PŘÍLOHA č. 4

Vážené dámy, vážení pánové,

dlouholetý klient naší kanceláře – HAPPY DAY holding, mne požádal, abych se ujal slova ohledně regulace kasin na území obce a vyjádřil se k právní problematice s tím související.

V úvodu si dovoluji poznamenat, že kasino HAPPY DAY již více jak 20 let na území města Plzně (a to konkrétně na adrese náměstí Republiky 236/37, 237/38 a Solní 238/1, Plzeň) **provozuje kasino ve smyslu § 2 písm. i) zákona č. 202/1990 Sb., o loteriích a jiných podobných hrách**.

Dne 5.9.2013 Zastupitelstvo města Plzně na svém 35. zasedání mimo jiné přijalo usnesení č. 409, kterým byla **schválena Vyhláška statutárního města Plzně č. 5/2013, kterou se mění vyhláška statutárního města Plzně č. 4/2012 o stanovení míst a času, ve kterém mohou být provozovány loterie, sázkové anebo jiné podobné hry**. Tato Vyhláška byla na úřední desce vyvěšena dne 13.9.2013 s tím, že nabude účinnosti patnáctým dnem po jejím vyhlášení.

Přílohou č. 1 této Vyhlášky je Seznam míst, kde je provozování sázkových her podle § 2 písm. e),g),i),l),m) a n) a loterie a jiné podobné hry podle § 2 písm.j) a § 50 odst. 3 zákona č. 202/1990 Sb., o loteriích a jiných podobných hrách, ve znění pozdějších předpisů s uvedením případného časového omezení, povoleno.

Ačkoliv náš klient vždy řádně plnil veškeré povinnosti uložené mu právními předpisy a rozhodnutími příslušných dozorujících orgánů a jeho provozovna nikdy žádným způsobem neohrožovala a nenarušovala veřejný pořádek, **nebyla tato provozovna na nový Seznam míst zařazena, přestože byl náš klient ubezpečován, že se regulace prováděná obecně závaznou vyhláškou bude týkat výlučně heren a herních míst, a nikoliv kasin.**

Ve věci konstatuji, že dne **29.8.2013 přijalo Zastupitelstvo městského obvodu Plzeň 3** (tj. městského obvodu, ve kterém se provozovna našeho klienta nachází) **usnesení ve věci stanoviska k revizi vyhlášky města Plzně o stanovení míst a času, ve kterém mohou být provozovány loterie, sázkové anebo jiné podobné hry**. V tomto svém usnesení Zastupitelstvo městského obvodu Plzeň 3 vyslovilo souhlas, aby došlo ke změně seznamu míst na území městského obvodu Plzeň 3, kde lze provozovat loterie, sázkové anebo jiné podobné hry, a to v souladu s přílohou č. 2 usnesení. **V příloze č. 2 k danému usnesení byla provozovna našeho klienta uvedena na seznamu míst, kde lze provozovat loterie, sázkové anebo jiné podobné hry, a to bez jakéhokoliv omezení.**

Ačkoliv městský obvod Plzeň 3 navrhoval zařazení provozovny našeho klienta na seznam míst, kde je povoleno provozovat loterie, sázkové anebo jiné podobné hry, Zastupitelstvo města Plzně tuto provozovnu na Seznam míst nezařadilo, přestože rozhodující ve věci měla být stanoviska jednotlivých městských částí, která byla ze strany zastupitelstva – právě až na stanovisko městského obvodu Plzeň 3 – zcela respektována.

K tomu poznamenávám, že **pokud zastupitelstvo chtělo regulovat a regulovalo pouze herny ve smyslu § 17 odst. 9 zákona o loteriích**, byla **provozovna kasina**

našeho klienta, tj. provozovna od herny zcela odlišná, ze Seznamu míst vyškrtnuta.

Mám za to, že **smyslem a účelem ustanovení § 50 odst. 4 zákona o loteriích je zajištění bezpečnosti a veřejného pořádku v obci**. Pokud by se město Plzeň řídilo kritériem bezpečnosti a veřejného pořádku, **nemohlo by stanovit, aby kasino** (pakliže předmětem Vyhlášky bylo cíleně regulovat i provozovnu kasina), **které je považováno za místo s největší mírou hazardu a které v návaznosti na tuto skutečnost ze zákona musí dodržovat zvláštní a přísnější opatření** (zejm. ve smyslu § 36 a násl. zákona o loteriích a vyhlášky Ministerstva financí č. 285/1998 Sb. – tj. např. vedení jmenné evidence návštěvníků, kteří se musí prokázat dokladem totožnosti, pořizování obrazového a zvukového záznamu provozovaných her a jeho uchovávání po dobu 90 dnů, když specializované finanční úřady pravidelně provádějí výkon státního dozoru a kontrolují dodržování těchto zákonných ustanovení včetně ukládání pokut atd.), **ustoupilo běžným hernám a herním místům, která taková opatření dodržovat nemusí a volně se v nich může pohybovat bez jakékoliv evidence naprosto kdokoliv**.

K tomu lze dodat, že mladiství či osoby tzv. „žijící na okraji společnosti" apod., kvůli kterým bylo obcím ustanovením § 50 odst. 4 zákona o loteriích dovoleno zasahovat do sféry soukromého podnikání, se nepochybně budou spíše zdržovat v anonymní herně než v kasinu, které by monitorovalo každý jejich krok.

Podle mého názoru není dán **žádný racionální důvod, pro který by na náměstí Republiky neměla být provozována kasina, když zde** – jako v případě našeho klienta – **takové provozovny existují již více než 20 let, a to bez toho aniž by jakkoliv narušovaly veřejný pořádek.**

V návaznosti na již řečené poukazuji na **judikaturu Ústavního soudu ČR** (např. nález sp.zn. Pl. ÚS 56/10), který uvedl, že **soulad obecně závazné vyhlášky s ústavním pořádkem či zákonem je třeba podrobit tzv. testu čtyř kroků**, ve kterém je třeba zkoumat:

1. zda měla obec pravomoc vydat napadené ustanovení obecně závazné vyhlášky,

2. zda se obec při vydávání napadených ustanovení obecně závazné vyhlášky nepohybovala mimo zákonem vymezenou věcnou působnost, tedy zda nejednala ultra vires,

3. zda obec při jejich vydání nezneužila zákonem jí svěřenou působnost a

4. zda obec přijetím napadeného ustanovení nejednala zjevně nerozumně.

Pokud pak **jde vůbec o pravomoc obce vydat takovou obecně závaznou vyhlášku,** pak k tomuto uvádím následující.

Předně konstatuji, že **jsme si vědomi exitujícího ustanovení § 50 odst. 4 zákona o loteriích ve znění zákona č. 300/2011 Sb., podle kterého obec může stanovit obecně závaznou vyhláškou, že sázkové hry podle § 2 písm. e), g), i), l), m) a n) a loterie a jiné podobné hry podle § 2 písm. j) a § 50 odst. 3 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.

Současně **připomínám, že až do účinnosti novely zákona o loteriích a jiných podobných hrách, provedené zákonem č. 300/2011 Sb., nebylo v pravomoci obcí jakkoliv regulovat provoz kasin, jejichž povolování podléhalo výlučně Ministerstvu financí bez možnosti obce do tohoto povolení jakkoliv zasáhnout obecně závaznou vyhláškou, resp. obec měla pravomoc obecně závaznou vyhlášku regulovat pouze výherní hrací přístroje.**

Podle našeho názoru, **podpořeného dopisem Giuseppeho Caselly z Evropské komise (Generálního ředitelství pro podniky a průmysl) ze dne 20.3.2012, obce nemohou do provozu kasin zasahovat ani v současné době, a to s ohledem na skutečnost, že zákon č. 300/2011 Sb. je pro nedodržení legislativního procesu vůči jednotlivcům nevynutitelný, když byl přijat v rozporu se směrnicí Evropského parlamentu a Rady 98/34/ES v platném znění, neboť při přijetí tohoto zákona nebyl Českou republikou řádně dodržen notifikační proces**.

Ohledně dané problematiky si dovolím poukázat na dvě rozhodnutí Evropského soudního dvora:

1) C-267/03 Lindberg

Pan Lindberg byl obviněn z porušení švédských právních předpisů o loteriích tím, že provozoval pro veřejnost protiprávní hazardní hry za používání určitých hracích automatů. Před vnitrostátním soudem argumentoval pan L. E. S. Lindberg tím, že změna švédského zákona o loteriích z roku 1996 obsahující zákaz provozovat hazardní hry za použití určitých hracích automatů, která je základem jeho trestního stíhání, nebyla oznámena Evropské komisi jako návrh technického předpisu ve smyslu čl. 8 odst. 1 prvním pododstavci směrnice 98/34/ES (dříve směrnice 83/189/ES – v tomto textu je však používán odkaz 98/34/ES), a tudíž proti němu nemůže být platně namítána. Změna zákona z roku 1996 nebyla oznámena Evropské komisi jako návrh technického předpisu; vzhledem k tomu, že švédská vláda měla za to, že se jedná pouze o upřesnění dříve existujících předpisů a nevyžaduje oznámení v souladu s uvedenou směrnicí.

Evropský soudní dvůr ve svém rozsudku uvedl, že na technické normy a předpisy týkající se automatizovaných her se vztahuje působnost směrnice 98/34/ES (dříve směrnice 83/189/ES – v tomto textu je však používán odkaz 98/34/ES), a že směrnice nestanoví žádnou výslovnou výjimku z oznamovací povinnosti v případě menších změn nebo objasnění takových norem. Nahrazení požadavku povolení zákazem ve vnitrostátním právu podléhá stejné povinnosti oznámení jako zavedení zákazu. Opomenutí oznámení takového zákazu znamená, že nemůže být namítán vůči jednotlivcům. Trestní stíhání proti panu Lindbergovi bylo tedy zastaveno.

2) C-65/05 Evropská komise proti Řecku

Evropská komise přezkoumala řecký zákon č. 3037/2002, který vstoupil v platnost dne 30. července 2002, poté, co obdržela stížnosti týkající se zákazu, který je v Řecku platný na národní úrovni, instalovat a provozovat elektrické, elektromechanické a elektronické hry, včetně zábavních technických her a všech počítačových her, ve všech veřejných nebo soukromých místech, s výjimkou kasin. Dospěla k závěru, že tento zákon není v souladu s požadavky práva Společenství. Evropská komise poté, co Řeckou republiku vyzvala dopisy k podání jejího vyjádření v tomto ohledu, vydala odůvodněné stanovisko. Jelikož odpověď řecké vlády na uvedené odůvodněné stanovisko Evropské komise nepovažovala za uspokojující, rozhodla se podat žalobu majíc za to, že porušení práva pokračovalo.

Podle výroku Evropského soudního dvora Řecká republika tím, že vložila do čl. 2 odst. 1 a článku 3 zákona č. 3037/2002 zákaz pod hrozbou trestních nebo správních sankcí stanovených v článcích 4 a 5 téhož zákona instalovat a provozovat všechny elektrické, elektromechanické a elektronické hry, včetně všech počítačových her, ve všech veřejných nebo soukromých místech s výjimkou kasin, nesplnila mimo jiné povinnost, která pro ni vyplývá z článku 8 směrnice 98/34/ES (tj. Notifikační povinnost). Tato povinnost sdělení nemůže být podle čl. 9 odst. 7 první odrážky téže směrnice zpochybněna nezbytností přijmout vnitrostátní právní předpisy podle naléhavého postupu, aby bylo možno rychle a okamžitě čelit společenskému problému způsobenému provozem elektrických, elektromechanických, jakož i elektronických her, a chránit tak veřejný pořádek, pokud není sporu o tom, že v dotčeném státě neexistuje jedna ze situací stanovených v uvedeném čl. 9 odst. 7 (když tento odstavec stanoví, že notifikační proces se nepoužije, je-li členský stát z naléhavých důvodů způsobených vážnými a nepředvídatelnými okolnostmi, které souvisejí s ochranou veřejného zdraví nebo s bezpečností, s ochranou živočichů nebo rostlin, nucen ve velmi krátké lhůtě připravit technické předpisy tak, aby byly neprodleně vydány a provedeny, aniž by byly možné jakékoli konzultace. Ve sdělení podle článku 8 odůvodní členský stát naléhavost příslušných opatření. Komise se neprodleně k tomuto sdělení vyjádří. V případech nesprávného použití tohoto postupu přijme Komise vhodná opatření. Komise pravidelně informuje Evropský parlament.).

Jestliže novela č. 300/2011 Sb. změnila zákon č. 202/1990 Sb. v ustanovení § 50 odst. 4 tak, že „***obec může stanovit obecně závaznou vyhláškou, že sázkové hry podle § 2 písm. e), g), i), l), m) a n) a loterie a jiné podobné hry podle § 2 písm. j) a § 50 odst. 3 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***“ a zároveň zavedla nové ustanovení § 50 odst. 6, podle kterého „***provozováním podle odstavců 4 a 5 se rozumí vlastní provoz heren a kasin, výherních hracích přístrojů, interaktivních videoloterních terminálů, lokálních loterních systémů a dalších zařízení obsluhovaných sázejícími, včetně přijímání vkladů, výplaty výher a dalších úkonů směřujících k uzavírání smluvních vztahů mezi provozovatelem a sázejícím ...***“ **jsou tato ustanovení s ohledem na uvedené skutečnosti neplatná, resp. nevynutitelná, a je proto**

třeba vycházet ze znění zákona č. 202/1990 Sb., které platilo před vyhlášením zákona č. 300/2011 Sb.

Podle mého názoru je z takových důvodů nevynutitelná i jakákoliv obecně závazná vyhláška vydaná na základě zmocnění uvedeného v ustanovení § 50 odst. 4 zákona č. 202/1990 Sb. ve znění novelizovaném zákonem č. 300/2011 Sb., když mám za to, že **je-li nevynutitelný zákon, pak per analogiam musí být jednoznačně nevynutitelná i obecně závazná vyhláška, která byla na základě zmocňovacího ustanovení takového zákona vydána.**

V tomto ohledu pouze pro úplnost dodávám, že **i když bude konstatována nevynutitelnost zákona č. 300/2011 Sb., obce budou moci nadále regulovat výherní hrací přístroje a videoloterijní terminály** (v souladu s nálezem Ústavního soudu ve věci „Chrastava"), **neboť tato pravomoc jim byla dána již před účinností zákona č. 300/2011 Sb.**

Podotýkám, že jsem **byl seznámen s dopisem primátora Mgr. Martina Baxy ze dne 6.3.2014, č.j. MMP/38660/14, ve kterém je vysloven názor, že máme námi tvrzené vady zákona č. 300/2011 Sb. uplatnit u ministerstva financí, resp. u příslušného soudu, přičemž statutární město Plzeň v tomto ohledu nehodlá podnikat žádné kroky k nápravě, resp. vyhlášku případně změní až bude znát výsledek nějakého sporu.**

K tomu lze snad jen dodat, že **v takovém případě už může být pozdě.** Náš klient se samozřejmě může domáhat v soudním řízení oné nevynutitelnosti, nicméně – pakliže uspěje, když šance je i s ohledem na stanovisko EU evidentně poměrně značná, **bude se samozřejmě domáhat též náhrady škody, a to nikoliv jen vůči státu, ale i vůči obci.**

V tomto ohledu lze konstatovat, že **dokud provozovna našeho klienta nebude vyřazena z obecně závazné vyhlášky, nemá ministerstvo financí jakýkoliv důvod odnímat mému klientovi licenci. Příčinou odnětí licence mému klientovi by tedy bylo pouze znění obecně závazné vyhlášky.**

A zde se dostáváme k odpovědnosti obce za škodu.

Jelikož **vydání obecně závazné vyhlášky náleží do samostatné působnosti obce, odpovídá obec za škodu takto případně způsobenou nikoliv ve smyslu zákona č. 82/1998 Sb.,** o odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci rozhodnutím nebo nesprávným úředním postupem, **nýbrž dle občanského zákoníku.** V tomto ohledu odkazuji např. na rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR sp.zn. 25 Cdo 532/2007 či sp.zn. 25 Cdo 1961/2005, ve kterém Nejvyšší soud judikoval: „***Je proto správný právní názor odvolacího soudu, že pokud v rámci samostatné působnosti obec hospodaří a nakládá se svým majetkem, její odpovědnost nemůže být založena aplikací zákona č. 82/1998 Sb. Pokud jde o odpovědnost obce z hlediska § 420 obč. zák., otázka existence příčinné souvislosti je otázkou skutkovou, neboť v řízení se zjišťuje, zda škodní událost či protiprávní úkon a vzniklá škoda na straně poškozeného jsou ve vzájemném poměru příčiny a následku. Příčinná souvislost se nepředpokládá, musí být prokázána, a v tomto směru jde o otázku skutkových zjištění; rozhodující je přitom věcná***

souvislost příčiny a následku. Právní posouzení příčinné souvislosti spočívá ve stanovení, mezi jakými skutkovými okolnostmi má být její existence zjišťována.“

Ve smyslu § 2900 občanského zákoníku (dříve § 415) přitom platí, že každý je povinen počínat si při svém konání tak, aby nedošlo k nedůvodné újmě na svobodě, životě, zdraví nebo na vlastnictví jiného. Obec má tedy prevenční povinnost předcházet vzniku škody. Je nepochybné, že pokud obec ví, jaké nedostatky má zákon č. 300/2011 Sb. a je si vědoma důsledků s tím spojených, měla by postupovat tak, aby zabránila případnému vzniku škody. To jest, pokud obec ví, že jsou zde dokonce již některými subjekty vedeny spory ohledně vynutitelnosti zákona č. 300/2011 Sb., neměla by reagovat až teprve když jí bude výsledek nějakého takového sporu znám, ale měla by okamžitě učinit taková opatření, aby případnému vzniku škody vůbec zabránila.

Pokud obec svoji prevenční povinnost poruší, bude se náš klient domáhat náhrady škody i na obci, která by v souladu s § 2915 občanského zákoníku mohla být z odpovědnosti za škodu zavázána společně a nerozdílně se státem, a to právě z důvodu nesplnění prevenční povinnosti.

Závěrem mohu shrnout, že průměrný měsíční obrat našeho klienta činí 4 mil. Kč. Pokud by náš klient byl v důsledku znění obecně závazné vyhlášky nucen svoji provozovnu, kterou dlouhá léta budoval a investoval do jejího vybavení nemalé částky, a zároveň své sídlo uzavřít, vznikla by jak jemu, tak pronajímateli nemovitosti, ve které sídlí, jakož i zaměstnancům našeho klienta – kterých je bezmála 60 a kteří by museli být propuštěni, jistě nemalá škoda, která by – jak jsem již uvedl, byla nárokována i vůči obci. Na tomto místě rovněž připomínám, že obec je povinna pečovat o zachování a rozvoj svého majetku, tedy jednat s péčí řádného hospodáře, přičemž za takové jednání obci nepochybně osobně odpovídají zastupitelé.