



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Plzni rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. PhDr. Petra Kuchynky, Ph.D. a soudců JUDr. Václava Roučky a Mgr. Jany Komínkové v právní věci **žalobkyně: CH. H. H. , zastoupené Mgr. Petrem Václavkem, advokátem, se sídlem Praha 1, Opletalova 25, proti žalovanému: Státní úřad inspekce práce, se sídlem Opava, Kolářská 451/13, v řízení o žalobě proti rozhodnutí žalovaného ze dne 13. prosince 2013 č.j. 4234/1.30/13/14.3**

t a k t o :

- I. **Rozhodnutí Státního úřadu inspekce práce ze dne 13.12.2013 č.j. 4234/1.30/13/14.3 se zrušuje a věc se vrací k dalšímu řízení žalovanému.**
- II. **Žalovaný je p o v i n e n nahradit žalobkyni náklady řízení ve výši 8.114,- Kč k rukám zástupce žalobkyně Mgr. Petra Václavka do 1 měsíce od právní moci tohoto rozsudku.**

O d ů v o d n ě n í :

Žalobkyně se žalobou domáhala zrušení výše označeného rozhodnutí žalovaného, jímž bylo zamítnuto odvolání žalobkyně a potvrzeno rozhodnutí Oblastního inspektorátu práce pro Plzeňský kraj a Karlovarský kraj ze dne 24.9.2013 č.j. 16268/6.71/13/14.3, jímž byla žalobkyně uznána vinnou ze spáchání správního deliktu podle § 140 odst. 1 písm. c) zákona č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti, ve znění pozdějších předpisů, za což jí byla uložena pokuta 250.000,- Kč a náhrada nákladů řízení 1.000,- Kč.

Žalobkyně v **žalobě** tvrdila porušení ust. § 3 správního řádu, tedy nezjištění stavu věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti. Za nelegální práci dle **§ 5 zákona o zaměstnanosti** se podle žalobkyně považuje pouze taková práce, která je vykonávána soustavně, podle pokynů a

za mzdu. Žalovaný se v odůvodnění zaobírá bezpředmětnou skutečností, zda jde o důsledky či znaky závislé práce, ale absentují-li i důsledky, z logiky věci plyne, že nemůže být řeč ani o výkonu závislé práce ve smyslu zákoníku práce a je nutné vzít do úvahy jak znaky, tak důsledky. Z krátkodobé přítomnosti fyzických osob na pracovišti správní orgán nemůže dovozovat podle žalobkyně, že byla soustavně vykonávána práce. Žalovaný se o prokázání znaků (potažmo důsledků) závislé práce ani nepokoušel, třebaže je nezbytné zkoumat i podmínku soustavnosti nelegální práce. Podle žalobkyně není udržitelná představa, že k prokázání výkonu nelegální práce stačí výsledky kontrolního zjištění z jediného dne, neboť kontrolní zjištění obsažená v protokolu o kontrole nejsou dostatečně průkazná v tom směru, že by dané fyzické osoby vykonávaly nelegální práce ve smyslu zákona o zaměstnanosti. Správní orgán měl své dokazování zaměřit na to, jak často a jakým způsobem dané fyzické osoby vykonávají tvrzený nelegální výkon zaměstnání (např. výsledky dotčených osob či dalších třetích osob). Podle žalobkyně se žalovaný s touto odvolací námitkou nevypořádal, když toliko nedostatečně definoval závislou práci, což činí napadené rozhodnutí nepřezkoumatelným. Žalobkyně poukázala na rozhodnutí rozšířeného senátu NSS ze dne 8.3.2011 č.j. 7 Azs 79/2009-84. Podle žalobkyně výsledky kontroly (nadto Celního úřadu, nikoliv OIP) nemohou nahradit dokazování provedené postupem stanoveným správním řádem. Nositelem důkazní povinnosti je správní orgán. „*Povinnost prokázat, že jde o zastřený pracovněprávní vztah, leží na správním orgánu, jehož úlohou je vyvrátit tvrzení účastníka řízení o tom, že se o takový zastřený pracovněprávní vztah nejedná.*“ (z rozsudku NSS ze dne 18.12.2003 č.j. **6 A 45/2001-31**). Pouhá pravděpodobnost uvedené povinnosti nemůže podle žalobkyně obstát jako argument o stavu věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti. Žalovaný podle žalobkyně postupoval v rozporu se zásadou materiální pravdy upravenou v **§ 3 správního řádu** a se zásadou vyšetřovací stanovenou v **§ 50 odst. 3 téhož zákona**. Podle žalobkyně rovněž nelze souhlasit s tím, aby pokuta za správní delikt byla uložena na základě jediného podkladu, který byl vyhotoven jiným správním orgánem ještě před samotným zahájením řízení o správním deliktu.

Žalovaný podle žalobkyně nesprávně posoudil právní otázku, zda lze krátkodobou přítomnost fyzických osob na pracovišti kontrolované osoby považovat za správní delikt podle **§ 140 odst. 1 písm. c) zákona o zaměstnanosti**. Aby bylo možné určitou činnost považovat za výkon práce, musí jít o činnost soustavnou, ve vztahu nadřízenosti a podřízenosti, za odměnu, na dohodnutém místě a v dohodnuté pracovní době. Jednorázová přítomnost fyzických osob vykazuje z uvedených stěžejních znaků jeden znak. Zejména není splněna podmínka soustavnosti. I výkon „závislé práce“ na stanoveném místě a v dohodnuté pracovní době vzhledem k předloženým dokumentům (smlouva o spolupráci, faktura, živnostenská oprávnění) podle žalobkyně sotva obstojí. Mezi kontrolovanou osobou a přítomnými osobami jakožto podnikateli byly uzavřeny odpovídající smlouvy, proto jde o soukromoprávní vztahy postrádající vztah nadřízenosti či podřízenosti. Stěžejní zůstává absence znaku závislé práce, totiž že je vykonávána za odměnu, neboť bylo podle žalobkyně prokázáno, že fyzické osoby vykonávají svoji podnikatelskou činnost na vlastní náklady, i na vlastní odpovědnost (viz faktura a hrazení sociálního a zdravotního pojištění). Na výpomoc mezi podnikateli není podle žalobkyně pracovní smlouvy zapotřebí. Nezákonnost napadeného rozhodnutí spočívá podle žalobkyně i v přenášení odpovědnosti za zjištění skutkového stavu na žalovaného např. argumentací, že „účastník řízení nedokládá, o jaké náklady se jedná“. Žalobkyně nesouhlasila s hodnocením platnosti či neplatnosti smluv s tím, že tato pravomoc správnímu orgánu nepřísluší a v tomto směru lze napadené rozhodnutí považovat za nepřezkoumatelné. Dále podle tvrzení žalobkyně veškeré

výstupy správního orgánu z kontrolní fáze nemohou mít v následném správním řízení automaticky status důkazu, jelikož jsou produktem jednostranné činnosti správního orgánu, pročez se nacházejí na úrovni úředního záznamu. Řízení o správním deliktu je sankční povahy, proto s ohledem na rozsudek NSS ze dne 29.1.2009 sp. zn. **1 As 96/2008** platí pro správní trestání obdobné principy jako pro trestání soudní a je na místě analogicky aplikovat pravidla stanovená trestním právem, pokud samotný předpis správního práva vůbec neřeší spornou otázku a analogie není k újmě účastníka řízení. Žalobkyně tak namítala, že správní orgán v rámci správního řízení nezajistil ani jedno autentické vyjádření či výslech jednatele žalobce, ani osoby, která se měla dopustit nelegální práce, a spokojil se pouze s podklady z kontrolní činnosti v době před zahájením správního řízení, které mají povahu pouhých úředních záznamů. Žalobkyně poukázala na rozsudek NSS sp. zn. **1 As 96/2008** rovněž v tom směru, že *„úřední záznam jako jednostranný úkon správního orgánu sám o sobě nemůže obstát, ani je-li doplněn doznáním obviněného. Dokazování nemůže spočívat pouze na úředních záznamech, je-li možné vyslechnout ve věci svědka. Obsahem úředního záznamu je jen předběžná informace o věci sloužící ke zvážení dalšího postupu správního orgánu.“* Podle žalobkyně se žalovaný ocitl v důkazní nouzi i přesto, že se dokumenty získané v kontrolní fázi pokusil řádně provést s odkazem na **§ 51 odst. 2 správního řádu** a zaslal žalobkyni protokol o provedení důkazů listinami. Podle analogie s trestním právem lze úřední záznam proměnit v důkaz jen za výslovného souhlasu obviněného. Jelikož žalobkyně nedala souhlas k provedení důkazů úředních záznamů, jeví se tento pokus správního orgánu žalobkyni nicotný.

Žalobkyně dále namítala nepřezkoumatelnost výše uložené pokuty s odkazem na rozhodnutí NSS ze dne 31.5.2007 č.j. **4 As 64/2005-59 a č.j. 8 As 5/2005-53** ze dne 29.6.2005, podle nichž *„je správní orgán povinen při ukládání sankce zabývat se podrobně všemi hledisky, které mu zákon předkládá a navíc podrobně odůvodnit, jaký vliv mělo toto hledisko na konečnou výši pokuty. Výše uložené pokuty tak musí být v každém rozhodnutí zdůvodněna způsobem, nepřipouštějícím rozumné pochybnosti o tom, že právě taková výše pokuty odpovídá konkrétním okolnostem individuálního případu.“* Žalobkyně odkázala i na rozsudek ze dne 27.3.2008 č.j. **4 As 51/2007-68**, podle něhož *„rekapitulace skutkových zjištění, na niž navazuje pouhé konstatování zákonných kritérií pro uložení pokuty, aniž by bylo zřejmé, zda a jakým způsobem byla zákonná kritéria pro uložení pokuty hodnocena, je nedostatečné. Úvaha správního orgánu musí vést k hodnocení individuální povahy protiprávního jednání a okolnosti je třeba rozlišovat na přitěžující a polehčující a vždy je posuzovat z hlediska konkrétního dopadu na daný případ.“* Kromě zmíněné nepřezkoumatelnosti hledisek při rozhodování o výši pokuty podle žalobkyně samotná výše uložené pokuty je nepřiměřená a likvidační, tedy v rozporu s ústavním pořádkem. Žalobkyně odkázala na nálezy Ústavního soudu **č. 405/2002 Sb.**, jímž byla zrušena minimální hranice pokuty za správní delikt dle stavebního zákona. Žalobkyně dále měla za to, že ust. **§ 140 odst. 4 písm. f) zákona o zaměstnanosti** hovoří nejasně, když dle tohoto ust. lze uložit pokutu, „jde-li o správní delikt podle odst. 1 písm. c) a e).“ Podle žalobkyně z této formulace vyplývá, že lze pokutu aplikovat za kumulativního splnění obou správních deliktů upravených pod písm. c) a pod písm. e) příslušného ust. zákona o zaměstnanosti. Vzhledem k nejasnosti tohoto ust. je proto nutné interpretovat je ve prospěch účastníka řízení.

Žalobkyně rovněž namítala, že vzhledem ke skutečnosti, že kontrolní řízení bylo řízení vedené z moci úřední, a přítomné fyzické osoby nehovořily českým jazykem, sám Celní úřad

mohl a měl předpokládat nezbytnost tlumočníka při kontrole proto, aby záznamy z kontroly mohly být řádným podkladem. Podle žalobkyně pro svou objektivní neznalost českého jazyka nemohou být přítomné osoby penalizovány a nemůže jim být kladena k tíži. Celnímu úřadu podle žalobkyně muselo být v průběhu kontroly zřejmé, že uvedené osoby mají značný problém při komunikaci, přesto s nimi jednal bez tlumočníka. Žalobkyně poukázala na **§ 16 správního řádu** s tím, že správní orgán je povinen ustanovit tlumočníka, jestliže potřeba tlumočení je zřejmá a vyjde v řízení najevo (srovnej např. rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 31.5.2007 č.j. 9 Ca 254/2005-31). Podle žalobkyně je tak zjevné, že i při průběhu kontroly byla porušena základní procesní pravidla a záznamy nemohou být řádný podklad pro správní řízení. Žalobkyně rovněž uvedla, že námitky proti protokolu o výsledku kontroly nevznesla právě v důsledku absence tlumočníka, nikoli proto, že by vše uznávala.

Žalovaný **ve vyjádření k žalobě** navrhl zamítnutí žaloby s tím, že k prokázání závislé práce došlo, když v samotném protokole o kontrole je zahrnuto vyjádření žalobkyně ohledně osoby pana H.Q.L., že tento u ní pracoval v kuchyni od 10.1.2013, přičemž kontrola proběhla 27.2.2013, tedy samotná kontrolovaná osoba potvrdila, že nešlo o práci v rámci jediného dne. Podle žalovaného žalobkyně sice namítá, že žalovaný nedostatečně zjistil skutkový stav, avšak žalobkyně nikdy netvrdila, že by byl jiný, než ze kterého správní orgány vycházely. Protokol o kontrole je použitelným důkazem ve správním řízení podle žalovaného tím spíše, pokud proti jeho obsahu nebyly vzneseny námitky a kontrolní zjištění nebylo zpochybněno ani v průběhu správního řízení. Podle žalovaného žalobkyně nezpochybnila věcnou správnost kontrolních zjištění a namítá pouze procesní pochybení a nesprávné právní hodnocení. Za takové situace lze mít za to, že je zjištěn skutkový stav, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a není pochybením žalovaného, jestliže další důkazy neshromažďoval a nepátral po nich, což by bylo i v rozporu se zásadou hospodárnosti zakotvenou v § 6 správního řádu. Podle žalovaného v projednávané věci se vycházelo i z dalších důkazů, nejen z protokolu o kontrole. Ačkoli byla předložena obchodněprávní smlouva, kontrolou na místě bylo zjištěno, že pan H.Q.L. vykonával pro žalobkyni závislou práci v kuchyni; s paní D.T.T., která v době kontroly připravovala nápoje a obsluhovala zákazníky, měla žalobkyně uzavřenou dokonce dle svého vyjádření pouze ústní dohodu, byla tam „jen na zkoušku“. V souladu s § 3 zákoníku práce č. 262/2006 Sb. může být závislá práce vykonávána výlučně v základním pracovněprávním vztahu. Z uvedeného podle žalovaného vyplývá, že v prvním případě došlo k zastření (nelegální) závislé práce uzavřením formálního obchodněprávního vztahu, a ve druhém případě nebyl uzavřen pracovněprávní vztah vůbec. K povinnosti ustanovit tlumočníka žalovaný uvedl, že dotčení cizinci nebyli v průběhu kontroly vůbec dotazováni, činnost, kterou vykonávali v průběhu kontroly, zjistili inspektoři nikoli dotazem u těchto osob, ale přímým pozorováním. K dotazování zástupce žalobkyně došlo až 13.3.2013 za přítomnosti tlumočníka. Námitka neposkytnutí tlumočníka v následném správním řízení je pak podle žalovaného nepatřičná také proto, že účastník řízení byl zastupován českým právním zástupcem. Správní orgán je ve správním řízení povinen ustanovit tlumočníka toliko tehdy, požádá-li o to účastník. Jak uvedl NSS v rozsudku č.j. **1 As 28/2008-76** ze dne 3.9.2008, „*správní orgán, který neustanovil účastníkovi řízení tlumočníka za situace, kdy účastník řízení neprohlásil, že neovládá český jazyk, a tato skutečnosti nevyplývala ani z obsahu správního spisu, neporušil právo účastníka na přítomnost tlumočníka.*“ Z protokolu o kontrole podle žalovaného ani nevyplývá, že by byly pracující fyzické osoby při kontrole dotazovány. Ani žalobkyně neuvádí, z čeho by mělo být zřejmé, že uvedené osoby mají značný problém při komunikaci. Z protokolu o podaném vysvětlení ze dne 13.3.2013, kde byla

žalobkyně zastupována svým zmocněncem, je podle žalovaného zřejmé, že jednatelka žalobkyně paní W.W.B. byla řádně poučena, poučení porozuměla, nepožaduje tlumočníka. Dále se v protokolu uvádí, že podanému vysvětlení je přítomen pan S.Y., který ovládá český jazyk slovem i písmem. Skutečnost, že osoba podávající vysvětlení porozuměla kladeným otázkám, vyplývá také z prostého faktu, že smysluplně reagovala na dotazy správního orgánu. Z dané situace podle žalovaného nevyplynula potřeba tlumočení. Žalovaný tak odmítl jako nedůvodnou i námitku žalobkyně, že v důsledku absence tlumočníka bylo znemožněno podat námitky proti protokolu o kontrole. Žalovaný poukázal i na ust. § 31 odst. 8 věta první zákona č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání, podle něhož je podnikatel povinen zajistit, aby v provozovně byla v provozní době přítomna osoba splňující podmínku znalosti českého nebo slovenského jazyka. Žalovaný odmítl jako absurdní konstrukci, že sankci dle § 140 odst. 4 písm. f) zákona o zaměstnanosti lze uložit pouze při současném spáchání správního deliktu dle § 140 odst. 1 písm. c) a e) zákona o zaměstnanosti. Toto podle žalovaného nevyplyvá ani z účelu a smyslu postihování osob za spáchání správních deliktů na úseku zaměstnanosti, ani ze samotného zákona, ani z vůle zákonodárce sankcionovat pouze za spáchání více správních deliktů.

Součástí **správního spisu** je protokol o kontrole zaměstnávání cizinců ze dne 16.5.2013, podle něhož byla kontrola prováděna dne 27.2.2013 od 12:30 do 13:00 hodin, kdy na provozovně žalobkyně na adrese ... (čínská restaurace) byly zjištěny kontrolované osoby L.H.Q., který pracoval v kuchyni v době kontroly a byl oblečen v pracovním obleku a krájel nožem zeleninu, a dále T.T.D., která za barem připravovala nápoje a obsluhovala zákazníky. K první zjištěné osobě byla předložena smlouva o spolupráci ze dne 10.1.2013, podle níž je předmětem smlouvy závazek zajišťovat hostinské služby dle pokynů žalobkyně na dobu neurčitou, a to za 60,- Kč za hodinu poskytování služby. Současně byla předložena faktura ze dne 10.2.2013, kde se uvádí „výplata 8.000,- Kč v hotovosti“. Ohledně zjištěné osoby T.T.D. majitelka podniku paní W.W.B. vypověděla, že pracovní výkon trval cca 3 hodiny a paní T.T.D. byla zde jen na zkoušku, a protože neuměla dobře česky, byla s ní ukončena poté spolupráce a nedostala žádnou odměnu. Dne 13.3.2013 se na pracoviště Celního úřadu pro Plzeňský kraj dostavila členka statutárního orgánu kontrolované osoby paní W.W.B. v doprovodu zástupce S.Y. a uvedla, že pan H.Q.L. při kontrole doložil živnostenský list, pracoval v kuchyni od 10.1.2013 v době otevírací doby restaurace, přičemž bydlí v patře budovy, a pokud paní W.W.B. nestíhá vařit sama, tak vaří on. Suroviny pro vaření nakupuje paní W.W.B. a zároveň kontroluje pana H.Q.L. při práci. Zdravotní a sociální pojištění si pan H.Q.L. platí sám. Dle závěru protokolu vykonával tento cizinec ze země mimo EU na pracovišti kontrolované osoby na základě smlouvy o spolupráci jako OSVČ pracovní činnost běžnou pro hostinskou činnost (vařil a připravoval pokrmy). Dle provedené lustrace výpisu z obchodního rejstříku však tento ekonomicky subjekt nebyl v okamžiku kontroly oprávněn provozovat tuto řemeslnou hostinskou činnost. Podle závěru protokolu tak L.H.Q. nejméně dne 27.2.2013 v době od 12:30 do 13:00 hodin při vaření v kuchyni v restauraci žalobkyně vykonával závislou práci dle § 5 písm. e) odst. 1 zákona o zaměstnanosti a zaměstnavatel (kontrolovaná osoba) tak umožnil výkon nelegální práce ve smyslu tohoto ust. Ohledně paní D.T.T. vypověděla paní W.W.B., že uvedená osoba zde byla jen na zkoušku, začala pracovat v 10:00 hodin a pracovní činnost trvala 3 hodiny, přičemž měly uzavřenu pouze ústní dohodu. Jelikož paní neuměla dobře česky, k další spolupráci nedošlo a žádnou finanční odměnu nedostala

Podle sdělení Úřadu práce ČR, Krajské pobočky v Plzni ze dne 12.4.2013 D.T.T. a L.H.Q. neměli vydáno pravomocné povolení k zaměstnání u zaměstnavatele – žalobkyně.

Součástí správního spisu je i protokol o vysvětlení ze dne 13.3.2013, kde paní W.W.B. za přítomnosti pana S.Y., který ovládá český jazyk, uvedla, že v době kontroly vařil v kuchyni pan H.Q.L., který nemá v živnostenském listu uvedenu hostinskou činnost. Paní W.W.B. předložila smlouvu o spolupráci s touto osobou a uvedla, že pracoval v kuchyni od 10.1.2013 v době otevírací doby restaurace a současně bydlí v patře budovy, a pokud paní W.W.B. nestíhá vařit sama, vaří on. Suroviny pro vaření nakupuje paní W.W.B. a ta zároveň kontroluje pana H.Q.L. při práci. Mezi sebou si fakturují za odvedenou práci a zdravotní a sociální pojištění si pan H.Q.L. platí sám. V době kontroly se za barem nacházela také paní D.T.T., která zde byla jen na zkoušku 3 hodiny od 10:00 hodin, přičemž připravovala nápoje a měla obsluhovat zákazníky. Měly mezi sebou uzavřenou pouze ústní dohodu, ale jelikož paní neuměla dobře česky, k další spolupráci nedošlo a nedostala odměnu. Vysvětlení podepsala paní W.W.B. a zástupce S.Y.

Ve vyjádření ze dne 9.9.2013 žalobkyně namítala neprokázání podmínky soustavnosti nelegální práce s tím, že předloženými doklady bylo naopak prokázáno, že fyzické osoby vykonávají podnikatelskou činnost na vlastní náklady, odpovědnost a vlastním jménem. Dále byla namítána absence tlumočníka.

Správní orgán I. stupně uznal žalobkyni vinnou ze spáchání správního deliktu podle § 140 odst. 1 písm. c) zákona č. 435/2004 Sb. tím, že umožnila výkon nelegální práce ve smyslu § 5 písm. e) bod první a druhý téhož zákona, tedy, že umožnila výkon závislé práce mimo pracovněprávní vztah a bez povolení k zaměstnání osobám L.H.Q. a T.T.D., když uvedené osoby pracovaly minimálně v době kontroly 27.2.2013 v provozovně žalobkyně ..., kdy pan L.H.Q. pracoval jako kuchař – krájel zeleninu a pan T.T.D. připravovala nápoje za barem a obsluhovala zákazníky. V odůvodnění správní orgán I. stupně uvedl, že pan L.H.Q. měl s žalobkyní sjednanu smlouvu o spolupráci, v níž se zavázal zajistit hostinské služby, avšak nemá živnostenské oprávnění pro hostinskou činnost, tedy nemohl pro žalobkyni hostinskou činnost zajišťovat jako podnikatel a zavázal se k plnění právně nemožnému. Taková smlouva je dle předběžného úsudku správního orgánu I. stupně neplatný právní úkon podle § 37 zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku. Správní orgán I. stupně poukázal i na rozsudek NSS ze dne 13.5.2013 č.j. 5 Afs 123/2004-61, podle něhož „uzavřít smlouvu s relevantními následky lze pouze ohledně plnění, které je možné, a to nejen fakticky, ale i právně.“ Jelikož podle správního orgánu I. stupně je ve smlouvě dále uvedeno, že pan L.H.Q. bude zajišťovat hostinské služby dle pokynů žalobkyně a žalobkyně bude koordinovat služby poskytované panem L.H.Q. a je sjednána cena 60,- Kč za hodinu práce, je zřejmé, že výkon práce pana L.H.Q. není činností živnostníka. Správní orgán I. stupně vycházel z ust. § 2 odst. 1 zákona č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníku, definujícího znaky podnikání, které musí být splněny kumulativně, jimiž jsou „soustavná činnost prováděná samostatně podnikatelem vlastním jménem a na vlastní odpovědnost za účelem dosažení zisku.“ V podstatě identické je ust. § 2 zákona č. 455/1991 Sb., živnostenského zákona. Pan L.H.Q. ale vykonával pro žalobkyni práce kuchaře podle pokynů žalobkyně za 60,- Kč hodinovou mzdu, tedy jako práci závislou. Součástí spisu je i faktura, kde je žalobkyně označena jako dodavatel a pan L.H.Q. jako odběratel a dodávka je označena jako výplata a dále je částka 8.000,- Kč. Z faktury je podle správního orgánu I. stupně

zřejmé, že žalobkyně jako dodavatel dodala panu L.H.Q. výplatu za odvedenou práci a pan L.H.Q. tuto výplatu odebral, kdy místo výplatního lístku je použita faktura – daňový doklad. Označení dodavatele a odběratele formálně neodpovídá, neboť předmětem dodávky a odběru je zajištění hostinské činnosti, avšak z faktury je zřejmé, že předmětem je mzda za vykonanou práci – výplata. Ohledně paní T.T.D. správní orgán I. stupně uvedl, že byla inspektory spatřena v provozovně žalobkyně, jak připravovala za barem restaurace nápoje a obsluhovala zákazníky. Lze konstatovat podle správního orgánu I. stupně, že vykonávala pro žalobkyni práci servírky. Z povahy práce servírky je zřejmé, že tato práce nemůže být vykonávána jako činnost živnostníka a podnikatele, tedy samostatně, vlastním jménem a na svoji odpovědnost, ale toliko jménem provozovatele restaurace, se kterým zákazník vstupuje do smluvního vztahu nákupem služeb a zboží (obsluha + jídlo a pití). Práce servírky je typickou závislou prací, vykonávanou jménem zaměstnavatele, ve vztahu podřízenosti zaměstnavateli, podle jeho pokynů, a na pracovišti zaměstnavatele v určené pracovní době, na náklady a odpovědnost zaměstnavatele.

K námitce ohledně jazykové bariéry a neposkytnutí tlumočníka přítomným osobám správní orgán I. stupně uvedl, že činnost, kterou vykonávaly uvedené osoby, zjistili inspektoři CÚP nikoli dotazem u těchto osob, ale přímým pozorováním – závěry učiněné v protokolu se neopírají o vyjádření ve výroku uvedených osob. Ke zjištění, co a kde ve výroku uvedené osoby dělaly a pro koho, tedy vůbec nebylo nutno verbální komunikace s ve výroku uvedenými osobami. Uvedené osoby byly legitimovány a byla zjištěna jejich identita. V den kontroly 27.2.2013 předložila paní W.W.B. smlouvu o spolupráci sjednanou v jazyce českém. Pokud tedy občan Čínské lidové republiky a Vietnamské socialistické republiky mezi sebou uzavřeli smluvní vztah v jazyce českém, lze s velkou mírou pravděpodobnosti podle správního orgánu I. stupně předpokládat, že minimálně v rozsahu textu smlouvy a jejích souvislostí a důsledků česky rozumí. Ke komunikaci mezi inspektory a paní W.W.B. došlo 13.3.2013 již za přítomnosti tlumočníka pana S.Y., a nelze se tedy dovolávat toho, že žalobkyni nebylo umožněno komunikovat za pomoci tlumočníka. Správní orgán I. stupně poukázal na ust. § 31 odst. 8 zákona č. 455/1991 Sb., podle něhož je podnikatel povinen zajistit, aby v provozovně byla v prodejní době určené pro styk se spotřebiteli přítomna osoba splňující podmínku znalosti českého nebo slovenského jazyka. Na základě toho se podle správního orgánu I. stupně nemůže žalobkyně vymlouvat, že jí inspektoři nezajistili tlumočníka. V protokolu o kontrole není zaznamenáno, že ze strany osob uvedených ve výroku rozhodnutí, a ani paní W.W.B., došlo k prohlášení, že neovládají úřední jazyk a žádají tlumočníka. V protokolu o kontrole není ani zaznamenáno žádné vyjádření uvedených osob, které by mohlo vést k jeho dezinterpretaci či nepochopení. K tvrzení žalobkyně, že měl správní orgán předpokládat nezbytnost tlumočníka, správní orgán I. stupně uvedl, že pokud se jedná o veřejně přístupnou čínskou restauraci na území města Plzně, které není typické početně výraznou čínskou či vietnamskou komunitou, lze naopak předpokládat, že zde pracuje personál, který je schopný v zájmu úspěšného provozování restaurace dorozumět se s hosty restaurace a restaurace je provozována v souladu se správním řádem ČR, tedy také ust. § 31 odst. 8 zákona č. 455/1991 Sb.

Podle správního orgánu I. stupně žalobkyně vychází z neúčinného znění zákoníku práce, když odkazuje na ust. § 2 odst. 4. Podle účinného znění § 2 odst. 1 zákoníku práce je závislou prací práce vykonávaná ve vztahu nadřízenosti zaměstnavatele a podřízenosti zaměstnance, jménem zaměstnavatele, podle jeho pokynů a zaměstnanec jej vykonává osobně. Pokud se v § 2 odst. 2 zákoníku práce uvádí, že závislá práce musí být vykonávána za odměnu,

na náklady a odpovědnost zaměstnavatele, v pracovní době na pracovišti zaměstnavatele, není toto definicí, či pojmovým znakem závislé práce, nebo určení, že se jen tehdy jedná o závislou práci, ale příkazem pro zaměstnavatele, že je povinen za práci poskytnout mzdu a že nemůže na zaměstnance přenášet náklady jeho podnikatelské činnosti a odpovědnost za podnikání a že zaměstnavatel může požadovat výkon práce pouze ve stanovené pracovní době a na pracovišti zaměstnavatele. Pojmy podle správního orgánu I. stupně také nelze zaměňovat s definicemi. Ust. § 2 odst. 1 zákoníku práce obsahuje pojmové znaky závislé práce toliko dva, a to nadřízenost a podřízenost a výkon práce podle pokynů zaměstnavatele. Osobní výkon práce zaměstnance je podmínkou k tomu, aby bylo možné závislost vůbec zkoumat. Výkon práce jménem zaměstnavatele je právní konstrukcí vyjadřující odpovědnost vůči třetím osobám a korespondující s § 2 odst. 2 zákoníku práce. Vzhledem k tomu není přesné hovořit o celém ust. § 2 odst. 2 zákoníku práce jako o tzv. „důsledcích“ závislé práce, když by se mohl mylně navozovat dojem, že neexistence nějakého důsledku tím vylučuje existenci příčiny onoho důsledku, tedy že neexistence důsledku je důkazem, že se o závislou práci nejedná. Existence důsledků nasvědčuje tomu, že se o závislou práci jedná a neexistence důsledků neznámá, že se o závislou práci nejedná, a může to svědčit o tom, že zaměstnavatel jedná v rozporu s § 2 odst. 2 zákoníku práce, např. když na zaměstnance přenáší náklady, které by měl nést sám. Práce servírky je typickou závislou prací vykonávanou jménem provozovatele restaurace a na jeho odpovědnost. Je vykonávána v provozovně zaměstnavatele, v pracovní době určené zaměstnancem (těžko si lze představit, že by servírka si sama určila, kdy bude obsluhovat hosty). Znakem závislé práce není soustavnost. V restauraci se nacházel jeden kuchař a jedna servírka, tedy personál v minimálním počtu, aby mohla být provozována restaurace. Dostatečně bylo zjištěno inspektory CÚP, kdo jakou práci vykonával, nadto paní W.W.B. ve vyjádření dne 13.3.2013 sama uvedla, že pan L.H.Q. vykonával práci kuchaře, a to již od 10.1.2013, a paní T.T.D. pracovala na zkoušku 3 hodiny. Není rozhodné, jaký časový úsek pozorovali inspektoři činnost těchto pracovníků, rozhodující je, že vykonávali ve výroku uvedené práce. K tvrzení žalobkyně, že uvedené osoby vykonávaly práce na vlastní odpovědnost a vlastním jménem a na vlastní náklady, správní orgán I. stupně uvedl, že žalobkyně nedoložila, o jaké náklady se jedná a v čem spočívá odpovědnost, a jak si lze představit činnost kuchaře a servírky jejich jménem.

Dále správní orgán I. stupně poukázal na usnesení rozšířeného senátu NSS č.j. **1 Afs 73/2004-89**, podle něhož „nelze se dovolávat smluvní svobody tam, kde zamýšlený právní úkon odporuje zákonu nebo jej obchází.“ Z tohoto a z § 8 písm. g) zákona č. 251/2005 Sb. vyplývá podle správního orgánu I. stupně, že správní orgány jsou povinny zjistit skutečný stav a stav formálněprávní posuzovat i z pohledu práva občanského. Lze tedy konstatovat, že účelem jednání – uzavření smlouvy o spolupráci a další ústní smlouvy je obcházením **§ 3 zákoníku práce**, podle něhož *závislá práce může být vykonávána výlučně v základním pracovněprávním vztahu*, stejně jako ust. části čtvrté zákona č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti, když obě zjištěné osoby nemají vydané povolení k zaměstnání, jak vyplývá ze stanoviska úřadu práce. Takové smlouvy jsou podle předběžného úsudku správního orgánu I. stupně neplatné dle § 39 zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku. Předložená faktura již jen dokresluje formálněprávní stav odlišný od skutečného. Skutečnost, že si uvedené osoby samy platí zdravotní a sociální pojištění, nemá k projednávané věci vztah.

Při stanovení výše pokuty vycházel správní orgán I. stupně z toho, že umožnění výkonu nelegální práce je jedním z nejzávažnějších správních deliktů na úseku zaměstnanosti,

výrazným způsobem poškozuje zaměstnance, kterému se nedostává ochrany pracovněprávních předpisů a má ekonomický rozměr, když umožněním výkonu nelegální práce se lze vyhnout daňové povinnosti a platbám za zdravotní a sociální pojištění. Umožnění výkonu práce bez povolení k zaměstnání významně nabourává politiku zaměstnanosti uplatňovanou prostřednictvím Úřadu práce ČR a deformuje pracovní trh. Správní orgán I. stupně jako polehčující okolnost zohlednil, že se jedná o první zjištěné pochybení žalobkyně a stanovil pokutu v minimální zákonné výši.

V žalobou **napadeném rozhodnutí** žalovaný uvedl, že znaky závislé práce jsou od 1.1.2012 uvedeny toliko v § 2 odst. 1 zákoníku práce a jsou jimi práce vykonávané ve vztahu nadřízenosti a podřízenosti, jménem zaměstnavatele, dle jeho pokynů, a osobně zaměstnancem. K ust. § 2 odst. 2 zákoníku práce, kde je uvedeno, že práce musí být vykonávána za odměnu, na náklady a odpovědnost zaměstnavatele, v pracovní době a na pracovišti zaměstnavatele, žalovaný uvedl, že se jedná až o důsledky výkonu závislé práce, nebo též podmínky, nikoli o znaky závislé práce. Podle § 3 zákoníku práce může být závislá práce vykonávána výlučně v základním pracovněprávním vztahu. Žalovaný měl za prokázané, že 27.2.2013 byla při kontrole v provozovně žalobkyně zjištěna osoba pana L.h.Q., který vykonával pro žalobkyni závislou práci spočívající ve vaření v kuchyni v restauraci, a paní D.T.T., která vykonávala závislou práci spočívající v přípravě nápojů a obsluze zákazníků v restauraci. Oba vykonávali závislou práci bez uzavřeného pracovněprávního vztahu a zároveň, jak vyplývá z informace Úřadu práce ČR, neměli vydaná pravomocná povolení k zaměstnání u žalobkyně. Ačkoli žalobkyně namítá, že správní orgán nezjistil stav, o němž nejsou důvodné pochybnosti, samotný výkon činností uvedených cizinců nijak nerozporuje. Netvrdí, že tyto činnosti nevykonávali, pouze namítá, že je vykonávali jako podnikatelé. Žalovaný poukázal na to, že L.H.Q. má sice vlastní živnostenské oprávnění, avšak nikoli na hostinskou činnost. Ohledně paní D.T.T. pak nebylo prokázáno, že by byla podnikatelkou. Cizinci vykonávali pro žalobkyni podle žalovaného závislou práci při splnění všech jejich definičních znaků dle § 2 odst. 1 zákoníku práce, tedy ve vztahu podřízenosti žalobkyni (cizinci se nemohli v kuchyni či u baru chovat nezávisle na žalobkyni), jménem žalobkyně (pracovali v její restauraci), na základě jejích pokynů a bezesporu práci vykonávali osobně. Na činnost kuchaře jsou běžně uzavírány pracovněprávní vztahy, nadto žalobkyně sama sdělila, že práci pana L.H. kontroluje a sama nakupuje suroviny na vaření. Obdobně činnost obsluhy v baru je klasickou závislou prací. Ačkoli byla odměna pana L.H.Q. fakturována, vykazuje znaky klasické mzdy za vykonanou práci stanovenou hodinovou sazbou. Faktura ani hrazení sociálního a zdravotního pojištění samotnými zjištěnými osobami nemůže podle žalovaného prokázat, že předmětné osoby nevykonávaly ve skutečnosti závislou práci, kterou pouze zastíraly formálně právně uzavřeným obchodněprávním vztahem. Žalovaný dále uvedl, že soustavnost není definičním znakem závislé práce dle § 2 odst. 1 zákoníku práce. Soustavnost je obvyklou, nikoli nezbytnou charakteristikou závislé práce. Je zřejmé, že i první den výkonu práce je výkonem závislé práce, ačkoli se již z logiky věci nemůže jednat o práci soustavnou. Podobně i výkon závislé práce na základě dohody o provedení práce může spočívat toliko v provedení jednorázového úkolu, jednodenní či pouze několikadenní pracovní činnosti, přesto jde o výkon závislé práce. Rozsudek NSS č.j. **4 Ads 177/2011-120** podle žalovaného na tento případ nedoléhá, neboť v posuzované věci šlo o jiný skutkový stav, navíc nedostatečně zjištěný a za účinnosti staré právní úpravy. Soustavnost jako znak závislé práce dle § 2 odst. 1 zákoníku práce nemůže být vykládána jen ve smyslu opaku jednodenní práce, jednorázové činnosti, jednorázové výpomoci,

ale právě s přihlédnutím k tomu, že může být práce vykonávána i na základě dohody o provedení práce, kdy může být vlastní výkon práce v určitém časovém rozmezí značně nerovnoměrný. Protokol o kontrole nebyl v dané věci podle žalovaného jediným podkladem pro vydání napadeného rozhodnutí a žalobkyně neměla žádné další návrhy na provedení důkazů, skutkový stav nerozporovala, pouze právní hodnocení. K výkonu nelegální práce dle § 5 písm. e) bod druhý zákona o zaměstnanosti, tedy bez povolení k zaměstnání žalovaný uvedl, že žalobkyně tuto skutečnost samu o sobě nijak nerozporovala a povolení k zaměstnání ke dni kontroly cizinci skutečně neměli, což bylo ve správním řízení prokázáno.

K námitce nezbytnosti tlumočnicka žalovaný uvedl, že dotčení cizinci nebyli v průběhu kontroly vůbec dotazováni a k dotazování došlo až 13.3.2013 za přítomnosti tlumočnicka. Námitka neposkytnutí tlumočnicka je tak nepatřičná rovněž proto, že žalobkyně byla zastupována v řízení českým právním zástupcem. Žalovaný poukázal na rozsudek NSS ze dne 3.9.2008 č.j. **1 As 28/2008-76**, podle něhož *„správní orgán, který neustanovil tlumočnicka za situace, kdy účastník řízení neprohlásil, že neovládá český jazyk, a tato skutečnost nevyplývala ani z obsahu správního spisu, neporušil právo účastníka na přítomnost tlumočnicka.“*

K výši uložené pokuty žalovaný uvedl, že nelegální práce přináší pro aktéry řadu výhod, ale pro pracujícího bez smlouvy také mnoho rizik, když člověk nelegálně zaměstnaný ztrácí pracovněprávní ochranu zaručenou zaměstnancům zákoníkem práce. Z pohledu podnikatele jde o neoprávněnou výhodu oproti poctivým a legálně zaměstnávajícím podnikatelům. Žalovaný polehčující okolnost shledal v tom, že se jedná o první zjištěné pochybení žalobkyně na úseku zaměstnanosti. Společenská nebezpečnost deliktního jednání byla tedy vzhledem k okolnostem případu nízká, avšak zákonodárce omezil možnosti správního uvážení správních orgánů v tom směru, že nemohou uložit sankci nižší než 250.000,- Kč. Váha jednotlivých zákonných kritérií ve vztahu ke konkrétní pokutě pak může být minimální či nulová – typicky majetkové poměry delikventa, které mohou správní orgány zohledňovat pouze v případech, kdy ukládají pokutu vyšší než minimální. Stanovením poměrně vysoké minimální zákonné sazby stát de facto odňal správním orgánům možnost posuzovat v konkrétním případě, zda je pokuta uložena v nejnižší zákonem stanovené výši, přiměřená a nelikvidační. Vzhledem k tomu správní orgán I. stupně uložil nejnižší možnou pokutu v souladu se zákonem.

O věci samé bylo rozhodnuto bez jednání podle **§ 76 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb.**, soudního řádu správního, (dále jen s.r.s.).

Žaloba je důvodná.

Podle § 140 odst. 1 písm. c) zákona o zaměstnanosti právnická osoba nebo podnikající fyzická osoba se správního deliktu dopustí tím, že umožní výkon nelegální práce podle § 5 písm. e) bodu 1 nebo 2.

Podle § 2 odst. 1 zákoníku práce závislou prací je práce, která je vykonávána ve vztahu nadřízenosti zaměstnavatele a podřízenosti zaměstnance, jménem zaměstnavatele, podle pokynů zaměstnavatele a zaměstnanec ji pro zaměstnavatele vykonává osobně. Závislá práce musí být vykonávána za mzdu, plat nebo odměnu za práci, na náklady a odpovědnost

zaměstnavatele, v pracovní době na pracovišti zaměstnavatele, popřípadě na jiném dohodnutém místě (odst. 2 téhož ustanovení).

Pro posouzení věci jsou podstatné závěry, ke kterým dospěl Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 13.2.2014, č.j. **6 Ads 46/2013-35** (dostupný na www.nssoud.cz a publikovaný ve Sbírce rozhodnutí Nejvyššího správního soudu pod č. 3027 v č. 5/2014). Rozsudek Nejvyššího správního soudu byl publikován s následujícími právními větami: „*I. Společným rysem všech znaků závislé práce vymezených v § 2 odst. 1 zákoníku práce z roku 2006 je osobní či hospodářská závislost zaměstnance na zaměstnavateli. Tyto znaky slouží k odlišení závislé práce od jiných ekonomických aktivit (zejména samostatného podnikání), ale také od aktivit jiného charakteru (zejména mezilidské výpomoci). Proto musí správní orgány při postihování nelegální práce [§ 5 písm. e) bodu 1 zákona č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti] obviněnému prokázat naplnění všech těchto znaků – zaměstnanec osobně a soustavně vykonává práci jménem zaměstnavatele a podle jeho pokynů, přičemž se vůči zaměstnavateli nachází v podřízeném vztahu. II. Odměna sice nepředstavuje samostatný definiční znak závislé, resp. nelegální práce, avšak pokud jedna osoba poskytne nebo přislíbí druhé za její činnost odměnu, jde o významnou skutečnost pro posouzení, zda mezi nimi existuje vztah nadřízenosti a podřízenosti vyplývající z hospodářské závislosti zaměstnance na zaměstnavateli.*“

K tomu, aby bylo možné v konkrétním případě dospět k závěru, zda se jednalo o závislou, resp. nelegální práci, je nezbytné, aby byl skutkový stav zjištěn v souladu s ustanovením **§ 3 správního řádu**. Podle tohoto ustanovení nevyplývá-li ze zákona něco jiného, postupuje správní orgán tak, aby byl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a to v rozsahu, který je nezbytný pro soulad jeho úkonu s požadavky uvedenými v § 2.

Zjištěný skutkový stav musí skýtat oporu pro jednoznačný závěr o tom, že byly naplněny všechny znaky závislé práce, tj. osobní výkon práce, soustavnost výkonu práce, výkon práce jménem zaměstnavatele a podle jeho pokynů, existence podřízenosti. Pokud jsou pochybnosti o tom, zda jsou všechny tyto znaky naplněny, je nezbytné tyto pochybnosti v důkazním řízení řádně vyvrátit.

Na řízení o správním deliktu je analogicky aplikovatelné ustanovení **§ 2 odst. 5 zákona č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním (trestní řád)**. Podle tohoto ustanovení orgány činné v trestním řízení postupují v souladu se svými právy a povinnostmi uvedenými v tomto zákoně a za součinnosti stran tak, aby byl zjištěn skutkový stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a to v rozsahu, který je nezbytný pro jejich rozhodnutí. Doznání obviněného nezbavuje orgány činné v trestním řízení povinnosti přezkoumat všechny podstatné okolnosti případu. V přípravném řízení orgány činné v trestním řízení objasňují způsobem uvedeným v tomto zákoně i bez návrhu stran stejně pečlivě okolnosti svědčící ve prospěch i v neprospěch osoby, proti níž se řízení vede.

V řízení o správním deliktu tak jsou správní orgány odpovědný za náležité zjištění skutkového stavu věci a této své povinnosti nejsou zbaveny ani v případě, kdy je účastník řízení nečinný či dokonce v případě, kdy se ke spáchání správního deliktu dozná.

Podle § 44 zákona č. 251/2005 Sb., o inspekci práce, není-li v tomto zákoně stanoveno jinak, řídí se postup při výkonu kontroly podle tohoto zákona částí třetí zákona o státní kontrole.

Zákon č. 552/1991 Sb., o státní kontrole, v ustanovení § 12 odst. 1 stanovil, že povinností kontrolních pracovníků je zjistit při kontrole skutečný stav věci. Kontrolní zjištění jsou kontrolní pracovníci povinni prokázat doklady. Podle § 15 odst. 1 téhož zákona o kontrolním zjištění se pořizuje protokol, který obsahuje zejména popis zjištěných skutečností s uvedením nedostatků a označení ustanovení právních předpisů, které byly porušeny. Podle § 15 odst. 2 zákona o státní kontrole se v protokole uvádí označení kontrolního orgánu a kontrolních pracovníků na kontrole zúčastněných, označení kontrolované osoby, místo a čas provedení kontroly, předmět kontroly, kontrolní zjištění, označení dokladů a ostatních materiálů, o které se kontrolní zjištění opírá. Protokol podepisují kontrolní pracovníci, kteří se kontroly zúčastnili. Podle ustanovení § 26 zákona o státní kontrole pro řízení podle tohoto zákona platí, s výjimkou § 18 tohoto zákona, správní řád.

Soud má za to, že z citovaných ustanovení zákona o inspekci práce a zákona o státní kontrole, ani z jiných jejich ustanovení nevyplývá, že by jimi byla vyloučena aplikovatelnost ustanovení § 55 (důkaz svědeckou výpovědí) a § 137 (vysvětlení) správního řádu. Tedy, že by správní orgán provádějící kontrolu podle zákona o státní kontrole byl oprávněn nahradit institut vysvětlení či důkazu svědeckou výpovědí záznamem o obsahu výpovědi osoby do protokolu.

Pokud tedy správní orgán zaznamená obsah výpovědi osoby do protokolu, aniž by byly dodrženy podmínky stanovené v ustanovení § 55 správního řádu, je nutné vyjádření takové osoby považovat za vysvětlení podle § 137 správního řádu. Z takového vyjádření osoby pak není správní orgán oprávněn v dalším řízení vycházet, resp. opírat o něj své skutkové závěry, neboť podle § 137 odst. 4 správního řádu záznam o podání vysvětlení nelze použít jako důkazní prostředek.

V již shora citovaném rozhodnutí sp. zn. 6 Ads 46/2013 Nejvyšší správní soud v bodě 34 uvedl, že „v řízení navazujícím na státní kontrolu má mimořádný význam ustanovení § 137 odst. 4 správního řádu, které označuje za nepřipustný důkazní prostředek záznam o podání vysvětlení (tedy nikoliv protokol o státní kontrole, jak se mylně domnívá stěžovatelka). Samozřejmě nepřipustnost použití záznamu o podání vysvětlení není absolutní – jistě je možné se svědka v průběhu svědecké výpovědi dotazovat například na důvody odlišnosti jeho výpovědi od vysvětlení, které podal před zahájením správního řízení. Nicméně k tomu, že čtením záznamu o podání vysvětlení nelze ve správním řízení plnohodnotnou svědeckou výpověď nahradit, existuje již bohatá judikatura zdejšího soudu (srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 9. 9. 2010 č. j. 1 As 34/2010-73, publikovaný pod č. 2208/2011 Sb. NSS). Z tohoto pohledu lze hodnotit jako pochybení oblastního inspektorátu, že využil při ústním jednání jako důkazní prostředek“.

Totéž, co bylo uvedeno ve vztahu k vysvětlení § 55 a vysvětlení podle § 137 správního řádu platí ve správním řízení ve věci správních deliktů i pro provedení účastnické výpovědi.

Ač se správní řád nezmiňuje o výsledku účastníka řízení, je nezbytné ve věci správních deliktů analogicky vycházet z ustanovení § 89 odst. 2 věta první trestního řádu, podle kterého za důkaz může sloužit vše, co může přispět k objasnění věci, zejména výpovědi obviněného a svědků, znalecké posudky, věci a listiny důležité pro trestní řízení a ohledání. Jak má být při výpovědi obviněného postupováno stanoví § 91 až 95 trestního řádu. Z těchto ustanovení vyplývá nejen to, že výpověď obviněného je v rovině trestněprávní jedním ze základních důkazů, nýbrž také to, že výpověď obviněného je použitelným důkazem teprve tehdy, pokud je provedena postupem podle § 91 až 95 trestního řádu. Vyjádření obviněného učiněná mimo výpověď obviněného tak důkazem nejsou. V řízení o správním deliktu tak bude vyjádření účastníka řízení (obviněného) jako důkaz použitelné teprve tehdy, pokud bude učiněno v rámci jeho účastnické výpovědi provedené analogicky podle ustanovení § 91 až 95 trestního řádu.

Protokol o státní kontrole tak má, za podmínek popsanych rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 13.2.2014, č.j. 6 Ads 46/2013-35, vypovídací hodnotu pouze co do vlastních zjištění kontrolních pracovníků, nikoli co do obsahu výpovědi osob při kontrole vytěžených, aniž by byl proveden důkaz jejich svědeckou výpovědí či účastnický výslech.

V případě žalobkyně tak správní orgány nebyly oprávněny v její neprospěch vycházet z vyjádření jednatelky žalobkyně paní W.W.B. ze dne 27.2. a 13.3.2013, neboť doznání obviněného nezbavuje správní orgány povinnosti zjistit skutkový stav podle § 3 správního řádu.

Rovněž lze přisvědčit tvrzení žalobkyně o neprokázání zejména znaku soustavnosti vykonávané práce. Nelze přitom akceptovat závěr správních orgánů o nepoužitelnosti dřívější judikatury (konkrétně rozsudku NSS ze dne 27.4.2012, č.j. **4 Ads 177/2011 – 120**), neboť podle rozsudku NSS ze dne 30.7.2014 č.j. **3 Ads 111/2013- 31**(všechny rozsudky NSS jsou dostupné na www.nssoud.cz) *"z judikatury Nejvyššího správního soudu, která se vztahovala k dřívější definici závislé práce (§ 2 odst. 4 zákoníku práce ve znění účinném do 31. 12. 2011) vyplývá, že k posouzení, zda se skutečně jedná o závislou práci, je nutné zabývat se i její soustavností. V rozsudku ze dne 27. 4. 2012, č. j. 4 Ads 177/2011 – 120, Nejvyšší správní soud posuzoval výkon nelegální práce cizincem a uvedl, že „pod pojmem nelegální práce nelze rozumět práci v nejobecnějším smyslu, tedy že postačí, když pracující osoba vyvíjí nějakou pracovní činnost. K posouzení práce cizincem jako nelegální práce ve smyslu zákona o zaměstnanosti je třeba, aby tuto práci vykonával cizinec soustavně, podle pokynů a za mzdu, plat nebo odměnu.“ Citovaný rozsudek přitom vychází z předpokladu, že za nelegální práci (cizince) lze označit jen takovou činnost, která je obdobná závislé práci ve smyslu zákoníku práce. Podmínka soustavnosti se však nevztahuje pouze na nelegální práci vykonávanou cizincem. Vyplývá to jednak z odkazu na zákoník práce, který se pochopitelně vztahuje na všechny pracovněprávní vztahy na území České republiky, ale rovněž z dřívější judikatury, která podmínku soustavnosti dovodila i ve vztahu k českým občanům (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 9. 2011, č. j. 4 Ads 75/2011 – 73). Interpretačně přínosný je rovněž rozsudek zdejšího soudu ze dne 14. 11. 2007, č. j. 3 Ads 32/2007 – 66, v němž je pod definiční prvek závislosti podřazena dlouhodobá činnost. Zkoumat soustavnost vykonávané práce je ostatně logické i z pohledu nejdůležitějšího znaku závislé práce – vztahu nadřízenosti zaměstnavatele a podřízenosti zaměstnance, který se zpravidla vytvoří pouze v*

případě 3 Ads 111/2013 dlouhodobě vykonávané činnosti. Ze shodné premisy ostatně vychází i výše citovaný rozsudek ze dne 13. 2. 2014, č. j. 6 Ads 46/2013 - 35, který pod znaky závislé práce (dle § 2 zákoníku práce ve znění účinném od 1. 1. 2012) zahrnul soustavnost také. K této otázce uvedl: „Za (samostatný) znak je ovšem nutno považovat již první část definice, která hovoří o tom, že práce „je vykonávána“. Nejen z tohoto gramatického vyjádření (vid nedokonavý), ale zejména z účelu definice a postihu nelegální práce je zřejmé, že **mohou zůstat v platnosti dřívější judikaturní závěry o soustavnosti jako znaku závislé práce**, neboť při jednorázové či příležitostné spolupráci se jen těžko může mezi zaměstnavatelem a zaměstnancem vytvořit jakýkoliv vztah, natožpak vztah závislosti.

Z výše uvedeného je zřejmé, že i soustavností vykonávané činnosti se musí správní orgány v případě posuzování nelegální práce zabývat. Nejvyšší správní soud si je vědom, že je často velmi složité soustavnost nelegální práce prokázat, neboť kontrola zpravidla odhalí jen činnost prováděnou v době kontroly samotné. To však neznámá, že by měla kontrola na prokázání tohoto znaku rezignovat úplně, spokojit se statickým zjištěním přítomnosti nějaké osoby na pracovišti a jen z toho dovozovat dynamický faktor, trvání určité činnosti. Zcela jistě je možné usuzovat na soustavnost vykonávané činnosti z informací získaných z výpovědi svědků (ať už ostatních zaměstnanců, či zákazníků), ze situace na místě a dalších okolností. S takto shromážděnými důkazy by mohla být následně konfrontována argumentace údajného delikventa. Právě soustavnost vykonávané práce totiž může být znakem, na základě něhož lze odlišit závislou činnost, respektive nelegální práci, od jednorázové občanské výpomoci, ověřování určitých předpokladů zájemce o práci či jiných druhů činnosti, které není možné za závislou práci považovat.

Právem zaměstnavatele je ověřit si, zda s konkrétním člověkem uzavře pracovní smlouvu na základě podmínek, se kterými do jednání vstupují. Jakmile by k uzavření pracovní smlouvy došlo, nastupovala by povinnost zaměstnance zaučovat v dalších dovednostech, a to za podmínek § 228 odst. 1 zákoníku práce. Nic to však nemění na závěru, že nejprve by zaměstnavatel musel chtít uchazeče do zaměstnání přijmout. A k takovému rozhodnutí právě může sloužit přijímací pohovor, praktická zkouška pracovních dovedností, jak tomu mohlo být také v nyní posuzované věci."

Pokud jde o vlastní zjištění kontrolních pracovníků uvedené v protokole o kontrole ze dne 16.5.2013, dostatečná skutková zjištění prokazující spáchání předmětného správního deliktu neobsahuje, kromě toho, že v době kontroly „L.H.Q. v kuchyni v pracovním obleku krájel nožem zeleninu a T.T.D. za barem připravovala nápoje a obsluhovala zákazníky“. Ohledně zjištěné osoby L.H.Q. byla správním orgánům předložena smlouva o spolupráci, ale ohledně T.T.D. nejsou žádné další podklady prokazující naplnění všech znaků nelegální práce, zejména žalobkyní tvrzené podmínky soustavnosti. V případě T.T.D. nebylo prokázáno, zda se nejednalo pouze o několikahodinové ověřování předpokladů zájemce o práci ve smyslu výše cit. rozsudku NSS č. 3 Ads 111/2013- 34, neboť dle jednatelky žalobkyně nebyla tato osoba pro nedostatečné jazykové znalosti po třech hodinách přijata. Neprůkaznost svého dosavadního zjištění připouští i samy správní orgány, neboť ve výroku prvostupňového rozhodnutí není do skutku zahrnuto delší období, než doba vlastní (jediné) kontroly (arg. slovy "minimálně v době kontroly").

Soud je přesvědčen o tom, že tato skutková zjištění neskýtají oporu pro závěr, že žalobkyně opakovaně naplnila skutkovou podstatu správního deliktu na úseku zaměstnanosti dle § 140 odst. 1 písm. c) zákona o zaměstnanosti. Na základě zjištěných skutečností nelze dospět k závěru, že byly naplněny všechny znaky závislé práce, tj. osobní výkon práce, soustavnost výkonu práce, výkon práce jménem zaměstnavatele a podle jeho pokynů, existence podřízenosti.

Je nutné uzavřít, že v průběhu správního řízení došlo k porušení ustanovení § 3 správního řádu, neboť nebyl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, resp. nebyl vůbec zjištěn, a to v rozsahu, který je nezbytný pro soulad jeho úkonu s požadavky uvedenými v § 2. Závěry správních orgánů učiněné na základě nedostatečně zjištěného skutkového stavu jsou přinejmenším předčasné.

Vzhledem ke zmíněným nedostatkům skutkového zjištění ve vztahu k výroku o vině se soud nemohl zabývat žalobní námitkou směřující do výše uloženého trestu a jeho neústavního a likvidačního charakteru.

Nedůvodnou shledal soud pouze námitku porušení práva na tlumočníka, neboť lze v tomto směru přisvědčit žalovanému v tom, že jednatelka žalobkyně ve smyslu § 16 správního řádu ani neuvedla, že neovládá český jazyk, ani ze spisu nevyplývá, že by potřeba tlumočníka byla zjevná. Naopak bylo zjištěno, že jednatelka žalobkyně česky rozuměla, když při kontrole předložila požadované listiny, a vyjadřovala se za přítomnosti tlumočníka.

Vzhledem k výše uvedenému soud rozhodl v souladu s ustanovením § 76 odst. 1 písm. b), c) s.ř.s. o zrušení napadeného rozhodnutí pro vady řízení. Správní orgán je v dalším řízení vázán právním názorem, který soud vyslovil ve zrušujícím rozsudku (§ 78 odst. 5 s.ř.s.).

O náhradě nákladů řízení bylo rozhodnuto podle § 60 odst. 1 s.ř.s. a žalobkyni, která měla ve věci plný úspěch, byla přiznána náhrada za zaplacený soudní poplatek, a dále za náklady právního zastoupení sestávající z 1 úkonu á 3.100,- Kč a 1 režijního paušálu á 300,- Kč navýšené o DPH 21%.

Poučení: Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává ve dvou vyhotoveních u Nejvyššího správního soudu, se sídlem Moravské náměstí 6, Brno, a to ve lhůtě dvou týdnů ode dne doručení rozsudku. O kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud.

Lhůta pro podání kasační stížnosti končí uplynutím dne, který se svým označením shoduje se dnem, který určil počátek lhůty (den doručení rozhodnutí). Případně-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejbližší následující pracovní den. Zmeškání lhůty k podání kasační stížnosti nelze prominout.

Kasační stížnost lze podat pouze z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 s. ř. s. a kromě obecných náležitostí podání musí obsahovat označení rozhodnutí, proti

němuž směřuje, v jakém rozsahu a z jakých důvodů jej stěžovatel napadá, a údaj o tom, kdy mu bylo rozhodnutí doručeno.

V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

Soudní poplatek za kasační stížnost vybírá Nejvyšší správní soud. Variabilní symbol pro zaplacení soudního poplatku na účet Nejvyššího správního soudu lze získat na jeho internetových stránkách: www.nssoud.cz.

V Plzni dne 28. listopadu 2014

**JUDr. PhDr. Petr Kuchynka, Ph.D., v.r.
předseda senátu**

Za správnost vyhotovení:
Bc. Michaela Karásková