrnou, nýbrž o zbytkovou základní svobodu. Viz mé stanovisko ve spojených věcech X a Visser (C-360/15 a C-31/16, EU:C:2017:397, bod 88).

38 – Viz rozsudek ze dne 17. prosince 1981, Webb (279/80, EU:C:1981:314, bod 17).

39 – Viz rozsudek ze dne 3. prosince 1974, van Binsbergen (33/74, EU:C:1974:131, bod 27).

40 – Volný pohyb služeb podle článku 56 SFEU vyžaduje tedy nejen odstranění jakékoli diskriminace poskytovatelů služeb usazených v jiných členských státech na základě státní příslušnosti, ale rovněž odstranění jakéhokoli omezení, byť uplatňovaného bez rozdílu jak na tuzemské poskytovatele služeb, tak na poskytovatele služeb z jiných členských států. Jedná se o ustálenou judikaturu od vydání rozsudku ze dne 25. července 1991, Säger (C-76/90, EU:C:1991:331, bod 12). Viz dále rozsudky ze dne 18. července 2013, Citroën Belux (C-265/12, EU:C:2013:498, bod 35), a ze dne 8. září 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional and Bwin International (C-42/07, EU:C:2009:519, bod 51). V rozsudku ze dne 30. listopadu 1995, Gebhard (C-55/94, EU:C:1995:411, bod 37), třebaže se jednalo o věc týkající se svobody usazování, Soudní dvůr odkázal nikoliv pouze na tuto konkrétní svobodu: „vnitrostátní opatření, která by mohla tvořit překážku výkonu základních svobod zaručených Smlouvou [...] nebo jej činit méně atraktivním“. Kurzivou zvýraznil autor stanoviska.

41 – Viz rozsudky ze dne 31. ledna 1984, Luisi a Carbone (286/82 a 26/83, EU:C:1984:35, bod 16), a ze dne 8. září 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional and Bwin International (C-42/07, EU:C:2009:519, bod 51).

42 – Tento názor sdílí rovněž Randelzhofer, A., a Forsthoﬀ, U., v Grabitz, E., Hilf, M., a Nettesheim, M., *Das Recht der Europäischen Union*, 57. aktualizováno v únoru 2020, C. H. Beck, Mnichov, Art. 56, Art. 57 AEUV, bod 3.

43 – Tyto situace jsou v zásadě obdobné definici „obchodu službami“ uvedené ve Všeobecné dohodě o obchodu službami připojené k Dohodě o zřízení Světové obchodní organizace (dále jen „WTO“) (dále jen „GATS“). Podle čl. 1 odst. 2 GATS je obchod službami definován tak, že zahrnuje čtyři způsoby poskytování služeb: 1) přeshraniční dodávky služby, které nezahrnují žádné přemístění osob; 2) spotřebu v zahraničí, což znamená přesun spotřebitele na území členského státu WTO, ve kterém je dodavatel usazen; 3) obchodní přítomnost, to znamená existenci dceřiní společnosti nebo pobočky na území členského státu WTO, ve kterém má být služba poskytnuta; 4) přítomnost fyzických osob pocházejících z členského státu WTO umožňující dodavatelů z jednoho členského státu poskytovat služby na území kteréhokoli jiného členského státu.

44 – Tato situace je často označována jako „aktivní“ volný pohyb služeb.

45 – Viz stanovisko generálního advokáta C. O. Lenze ve věci Cowan (186/87, nezveřejněné, EU:C:1988:526, bod 14).

46 – Tato situace je často označována jako „pasivní“ volný pohyb služeb. K tomuto pojmu viz Völker, St., *Passive Dienstleistungsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Duncker & Humblot, Berlín, 1990, s. 61 a násl.

47 – Mezi typickými příklady lze uvést skupiny turistů, kteří překračují hranice s průvodcem.

48 – Zejména telekomunikačním nebo internetovým přenosem.

48. Mimoto na rozdíl od jiných základních svobod, jako je volný pohyb pracovníků nebo samozřejmě u pravidel týkajících se občanství Unie, není přeshraniční prvek⁴⁹ určován státní příslušností, nýbrž usazením⁵⁰ dotyčných osob.

49. Pokud jde konkrétně o druhou situaci, kdy příjemce překračuje hranici, aby mohl využívat službu, jak omezení týkající se poskytovatele služeb, tak i omezení týkající se příjemců služeb spadají do působnosti článku 56 SFEU. Pokud jde o omezení týkajících se poskytovatele služeb, důvodem, proč se na ně vztahuje ustanovení článku 56 SFEU, je skutečnost, že s sebou nevyhnutelně nesou omezení pro příjemce služeb.

50. Omezení tedy může mít svůj původ buď v členském státě poskytovatele služeb, nebo v členském státě příjemce služeb. Smlouva obě tato omezení upravuje stejným způsobem. To je jediné logické. Zatímco například v případě volného pohybu zboží Smlouva správně rozlišuje mezi dovozy⁵¹ a vývozy⁵² a je v judikatuře Soudního dvora (správně) striktnější, pokud jde o dovozy⁵³, takové rozlišení neexistuje v případě volného pohybu služeb z toho prostého důvodu, že je obtížnější pojmově odlišit „dovozy“ od „vývozu“. Jak uvedu níže, v tomto ohledu je tomu tak i v projednávané žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce.

51. V této souvislosti Soudní dvůr rozhodl, že „volného pohybu služeb v námořní dopravě mezi členskými státy [...] se může dovolávat podnik vůči státu, v němž je usazen, jestliže poskytuje služby příjemcům usazeným v jiném členském státě“⁵⁴.

52. Kromě toho Soudní dvůr rozhodl ohledně praxe, která se běžně označuje jako „nevyžádané telefonování“, to znamená kontaktování jednotlivců telefonicky bez jejich předchozího souhlasu, aby jim byly nabízeny finanční služby, že „[p]oužitelnost ustanovení v oblasti volného pohybu služeb [není] závislá na předchozí existenci identifikovatelného příjemce“⁵⁵. Soudní dvůr své rozhodnutí rovněž odůvodnil v tom smyslu, že „volný pohyb služeb by se stal iluzorním, kdyby vnitrostátní právní předpisy mohly volně bránit nabídkám služeb“⁵⁶. Pouhá příprava k poskytování služeb tudíž spadá do rozsahu působnosti článku 56 SFEU⁵⁷.

53. Soudní dvůr rovněž rozhodl, že potenciální omezení stačí k tomu, aby věc spadala do rozsahu působnosti článku 56 SFEU.

54. Pro shrnutí bych chtěl odkázat na stanovisko generálního advokáta M. Bobka ve věci TÜV Rheinland LGA Products a Allianz IARD⁵⁸, ve kterém generální advokát příhodně uvedl, že „[m]ožnost přeshraničního prvku zůstává na úrovni rozumně odůvodněné hypotézy: v kontextu služeb tak například skutečnost, že někteří *příjemci služby* mohou pocházet z jiného členského státu, postačuje k tomu, aby se použila ustanovení Smlouvy týkající se služeb“.

49 – Na rozdíl od volného pohybu pracovníků a svobody usazování neurčuje volný pohyb služeb nezbytný přeshraniční prvek v závislosti na nositeli svobody, ale na vztahu služeb. Volný pohyb služeb není vyloučen zejména proto, že příjemci nebo poskytovatelé služeb mají stejnou státní příslušnost. Podrobněji viz Randelzhofer, A., a Forsthoff, U., *op. cit.*

50 – Viz rovněž znění článku 56 SFEU.

51 – Viz článek 34 SFEU.

52 – Viz článek 35 SFEU.

53 – Mimoходом judikatura Keck, ke které se podrobněji vrátím níže, se vztahuje pouze na dovozy. Byla vydána na základě toho, co je nyní článek 34 SFEU, a použije se pouze v kontextu opatření použitelných bez rozdílu po právní i faktické stránce. Článek 35 SFEU se naproti tomu použije pouze na diskriminační opatření.

54 – Viz rozsudek ze dne 17. května 1994, Corsica Ferries (C-18/93, EU:C:1994:195, bod 30).

55 – Viz rozsudek ze dne 10. května 1995, Alpine Investments (C-384/93, EU:C:1995:126, bod 19).

56 – Tamtéž.

57 – V tomto smyslu viz rovněž Müller-Graff, P.-Chr., *op. cit.*, a Holoubek, M., v Schwarze, J., Becker, U., Hatje, A., a Schoo, J. (eds), *EU-Kommentar*, 4. vyd., Nomos, Baden-Baden, 2019, Art. 57 AEUV, bod 42.

58 – C-581/18, EU:C:2020:77, bod 30. Kurzivou zvýraznil autor stanoviska.

2. Uplatnění v projednávané věci: situace společnosti BONVER WIN

55. Výše uvedené mě přivádí k projednávané věci a k otázkám vzneseným předkládajícím soudem.

56. Na základě výše uvedené analýzy projednávaná věc podle všeho přímo spadá do působnosti článku 56 SFEU: existuje zde poskytovatel služeb usazený v České republice, který poskytuje své služby mimo jiné zákazníkům obvykle usazeným v Německu, kteří překračují česko-německou hranici za účelem využití těchto služeb.

57. Kromě toho existuje omezení činnosti společnosti BONVER WIN: skutečnost, že společnost již nadále nemůže provozovat své činnosti na stejném místě jako předtím, nepochybně splňuje podmínky relevantní judikatury Soudního dvora v tomto ohledu. V důsledku toho je také omezena možnost zákazníků společnosti BONVER WIN využívat daných služeb. Jestliže společnost BONVER WIN musí ukončit svou činnost v části města, kde byla usazena, zákazníci tam již nemohou sázet své peníze.

58. Skutečnost, že omezení je z pohledu poskytovatele služeb, společnosti BONVER WIN, uloženo členským státem původu⁵⁹, je v tomto ohledu irelevantní. Soudní dvůr se v projednávané věci může opírat o své rozhodnutí ve věci *Alpine Investments*⁶⁰, v níž rozhodl, že volný pohyb služeb podle Smlouvy „zakazuje omezení volného pohybu služeb uvnitř [Unie] obecně“, a v důsledku toho se tato svoboda „týká nejen omezení stanovených státem určení, ale rovněž omezení stanovených státem původu“.

59. Na základě tohoto zjištění bych řekl: případ je uzavřen.

3. Nutnost omezit rozsah působnosti článku 56 SFEU?

60. V projednávané věci je však třeba zohlednit další dvě skutečnosti: první, že adresátem omezení není příjemce služby, který překročením hranice aktivuje použitelnost článku 56 SFEU, nýbrž poskytovatel služeb, a druhou, že se vnitrostátní soud zabývá pouze případnou možností výskytu německých zákazníků a související otázkou týkající se pravidla *de minimis*.

a) Příjemce služeb, který aktivuje článek 56 SFEU pro poskytovatele služeb

61. Není mi zřejmé, jak by skutečnost, že je to příjemce služeb, kdo překračuje hranice, měla mě zjištění jakkoliv změnit. Otázka rozsahu působnosti článku 56 SFEU je objektivní otázkou v tom smyslu, že je rozsah působnosti buďto naplněn – jsou-li splněny určité podmínky – či nikoliv.

62. Tuto otázku je třeba odlišit od otázky, zda se v takové situaci může poskytovatel služeb *dovolávat* článku 56 SFEU vůči svému vlastnímu členskému státu, to znamená, zda může vyvozovat právo, které se podobá základnímu hospodářskému právu.

63. Odpověď na tuto otázku zní: „může“.

64. Jak bylo totiž prokázáno výše, svoboda příjemce služeb přijímat služby je pouze druhou stranou mince ohledně svobody poskytovatele služeb poskytovat služby. V takové situaci by bylo zvláštní, že by se pouze například polští nebo němečtí zákazníci společnosti BONVER WIN mohli dovolávat článku 56 SFEU v rámci řízení před českými soudy, zatímco samotná společnost BONVER WIN by se jej dovolávat nemohla. V tomto ohledu je třeba vycházet z analogie, kterou lze vyvodit z rozhodnutí

59 – V protikladu k členskému státu určení.

60 – Viz rozsudek ze dne 10. května 1995 (C-384/93, EU:C:1995:126, bod 30).

Soudního dvora v oblasti volného pohybu pracovníků podle článku 45 SFEU ve věci Clean Car Autoservice⁶¹, ve které Soudní dvůr rozhodl, že volného pohybu pracovníků podle článku 45 SFEU se může dovolávat i zaměstnavatel, aby v členském státě, ve kterém je usazen, zaměstnal pracovníky, kteří jsou státními příslušníky jiného členského státu.

b) Uplatnění věci Keck na služby?

65. Je zřejmé, že takové zjištění znamená, že za současného právního stavu je rozsah věcné působnosti velmi široký, což vyvolává otázku, zda má Soudní dvůr uvažovat o zavedení takového omezení, jaké zavedl v roce 1993 ve věci Keck a Mithouard⁶², která se týkala volného pohybu zboží. Argumentace na podporu takového omezení by byla následující: jako ve věci Keck a Mithouard⁶³ existuje v projednávané věci opatření použitelné bez rozdílu po právní i faktické stránce na svobodu poskytování služeb a na odpovídající svobodu přijímání takových služeb. V projednávané věci tedy neexistuje diskriminační prvek: z hlediska poskytovatele služeb se jakýkoli zahraniční podnik, který se chce usadit v Děčíně za účelem nabízení hazardních her, nachází ve zcela stejné situaci jako společnost BONVER WIN a nemohl by vykonávat svou činnost v oné konkrétní části města. Obráceně, pokud jde o příjemce služeb, žádný příjemce – ať již český či zahraniční – nemůže využívat služby hazardních her v dané konkrétní části města. Za předpokladu, že pojem „některé způsoby prodeje“, jak byl stanoven ve věci Keck a Mithouard⁶⁴, má být ve skutečnosti chápán jako přístup na trh podniku, který má v úmyslu prodávat zboží, nebo v projednávané věci nabízet služby, proč nevyloučit z rozsahu působnosti článku 56 SFEU ta opatření použitelná bez rozdílu po právní a faktické stránce, která nebrání přístupu poskytovatelů služeb z jiných členských států na trh?

66. Tato otázka míří do samotného jádra hospodářského uspořádání Unie a představy toho, co má a co by mělo zakládat omezení přeshraničního obchodu.

67. Rád bych na jakékoliv úvahy týkající se samotné myšlenky zavedení takového pravidla do volného pohybu služeb podle článku 56 SFEU odpověděl zvučným „ne“.

68. Především neshledávám ve stávající judikatuře Soudního dvora žádný náznak k takovým úvahám⁶⁵.

69. Soudní dvůr při určování rozsahu působnosti článku 56 SFEU důsledně uplatňuje přístup založený na překážkách (na rozdíl od přístupu založeného na diskriminaci). To je výslovně uvedeno ve věcech⁶⁶, jako jsou Gebhard⁶⁷ a Alpine Investments⁶⁸; v obou případech jde o věci, na které jsem již odkazoval.

61 – Rozsudek ze dne 7. května 1998 (C-350/96, EU:C:1998:205, bod 25).

62 – Rozsudek ze dne 24. listopadu 1993 (C-267/91 a C-268/91, EU:C:1993:905).

63 – Rozsudek ze dne 24. listopadu 1993 (C-267/91 a C-268/91, EU:C:1993:905).

64 – Rozsudek ze dne 24. listopadu 1993 (C-267/91 a C-268/91, EU:C:1993:905).

65 – Záměrně se ve své analýze nezabývám judikaturou týkající se specifické problematiky daní. Je dobře známo, že Soudní dvůr v této oblasti vcelku správně uplatňuje přístup, který má blíže k přístupu vycházejícímu z omezení založených na diskriminaci. I když se jedná o komplexní případy. Důvod je jednoduchý: daně bývají ze své povahy použitelné bez rozdílu po právní i faktické stránce. Bylo by obtížné odůvodnit, že automaticky spadají do působnosti základních svobod a že členské státy je jakožto výchozí stav musí odůvodnit. Proto plně souhlasím se Soudním dvorem, rozhoduje-li v této konkrétní oblasti, že pokud jediným účinkem daní je zvýšení nákladů na dotčenou službu a pokud se stejným způsobem vztahují na poskytování služeb mezi členskými státy i na vnitrostátní poskytování služeb v určitém členském státě, pak nespádají do působnosti článku 56 SFEU. Viz například rozsudky ze dne 8. září 2005, Mobistar a Belgacom Mobile (C-544/03 a C-545/03, EU:C:2005:518, bod 31), a ze dne 17. února 2005, Viacom Outdoor (C-134/03, EU:C:2005:94, bod 38).

66 – Mimochodem krátce po rozsudku ze dne 24. listopadu 1993, Keck a Mithouard (C-267/91 a C-268/91, EU:C:1993:905). To naznačuje, že přinejmenším v rozhodné době měl Soudní dvůr za to, že není třeba zavést omezení rozsahu volného pohybu služeb.

67 – Rozsudek ze dne 30. listopadu 1995 (C-55/94, EU:C:1995:411).

68 – Rozsudek ze dne 10. května 1995 (C-384/93, EU:C:1995:126).

70. Lze se nyní zajisté tázat, zda omezení článku 56 SFEU, které by se podobalo omezení ve věci Keck a Mithouard⁶⁹, představuje otázku, na kterou „patrně stále ještě chybí“ odpověď⁷⁰. Z důvodů, které nyní uvedu, mám za to, že neexistuje žádný důvod pro takový posun judikatury.

71. Zaprvé lze pochybovat o tom, zda judikatura Keck a Mithouard⁷¹ v oblasti volného pohybu zboží i nadále platí. Pryč jsou časy, kdy Soudní dvůr na tuto věc výslovně odkazoval, a vzácné jsou případy, kdy se Soudní dvůr uchyluje k základní myšlence této věci. Jsem si vědom toho, že jsem již dříve dospěl k závěru, že je případ „Keck stále živý“⁷², ale nyní tíhnu k tomu klást si otázku, zda by uvedené nemělo být doplněno o slova „pouze formálně, v udržovacím režimu“. Nebo se spíše věc Keck proměnila ze lva v kočku domácí: možná domestikovanou, ale stále nepolapitelnou.

72. Zadruhé odůvodnění ve věci Keck a Mithouard⁷³ bylo obtížně pochopitelné v tehdejší době a Soudnímu dvoru bylo právem vytýkáno, že slovní spojení „některé způsoby prodeje“ nemůže být z důvodu nedostatku jasných kritérií umožňujících posoudit konkrétní případ snadno uplatněno v praxi⁷⁴. Následně se ukázalo, že se věc Keck a Mithouard⁷⁵ ve skutečnosti netýkala „některých způsobů prodeje“, nýbrž otázky, zda byl přístup na trh ztížen, či dokonce zda mu bylo zabráněno. A dokonce i poté je obtížným úkolem a z hlediska právní jistoty problematické definovat přesně, co se rozumí přístupem na trh.

73. Zatřetí, i když musí být v zásadě upřednostněn paralelní výklad základních svobod, je obtížné provést srovnání volného pohybu zboží s volným pohybem služeb, pokud jde o doktrínu způsobů prodeje a přístupu na trh. Je snazší vytvořit takovou doktrínu v kontextu (především)⁷⁶ hmotných statků. V případě služeb je situace odlišná: jelikož služby jsou nehmotné povahy, je obtížnější určit, co je službou samotnou a co se službou přímo nespojuje.

74. Začtvrté, připustíme-li, že se rozsudek Keck a Mithouard⁷⁷ týkal (rovněž) kontroly požadavků na zboží v případech, které spíše než se samotným zbožím souvisely se svobodou podnikání obchodníků, což Soudní dvůr bez váhání připustil – a co by mohlo vysvětlovat jeden z významných rozporů věci Keck a Mithouard⁷⁸, a sice že se skutkové okolnosti omezovaly pouze na jediný členský stát⁷⁹, což mělo za následek, že se volný pohyb zboží v uvedené věci každopádně neuplatnil, a věc tudíž nemohla být považována za přípustnou – pak podle mého názoru není třeba rozšířit judikaturu Keck a Mithouard⁸⁰ na další základní svobody. Pokud jde o volný pohyb služeb, nezaznamenal jsem, že by měli poskytovatelé služeb tendenci k tomu, aby se „stále více dovolávali“⁸¹ uplatňování práv podle článku 56 SFEU, a nevím o nikom dalším, kdo by takovou tendenci sledoval. Spíše naopak. Unijní normotvůrce totiž během posledních dvou desetiletí soustředil část svého úsilí na podporu volného pohybu služeb v celé Unii, zvláště přijetím směrnice o službách. V této souvislosti se mělo za to, že přístup hospodářských subjektů k volnému pohybu služeb by měl být usnadněn. Zavedení omezujícího pravidla v primárním právu by bylo v příkrém rozporu s tímto vývojem, a představovalo by tak v tomto ohledu nešťastný krok zpět.

69 – Rozsudek ze dne 24. listopadu 1993 (C-267/91 a C-268/91, EU:C:1993:905).

70 – Viz stanovisko generálního advokáta M. Bobka ve věci TÜV Rheinland LGA Products a Allianz IARD (C-581/18, EU:C:2020:77, bod 31).

71 – Rozsudek ze dne 24. listopadu 1993 (C-267/91 a C-268/91, EU:C:1993:905).

72 – Viz mé stanovisko ve věci Deutsche Parkinson Vereinigung (C-148/15, EU:C:2016:394, bod 23).

73 – Rozsudek ze dne 24. listopadu 1993 (C-267/91 a C-268/91, EU:C:1993:905).

74 – V tomto smyslu viz například Müller-Graff, P.-Chr., ve von der Groeben, H., Schwarze, J., Hatje, A. (eds), *Europäisches Unionsrecht (Kommentar)*, 7. vyd., Nomos, Baden-Baden, Artikel 34 AEUV, bod 247.

75 – Rozsudek ze dne 24. listopadu 1993 (C-267/91 a C-268/91, EU:C:1993:905).

76 – Například elektřina představuje významnou výjimku, pokud jde o požadavek hmatatelnosti.

77 – Rozsudek ze dne 24. listopadu 1993 (C-267/91 a C-268/91, EU:C:1993:905, bod 14).

78 – Rozsudek ze dne 24. listopadu 1993 (C-267/91 a C-268/91, EU:C:1993:905).

79 – Francouzské hospodářské subjekty chtěly ve Francii prodávat se ztrátou *picon bière*, výrobek pocházející z Francie, a na základě francouzského zákona jim v tom bylo zabráněno.

80 – Rozsudek ze dne 24. listopadu 1993 (C-267/91 a C-268/91, EU:C:1993:905).

81 – Tamtéž, bod 14.

75. V podobném duchu zapáté a – což je klíčové – se Soudní dvůr (docela správně) neuchýlil k věci Keck a Mithouard⁸², ačkoli tak mohl učinit při výkladu svobody usazování poskytovatele služeb v kontextu směrnice o službách. Ve věci X a Visser⁸³ Soudní dvůr rozhodl, že opatření, které by bezpochyby představovalo „způsob prodeje“ ve smyslu judikatury Keck a Mithouard⁸⁴, nicméně spadá do rozsahu svobody usazování podle směrnice o službách, což „představuje ústup od úvah, které vedly k rozhodnutí ve věci Keck“⁸⁵.

76. Neexistuje tedy žádný důvod pro přenesení odůvodnění jednoho z nejspornějších rozsudků v oblasti volného pohybu zboží⁸⁶ mimo rámec této konkrétní základní svobody.

c) Uplatnění pravidla *de minimis* na článek 56 SFEU?

77. V dosavadní judikatuře Soudního dvora nic neukazuje, že článek 56 SFEU – nebo ostatně ani jakákoliv jiná základní svoboda – podléhá pravidlu *de minimis* v tom smyslu, že volný pohyb služeb je aktivován pouze tehdy, pokud určitý počet příjemců služeb využívá nějakou službu.

78. Ačkoliv Soudní dvůr rozhodl, že se volný pohyb služeb nepoužije na konkrétní skutkové okolnosti, jak byly popisovány předkládajícími soudy, bylo tomu tak spíše v situacích, kdy vazba mezi dotčeným vnitrostátním opatřením a základní svobodou byla příliš slabá.

79. Tato judikatura a skutečnost, že se Soudní dvůr neuchýlil k úvahám typu *de minimis*, se opírá o dobré důvody: rozsah volného pohybu služeb musí být určen kvalitativními kritérii, která mohou být snadno uplatněna v celé Unii. Naopak množstevní kritéria jeho rozsah působnosti určovat nemohou a ani by neměla. Kromě toho by bylo nemožné stanovit nebo odůvodnit množstevní prahovou hodnotu. Jaké by například bylo kritérium v případě společnosti BONVER WIN? Deset zákazníků? Sto? Tisíc? Určité procento zákazníků jako část z „celkového koláče“ zákazníků? Například patnáct procent? Nebo kritérium odvislé od peněz prosázených zákazníky? Rovná se jeden zákazník se sázkou ve výši 1 000 eur 10 zákazníkům, z nichž každý sází 100 eur? Jeví-li se tyto příklady jako naivní, dovoluji si tvrdit, že dokonale dokládají skutečnost, že by se pravidlo *de minimis* v kontextu základních svobod stalo budoucím jádrem problémů.

80. Skutečnost, že se množstevní pojetí *de minimis* týká spíše konkrétních skutkových okolností věci než jejich právních aspektů, by vedla k zásadnějšimu problému. Zdaleka nelze vyloučit, že by totéž opatření mohlo být považováno za opatření *de minimis* v jednom unijním členském státě, avšak v jiném nikoliv. Tím by byly ohroženy rovné podmínky pro hospodářské subjekty na trhu, jejichž zavedení je cílem ustanovení o vnitřním trhu. Nebo by mělo být pravidlo *de minimis* definováno v abstraktní rovině? Pokud ano, jak a kým? Neměli bychom zapomínat na to, že se jedná o neharmonizovanou oblast, v níž se opatření členských států poměřují ve vztahu ke svobodě stanovené Smlouvou, a že vnitřní trh je stále oblastí sdílené pravomoci Unie. Tuto situaci nelze srovnávat se situací unijního práva hospodářské soutěže, kde jsou určité prahové hodnoty stanoveny samotnými unijními právními předpisy.

82 – Rozsudek ze dne 24. listopadu 1993 (C-267/91 a C-268/91, EU:C:1993:905).

83 – Viz rozsudek ze dne 30. ledna 2018 (C-360/15 a C-31/16, EU:C:2018:44, bod 97). Viz také mé stanovisko ve spojených věcech X a Visser (C-360/15 a C-31/16, EU:C:2017:397, body 87 až 104).

84 – Rozsudek ze dne 24. listopadu 1993 (C-267/91 a C-268/91, EU:C:1993:905).

85 – Viz Snell, J., „Independence day for the Services Directive: *Visser*“, *Common Market Law Review*, 2019, vol. 56, strany 1119–1136, na s. 1129.

86 – Viz mimo jiné Mattera, A., „De l'arrêt ‚Dassonville‘ à l'arrêt ‚Keck‘: l'obscurité clarté d'une jurisprudence riche en principes novateurs et en contradictions“, *Revue du marché unique européen*, 1994, č. 1, strany 117–160; Gormley, L., „Reasoning Renounced? The Remarkable Judgment in Keck & Mithouard“, *European Business Law Review*, 1994, strany 63–67; Steindorff, E., „Unvollkommener Binnenmarkt“, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 1994, strany 149–169; Lenz, C. O., „Ein undeutlicher Ton“, *Neue juristische Wochenschrift*, 1994, strany 1633–1634. Na obranu rozsudku ze dne 24. listopadu 1993, Keck a Mithouard (C-267/91 a C-268/91, EU:C:1993:905), viz Joliet, R. (jeden ze soudců v tomto rozsudku), „Der freie Warenverkehr: Das Urteil Keck und Mithouard und die Neuorientierung der Rechtsprechung“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, internationaler Teil*, 1994, strany 979–987. Viz také mé stanovisko ve věci Deutsche Parkinson Vereinigung (C-148/15, EU:C:2016:394, bod 21 a násl.).

81. Pro shrnutí argumentace proti zavedení pravidla *de minimis* v kontextu volného pohybu služeb podle článku 56 SFEU, či samozřejmě v souvislosti s jakoukoliv jinou svobodou, je třeba zdůraznit, že se jedná o skutkovou, a nikoli právní otázku. V rámci řízení o předběžné otázce je na vnitrostátním soudu, aby rozhodl o skutkových okolnostech. Umožnit vnitrostátním soudům, aby zavedly takové pravidlo, by vedlo k roztržitosti vnitřního trhu a ohrožení cíle rovných podmínek pro hospodářské subjekty na trhu.

82. Z toho vyplývá, že pravidlo *de minimis* v kontextu článku 56 SFEU by mělo být zásadně odmítnuto.

V. Závěry

83. S ohledem na předcházející úvahy navrhuji, aby Soudní dvůr odpověděl na otázky položené Nejvyšším správním soudem (Česká republika) následovně:

„Volný pohyb služeb podle článku 56 SFEU – který neobsahuje pravidlo *de minimis* – se použije v situaci, kdy je společnost usazená v jednom členském státě zrušena na základě obecného opatření určujícího takové podmínky pro poskytování služeb, jako je konkrétní umístění, povolení provozovat činnost, jestliže někteří z jejích zákazníků pocházejí z jiného členského státu, než je členský stát, v němž je tato společnost usazena, bez ohledu na to, zda je dotčené vnitrostátní opatření použitelné bez rozdílu (právně i fakticky).“