



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy JUDr. Filipa Dienstbiera, soudce JUDr. Tomáše Langáška a soudkyně Mgr. Veroniky Baroňové v právní věci navrhovatele: **T. S.**, zastoupeného JUDr. Norbertem Naxerou, advokátem, sídlem Bolzanova 1, Praha 1, proti odpůrci: **Ministerstvo zdravotnictví**, sídlem Palackého náměstí 375/4, Praha 2, **za účasti** osob zúčastněných na řízení: I. L. V., II. V. Š. III. D. J. IV. P. J. V. P. B. VI. Š. H. VII. A. H. VIII. P. C. IX. M. Č. X. J. D. XI. L. D. XII. M. F. XIII. S. F. XIV. Š. H. XV. D. G. XVI. D. H. XVII. F. H. XVIII. J. J. XIX. R. J. XX. M. K. XXI. L. K. XXII. T. K. XXIII. Ch. M. XXIV. J. N. XXV. H. R. XXVI. M. S. XXVII. B. A. XXVIII. P. S. XXIX. L. S. XXX. M. S. XXXI. P. Š. XXXII. J. Š. XXXIII. N. Š. XXXIV. H. Š. XXXV. L. T. XXXVI. M. T., XXXVII P. V. XXXVIII. P. I. XXXIX. P. V. XL. S. W. XLI. M. Z. XLII. V. G. XLIII. K. Z. XLIV J. H. XLV. E. Z. XLVI. P. Š. XLVII. D. L. XLVIII. J. M. XLIX. T. H. L. J. H. LI. K. J. LII. R. L. LIII. M. J. a LIV. S. B., všechny zastoupeny JUDr. Norbertem Naxerou, advokátem, sídlem Bolzanova 1, Praha 1, o návrhu na zrušení opatření obecné povahy odpůrce ze dne 1. 3. 2021 č. j. MZDR 47828/2020-16/MIN/KAN ve znění opatření obecné povahy odpůrce ze dne 5. 3. 2021 č. j. MZDR 47828/2020-21/MIN/KAN,

t a k t o :

- I. Návrh **se zamítá**.
- II. Navrhovatel **nemá právo** na náhradu nákladů řízení.
- III. Odpůrci **se nepřiznávají** náhrada nákladů řízení.
- IV. Osoby zúčastněné na řízení **nemají právo** na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

[1] Navrhovatel se domáhá zrušení mimořádného opatření odpůrce ze dne 1. 3. 2021 č. j. MZDR 47828/2020-16/MIN/KAN (dále též jen „napadené opatření“) vydaného s odkazem na § 80 odst. 1 písm. g) zákona č. 258/2000 Sb., o ochraně veřejného zdraví a o změně některých souvisejících zákonů (dále jen „zákon o ochraně veřejného zdraví“) a na § 2 odst. 1 zákona č. 94/2021 Sb., o mimořádných opatřeních při epidemii onemocnění COVID-19 a o změně některých souvisejících zákonů (dále jen „pandemický zákon“).

[2] Napadeným opatřením odpůrce uložil blíže vymezeným kategoriím zaměstnavatelů na území České republiky povinnost umožnit zaměstnancům (od 12. 3. 2021, resp. 15. 3. 2021, v závislosti na počtu zaměstnanců) osobní přítomnost na pracovišti zaměstnavatele pouze za předpokladu, že zaměstnanec podstoupil v posledních sedmi dnech některý z vymezených typů testu: RT-PCR test na přítomnost viru SARS-CoV-2 (dále jen „PCR test“), POC antigenní test na přítomnost antigenu viru SARS-CoV-2 prováděný poskytovatelem zdravotních služeb (dále jen „zdravotnický antigenní test“), nebo test na stanovení přítomnosti antigenu viru SARS-CoV-2, který lze použít laickou osobou (dále jen „laický test“). Napadeným opatřením bylo dále zaměstnavatelům uloženo, aby pro své zaměstnance zajistili buď provedení zdravotnických antigenních testů, nebo testy pro provedení laického testu. Podle čl. III napadeného opatření jsou zaměstnanci, se stanovenými výjimkami, povinni na výzvu zaměstnavatele jím zajištěné testy podstoupit.

[3] Napadené opatření bylo změněno opatřením odpůrce ze dne 5. 3. 2021 č. j. MZDR 47828/2020-21/MIN/KAN. Nově byl s účinností od 9. 3. 2021 mj. rozšířen okruh výjimek pro povinnost zaměstnanců podstoupit testování (čl. III napadeného opatření) a vymezen pojem „zaměstnanec“ pro účely opatření se zahrnutím tzv. agenturních pracovníků a osob vykonávajících na pracovišti zaměstnavatele stejnou nebo obdobnou činnost jako zaměstnanci na základě jiného právního vztahu (čl. V napadeného opatření). Dalšími změnami napadeného opatření ze dne 15. 3. 2021 a 22. 3. 2021 odpůrce rozšířil působnost napadeného opatření též na zaměstnavatele, kteří jsou podnikatelem nebo státním nebo národním podnikem a zaměstnávají 10 až 49 osob (opatření č. j. MZDR 47828/2020-22/MIN/KAN), resp. na zaměstnavatele, kteří jsou podnikatelem nebo státním nebo národním podnikem a zaměstnávají 1 až 9 osob, a na osoby samostatně výdělečně činné (opatření č. j. MZDR 47828/2020-26/MIN/KAN).

II. Návrh na zrušení napadeného opatření

[4] Navrhovatel je zaměstnancem společnosti Faurecia Česká republika. V této společnosti bylo zaměstnancům oznámeno, že 9. 3. 2021 bude probíhat testování na COVID-19. Podle letáků, které zaměstnanci dostali od zaměstnavatele, odmítnutí testu či nedoložení testu za přítomnosti v prostorách závodu je nepřípustné a bude od 12. 3. 2021 bráno jako překážka v práci na straně zaměstnance bez nároku na mzdu. Navrhovatel nepodává žalobu proti zaměstnavateli, který pouze plní pokyny Ministerstva zdravotnictví, nýbrž podává návrh proti Ministerstvu zdravotnictví, které nařízení vydalo.

[5] Opatření je podle navrhovatele v rozporu se zákonem č. 372/2011 Sb., o zdravotních službách a jejich poskytování (zákon o zdravotních službách), který v § 28 odst. 1 stanoví, že zdravotní služby lze pacientovi poskytnout pouze s jeho svobodným a

pokračování

informovaným souhlasem, což v případě testování podle napadeného opatření na pracovišti zaměstnavatele není splněno. Z těchto důvodů je opatření v rozporu s čl. 5 Úmluvy o lidských právech a biomedicíně (sdělení MZV č. 96/2001 Sb.m.s., o přijetí Úmluvy na ochranu lidských práv a důstojnosti lidské bytosti v souvislosti s aplikací biologie a medicíny: Úmluva o lidských právech a biomedicíně – pozn. NSS). Úmluva o lidských právech a biomedicíně dává občanům právo lékařský zákrok odmítnout, přičemž testování je nepochybně také lékařský zákrok. Opatření je dle navrhovatele rovněž v rozporu se zákonem č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, podle jehož § 91 člověk je nedotknutelný.

[6] Opatření podle navrhovatele nemá oporu ani v zákoně č. 262/2006 Sb., zákoník práce, neboť podle jeho § 106 odst. 4 písm. b) má zaměstnanec povinnost podrobit se pracovně-lékařským prohlídkám, vyšetřením nebo očkování stanoveným zvláštními právními předpisy, přičemž však při pracovně-lékařské prohlídce je zjišťována zdravotní způsobilost zaměstnance k práci, nikoliv však zdraví obecně bez vztahu k jím vykonávané práci. Do pracovně-lékařské prohlídky nespadá ani zkoumání, jestli pracovník trpí akutním onemocněním. Zaměstnavatel se proto podle navrhovatele nemůže domáhat podstoupení jakéhokoliv testu.

[7] Navrhovatel namítá, že ministerstvo napadeným opatřením porušilo zákon, dochází k situaci, kdy jsou zákony v rozporu, a v takovém případě je nutno tento rozpor vykládat v souladu s ústavním pořádkem. Rozpor mezi zákony je nutné vykládat ve prospěch svobodné vůle občanů. Listina základních práv a svobod zaručuje nedotknutelnost osoby a to, že každý může činit, co není zákonem zakázáno, a nikdo nesmí být nucen činit nic, co zákon neukládá.

[8] Navrhovatelův zaměstnavatel oznámil zaměstnancům mj., že „*odmítnutí testu nebo nedoložení testu za přítomnosti v prostorách závodu je nepřípustné a bude s platností od 12. 3. 2021 bráno jako překážka v práci na straně zaměstnance bez nároku na mzdu*“. Skutečnost, že je možnost vykonávat práci podmiňována testem na „COVID-19“, považuje navrhovatel za nepřípustný zásah do svých práv, za jehož původce považuje Ministerstvo zdravotnictví jako správní orgán, který vydal opatření, jímž se jeho zaměstnavatel řídí. Právo pracovat nemůže být podle navrhovatele podmíněno jakýmkoliv zdravotnickým zákrokem, do kterého nemůže být občan nucen podle čl. 7 Listiny základních práv a svobod. Navrhovatel uvádí, že nemůže obstát argumentace, že uzavření pracovní smlouvy je dobrovolné a zaměstnanec může pracovní poměr ukončit. Navrhovatel jako zaměstnanec nemá svobodnou volbu, aniž by ohrozil svou sociální situaci.

[9] Navrhovatel zdůraznil, že testování je úkonem preventivní péče ve smyslu § 5 odst. 2 zákona o zdravotních službách, jde tedy o zdravotní péči, resp. zdravotní službu. K poskytování zdravotních služeb se vyžaduje licence. Poskytování zdravotních služeb bez oprávnění se považuje za přestupek. Zaměstnavatel, který není poskytovatelem zdravotních služeb, by se tedy při testování zaměstnanců vlastními silami vystavoval hrozbě sankce. I to, že zaměstnavatelé jsou nuceni k něčemu, co podle jiného zákona dělat nesmí, svědčí o nezákonnosti napadeného opatření.

[10] Napadené opatření je podle navrhovatele též v rozporu s evropskou směrnicí o ochraně osobních údajů (GDPR – správně nařízení EP a Rady EU č. 2016/679, obecné nařízení o ochraně osobních údajů – pozn. NSS). Navrhovatel namítá, že odebraný materiál obsahuje vzorky DNA, vzorek je adresně spojen s dokumentací a osobou, na které

je test prováděn, přičemž výsledek testu se dozví zaměstnavatel. Testování prolamuje mlčenlivost o zdravotním stavu a dochází ke shromažďování genetických informací.

[11] Navrhovatel s odkazem na výše uvedené důvody navrhuje, aby Nejvyšší správní soud napadené opatření odpůrce zrušil.

III. Vyjádření odpůrce a další vyjádření účastníků a osob zúčastněných na řízení

[12] **Odpůrce** ve svém vyjádření k návrhu uvedl, že v posuzované věci se jedná o povinnost uloženou opatřením obecné povahy na základě zákonného zmocnění v § 2 odst. 1 pandemického zákona a 69 odst. 1 písm. i) a odst. 2 zákona o ochraně veřejného zdraví. Povinnost strpět poskytování zdravotních služeb i bez souhlasu upravují a předpokládají (za zákonem stanovených podmínek) všechny navrhovatelem zmíněné předpisy. K námitce, že napadené opatření nemá oporu v zákoníku práce, odpůrce uvedl, že předmětem napadeného opatření obecné povahy není posuzování zdravotní způsobilosti k výkonu práce, ani jiných podmínek podle zákoníku práce, ale ochrana veřejného zdraví v souvislosti s aktuálně probíhající pandemií koronaviru SARS-CoV-2 (a potažmo onemocnění COVID-19). Nedotknutelnost osoby není bezbřehá, Úmluva o lidských právech a biomedicíně, občanský zákoník i zákon o zdravotních službách umožňují za stanovených podmínek poskytovat zdravotní služby pacientovi i bez jeho souhlasu, tudíž zasáhnout do jeho integrity. Rovněž Listina základních práv a svobod umožňuje omezit nedotknutelnost osoby a její soukromí v případech stanovených zákonem. Napadené opatření obecné povahy bylo vydáno na základě pravomoci svěřené odpůrci na základě pandemického zákona a zákona o ochraně veřejného zdraví, mají tedy zákonný podklad, a mohou proto, v zájmu ochrany veřejného zdraví, ukládat mj. povinnost podrobit se testování v době těžkého zasažení České republiky epidemií koronaviru. Právo na svobodnou volbu povolání není dotčeno, a ani povinné testování na tom nic nemění, ovšem ani toto ústavně zaručené právo není neomezené a zákon může stanovit podmínky jeho omezení. K námitce, že povinnosti uložené zaměstnavateli, který se, pokud bude poskytovat zdravotní služby testováním svých zaměstnanců, vystavuje hrozbě trestu za přestupek neoprávněného poskytování zdravotních služeb, odpůrce poznamenává, že touto povinností (adresovanou zaměstnavatelům) nejsou dotčena veřejná subjektivní práva navrhovatele. K námitce ohledně tvrzeného rozporu napadeného opatření s ochranou osobních údajů podle GDPR odpůrce uvedl, že jedním ze základních principů ochrany osobních dat podle GDPR je zákonnost zpracování osobních údajů a odpůrce je toho názoru, že tohoto požadavku je dosaženo. Nadto otázka postupu poskytovatelů zdravotních služeb v případě pozitivního výsledku RT-PCR testu zaměstnance není předmětem napadeného opatření a totéž platí v případě pozitivního preventivního testu na přítomnost antigenu viru SARS-CoV-2.

[13] Dne 12. 3. 2021 navrhovatel upřesnil, že předmětem návrhu je napadené opatření ve znění opatření ze dne 5. 3. 2021 č. j. MZDR 47828/2020-21/MIN/KAN, případně ve znění pozdějších předpisů.

[14] Navrhovatel v **doplnění** svého **návrhu** ze dne 16. 3. 2021 společně s osobami zúčastněnými na řízení doplnil argumentaci k námitce, že opatření je v rozporu se zákony a ústavním pořádkem. Zákon o mimořádných opatřeních sice umožňuje Ministerstvu zdravotnictví nařídít testování zaměstnanců, ale taková delegace pravomoci na nižší orgán je v rozporu s ústavním pořádkem. Zákon, který přenáší část zákonodárné pravomoci na

pokračování

exekutivní orgány, by měl být zákonem ústavním. Navrhovatel rovněž rozvádí námitku, že při testování dochází k možnému zpracování a dokonce k možnému zneužití osobních údajů. Pokud zdravotnické zákroky provádí lékař nebo organizace, která má licenci k poskytování zdravotních služeb, vztahuje se na zákrok lékařské tajemství. Zaměstnavatel pacienta není osobou, která by mohla nahlížet do zdravotnické dokumentace. Navrhovatel rovněž v doplnění namítá, že zaměstnanci jsou v některých případech nuceni k souhlasu s testováním. Jejich „souhlas“ pak není svobodný. Podle zákona o zdravotních službách má pacient právo na informace o lékařském zákroku. V praxi se však zaměstnanci testování na základě napadeného mimořádného opatření obvykle žádné informace nedozví. Zaměstnanci jsou donucováni ke zdravotnickému zákroku, k zásahu do své tělesné integrity, a přitom se ani nedozví bližší informace o tomto zákroku.

[15] Navrhovatel a osoby zúčastněné na řízení dále doplnili námitku, že napadené opatření je nejasné. Není zřejmé, na základě jakého zákona bylo opatření vydáno. Vzhledem k tomu, že se jedná o omezení základních práv, musí být pravomoc a působnost ministerstva takové opatření vydat, jednoznačná. Dále navrhovatel doplnil námitku proporcionality omezení ústavou zaručených práv. Je třeba posuzovat, zda je právo na nedotknutelnost osoby méně důležité než právo na ochranu zdraví. Není zde volba mezi ochranou zdraví a nedotknutelností osoby, neboť nebylo prokázáno, že testování vede k ochraně zdraví osob. Není prokázáno, že čím více se bude testovat, tím více bude epidemie ustupovat, ve skutečnosti je to spíše naopak, protože čím více se testuje, tím více je nemocných, a lidé, kteří vůbec nemocní nejsou a kteří by mohli chodit do práce, jsou označováni za nemocné.

[16] Navrhovatel a osoby zúčastněné na řízení rovněž uvedli, že součástí zdravotního stavu je též psychický stav a mnohé z osob zúčastněných na řízení mají z testování psychické problémy, některé se psychicky hroučí. Vláda ještě 1. února 2021 přiznávala, že testy nejsou nebezpečné, pokud je provádějí proškolení zdravotníci. Z toho vyplývá *a contrario*, že testy jsou nebezpečné, pokud je provádějí osoby, které nejsou zdravotníky. V některých médiích se šíří informace o tom, že testovací sady mohou být kontaminované různými parazity. Už jen podezření z něčeho takového je závažné a navrhovatel i osoby zúčastněné mají strach se nechat testovat a mají psychické problémy i z těchto důvodů. Nikde není zaručena zdravotní nezávadnost testů, především to, zda jsou vyráběny, baleny, přepravovány a skladovány v hygienických podmínkách, aby nemohlo dojít k jejich kontaminaci, ani není jasné, kdo by odpovídal za zdravotní problémy způsobené testováním prováděným navíc pracovníky bez lékařského vzdělání a u osob, které nejsou poskytovatelem zdravotních služeb. Hrozí, že sám pracovník, který provádí testování, bude nakažen koronavirem, a existují i další rizika za situace, kdy testovaný zaměstnanec trpí nějakou vrozenou anomálií nebo např. poškozením po úrazu. Napadené opatření vyvolává pochybnosti při jeho interpretaci, například není stanoveno, jaké testy je možno použít a jaké nikoliv. Vzhledem k tomu, že je možno testovat více způsoby, musí být podle zákonů a ústavního pořádku umožněno, aby si testovaný zaměstnanec zvolil způsob testování. Je nezákonné, aby volba způsobu testování byla pouze na zaměstnavateli. Navrhovatel v doplnění návrhu rovněž namítá diskriminaci neočkovaných osob, která je výslovně obsažena v mimořádném opatření ze dne 5. března č. j. MZDR 47828/2020-21/MIN/KAN, kterým se mění původní napadené mimořádné opatření. Navrhovatel to považuje za protiprávní, neboť to ve svém důsledku znamená donucování k očkování. Osoby zúčastněné na řízení uvádějí některé informace o tom, jak někteří zaměstnavatelé

mimořádné opatření vykládají a z důvodů jeho nejasností jdou nad rámec tohoto opatření, provádí nátlak na zaměstnance, který někdy dosahuje až intenzity vyhrožování či vydírání.

[17] Navrhovatel a osoby zúčastněné na řízení rovněž namítli nedostatečné odůvodnění mimořádného opatření. Opatření sice obsahuje poměrně stručné odůvodnění, neodpovídá však na řadu otázek. Není nijak odůvodněna frekvence testování jednou týdně. Sedmidenní frekvence není odůvodněna z infekčního ani jiného hlediska a tento nedostatek řádného a podrobného odůvodnění je protiprávní. V odůvodnění napadeného opatření je uvedeno, že v případě pozitivního záchytu bude výsledek nahlášen poskytovateli zdravotních služeb, který nařídí provedení konfirmačního testu metodou RT-PCR. Povinnost podrobit se druhému testu je stanovena v odůvodnění a odůvodnění „právního předpisu“ není závazné, proto tato povinnost podrobit se konfirmačnímu PCR testu nemůže být vymahatelná. Navíc ani toto není nijak odůvodněno. Odůvodnění, že provedení testu laickou osobou není zdravotní službou, je v přímém rozporu s § 5 zákona o zdravotních službách, který stanoví, že diagnostika je zdravotní službou, a skutečnost, že ji provádí osoba, která není zdravotnickým pracovníkem, je v rozporu se zákonem. Za další zásadní nedostatek napadeného mimořádného opatření považuje navrhovatel to, že v opatření není specifikováno, co znamená 250 a co znamená 50 zaměstnanců, protože zaměstnavatel jako právnická osoba může mít více provozoven v různých městech a tito zaměstnanci se často vůbec nedostanou do styku. Navrhovatel rovněž namítá, že proplácení testů zaměstnavatelům nepokrývá veškeré jejich náklady. Navrhovatel rovněž poukazuje na zbytečnost testování, resp. nízké množství odhalených pozitivních testů.

[18] Ve svém **vyjádření k doplnění návrhu** odpůrce setrval na tom, že opatření není v rozporu s ústavním pořádkem a zákony. Odpůrce považuje za nepřiléhavou argumentaci navrhovatele, že napadeným opatřením dochází k omezení práva na ochranu zdraví. Naopak, prováděným testováním se zdraví chrání, byť v tomto případě především ve prospěch celku, tj. ve prospěch veřejného zdraví. Další argumentace navrhovatele je absurdní, testování je podle navrhovatele špatné, protože přináší statistiky nakažených, a proto je Česká republika nejhorší na světě, případně je založena na spekulacích o tom, jak by situace v České republice vypadala, kdyby žádné opatření nebylo. Odpůrce se ohradil proti tvrzením navrhovatele, že opatření jsou neúčelná a přinášejí druhotné oběti. Bod VI. doplnění návrhu má podobu *actionis popularis*, z argumentace není zjevný žádný vztah k navrhovateli. Odpůrce uvedl, že nebude komentovat dezinformace, které navrhovatel uvádí ohledně zdravotní závadnosti testovacích sad. Odpůrce nenese odpovědnost za postupy zaměstnavatelů, které navrhovatel příkladmo uvádí.

[19] V reakci na vyjádření odpůrce navrhovatel a osoby zúčastněné na řízení uvedli, že odpůrce neuvedl prakticky žádné argumenty, které by odůvodňovaly zamítnutí návrhu. Odpůrce se odvolává na to, že povinnost strpět poskytování zdravotních služeb i bez souhlasu předpokládají zákony. Na to navrhovatel reaguje tím, že se jedná o odlišnou situaci, na kterou se zákony nevztahují.

[20] Podáními ze dne 19. 3. a 25. 3. 2021 navrhovatel upřesnil, že předmětem návrhu je napadené opatření ve znění opatření ze dne 5. 3. 2021 č. j. MZDR 47828/2020-21/MIN/KAN ve znění opatření ze dne 15. 3. 2021 č. j. MZDR 47828/2020-22/MIN/KAN a opatření ze dne 22. 3. 2021, č. j. MZDR 47828/2020-26/MIN/KAN.

[21] V průběhu řízení se k postavení osob zúčastněných na řízení přihlásilo celkem 139 osob.

IV. Postup soudu a ústní jednání

[22] Nejvyšší správní soud nejprve hodnotil, zda jsou splněny podmínky řízení. Dospěl k závěru, že návrh je včasný, podaný oprávněnou osobou a má předepsané náležitosti a že jsou splněny i ostatní podmínky řízení o návrhu na zrušení opatření obecné povahy nebo jeho části podle § 101a a násl. zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále jen „s. ř. s.“). Návrh proto posoudil jako přípustný a projednatelný.

[23] Usnesením ze dne 7. 4. 2021, č. j. 6 Ao 1/2021 - 311, Nejvyšší správní soud rozhodl o tom, že připouští změnu návrhu tak, že řízení bude vedeno o návrhu na zrušení opatření obecné povahy odpůrce ze dne 1. 3. 2021 č. j. MZDR 47828/2020-16/MIN/KAN ve znění opatření ze dne 5. 3. 2021 č. j. MZDR 47828/2020-21/MIN/KAN. Současně soud nepřipustil změnu tohoto návrhu, aby řízení bylo vedeno o návrhu na zrušení opatření obecné povahy odpůrce ze dne 1. 3. 2021 č. j. MZDR 47828/2020-16/MIN/KAN ve znění opatření obecné povahy odpůrce ze dne 15. 3. 2021 č. j. MZDR 47828/2020-22/MIN/KAN a ze dne 22. 3. 2021 č. j.: MZDR 47828/2020-26/MIN/KAN, neboť navrhovatel není aktivně žalobně legitimován ve vztahu k opatřením, která se nedotýkají jeho právní sféry.

[24] Jelikož navrhovatel nesouhlasil s tím, aby o věci samé bylo rozhodnuto bez jednání, nařídil Nejvyšší správní soud jednání ve věci na den 8. 4. 2021. Jednání se zúčastnil zástupce navrhovatele a osob zúčastněných na řízení. Odpůrce se z účasti na jednání omluvil.

[25] Před zahájením jednání doručil soud zástupci navrhovatele usnesení citované v bodě [22]. Jako zástupci osob, které se domáhaly postavení osob zúčastněných na řízení, mu soud předal seznam osob, které, mimo jiné v návaznosti na toto usnesení, nepovažuje za osoby zúčastněné v projednávané věci, neboť nemohou být dotčeny na svých právech zněním opatření, které je předmětem tohoto řízení.

[26] Zástupce navrhovatele při jednání zopakoval svou argumentaci obsaženou v písemném návrhu a jeho doplnění. Při snaze o rozšíření návrhových důvodů byl předsedou senátu upozorněn, že podle § 101d odst. 1 s. ř. s. je soud při přezkoumávání opatření obecné povahy vázán rozsahem a důvody návrhu, v tomto případě návrhu ze dne 6. 3. 2021, který obsahoval zákonné náležitosti, a proto jej podle § 101b odst. 2 s. ř. s. není možno rozšiřovat o další návrhové body. K argumentaci pozdějším vývojem epidemiologické situace a postupem některých zaměstnavatelů soud zástupce navrhovatele poučil, že podle § 101b odst. 3 s. ř. s. je soud při přezkoumávání opatření obecné povahy povinen vycházet z právního a skutkového stavu, který tu byl v době vydání přezkoumávaného opatření. Námitky, které zástupce navrhovatele vznesl navzdory těmto poučením, soud nezahrnul do tohoto rozhodnutí a nebude na ně ani reagovat ve vlastním posouzení, neboť jsou nepřipustné.

[27] S ohledem na veřejnost jednání soud stručně rekapituloval písemné vyjádření odpůrce.

[28] Zástupce navrhovatele navrhl k provedení tři důkazy:

1. odborné stanovisko MUDr. H. Z. ze dne 6. 4. 2021 k účinnosti testování na přítomnost viru SARS-CoV-2 (na č. l. 307),
2. odborné vyjádření Mgr. O. V., Ph.D. (nedatováno) k cílům, prostředkům a odůvodnění napadeného opatření

3. svědeckou výpověď MUDr. X. P. k otázce k průběhu testování u některých zaměstnanců.

[29] Soud při jednání provedl důkaz odborným stanoviskem MUDr. H. Z.; ke zjištěním a závěrům z něj učiněným viz bod [59] odůvodnění. Z navrhovaného důkazu odborným vyjádřením Mgr. O. V., Ph.D. soud provedl pouze jeho část – odpověď na otázku č. 4 včetně obsažených grafů – ke zjištěním a závěrům z něj viz bod [60] odůvodnění rozsudku. Ve zbytku soud návrh na provedení tohoto důkazu zamítl, neboť ostatní otázky a odpovědi na ně se zabývaly posouzením právních aspektů zákonnosti napadeného opatření, nikoliv otázkami skutkovými, které by bylo možno a nutno v řízení dokazovat. K obsahu této části stanoviska proto soud přihlédl jako k součásti navrhovatelových tvrzení.

[30] Soud zamítl návrh na provedení důkazu svědeckou výpovědí MUDr. X. P., neboť i podle vyjádření zástupce navrhovatele nemůže podat svědectví o průběhu testování u navrhovatelova zaměstnavatele. Průběh testování u jiných zaměstnavatelů soud nepovažuje za relevantní pro posouzení projednávaného návrhu.

[31] Navrhovatel setrval na svém návrhu na zrušení napadeného opatření ve znění opatření ze dne 5. 3. 2021. S ohledem na nepřítomnost odpůrce soud seznámil přítomné s návrhem odpůrce na zamítnutí návrhu.

V. Posouzení Nejvyšším správním soudem

[32] Nejvyšší správní soud předesílá, že navrhovatelovy námitky uplatněné v jeho podáních ze dne 16. 3. 2021, 24. 3. 2021 a 6. 4. 2021, resp. při jednání dne 8. 4. 2021 (viz též bod [26] rozsudku) nad rámec původního návrhu jsou nepřípustné, neboť obsahuje-li návrh na zrušení opatření obecné povahy zákonné náležitosti, nelze již v dalším řízení návrh rozšiřovat na dosud nenapadené části opatření obecné povahy nebo jej rozšiřovat o další návrhové body (§ 101b odst. 2 s. ř. s.). K těmto námitkám náleží zejména námitka nejasnosti ohledně právního základu pro vydání napadeného opatření, námitka proporcionality opatření (byť touto otázkou se soud zabýval jako materiální podmínkou pro přípustnost zákonného omezení ústavně zaručených práv – viz body [53] až [60] tohoto rozsudku), námitka neúčinnosti, zbytečnosti a nebezpečnosti prováděných testů, námitka nedostatečného odůvodnění napadeného opatření, námitka ekonomických dopadů opatření do zájmů zaměstnavatelů a konečně navrhovatelovy výhrady proti opatřením předepsanému postupu v případě pozitivního výsledku laického testu (s výjimkou důsledků v oblasti ochrany osobních údajů – viz body [62] až [68] rozsudku).

V.1. Rozpor se zákony, Listinou a Úmluvou o lidských právech a biomedicině

[33] Výhrady proti napadenému opatření vyjádřené v původním návrhu lze shrnout do dvou souhrnných návrhových bodů. V prvním z nich navrhovatel napadá povinnost zaměstnanců podrobit se testování některým z typů testů uvedených v napadeném opatření, neboť ji považuje za zásah do svých subjektivních práv, který je v rozporu se zákonem (zákonem o zdravotních službách a občanským zákoníkem) a ústavním pořádkem (Listinou základních práv a svobod a Úmluvou o lidských právech v biomedicině). Vzhledem k tomu, že článkem III. opatření je zaměstnancům uložena toliko povinnost podstoupit (se stanovenými výjimkami) na výzvu zaměstnavatele

pokračování

testování jím zajištěné, ať už formou zdravotnického antigenního testu nebo laického testu (dále jen „testování na pracovišti“), chápe Nejvyšší správní soud tuto námitku tak, že navrhovatel brojí proti povinnosti podrobit se právě testování na pracovišti. Námitka proti jiným způsobům testování totiž zjevně nemůže být důvodná, protože povinnost podrobit se jiným způsobům testu (konkrétně PCR testu) napadené opatření neukládá.

[34] Navrhovatel shledává rozpor napadeného opatření s Úmluvou o lidských právech a biomedicině, Listinou základních práv a svobod, občanským zákoníkem a zákonem o zdravotních službách, a to konkrétně v tom, že k testování na pracovišti, které je zdravotní péčí, resp. zdravotní službou ve smyslu zákona o zdravotních službách a rovněž zákrokem ve smyslu Úmluvy o lidských právech a biomedicině, není vyžadován souhlas zaměstnance.

[35] Podle § 2 odst. 2 zákona o zdravotních službách se zdravotními službami se rozumí: (2) a) poskytování zdravotní péče podle tohoto zákona zdravotnickými pracovníky, a dále činnosti vykonávané jinými odbornými pracovníky, jsou-li tyto činnosti vykonávány v přímé souvislosti s poskytováním zdravotní péče, b) konzultační služby, jejichž účelem je posouzení individuálního léčebného postupu, popřípadě navržení jeho změny nebo doplnění, a další konzultace podporující rozhodování pacienta ve věci poskytnutí zdravotních služeb prováděné dalším poskytovatelem zdravotních služeb (dále jen „poskytovatel“) nebo zdravotnickým pracovníkem, kterého si pacient zvolil (...). Zdravotnickými pracovníky je nutno rozumět jednak fyzické osoby, která vykonávají zdravotnické povolání lékaře, zubního lékaře nebo farmaceuta [§ 2 písm. b) zákona č. 95/2004 Sb., o podmínkách získávání a uznávání odborné způsobilosti a specializované způsobilosti k výkonu zdravotnického povolání lékaře, zubního lékaře a farmaceuta], jednak fyzické osoby vykonávající nelékařské zdravotnické povolání podle zákona č. 96/2004 Sb., o podmínkách získávání a uznávání způsobilosti k výkonu nelékařských zdravotnických povolání a k výkonu činností souvisejících s poskytováním zdravotní péče a o změně některých souvisejících zákonů (zákon o nelékařských zdravotnických povoláních).

[36] Podle § 2 odst. 4 zákona o zdravotních službách se zdravotní péčí rozumí a) soubor činností a opatření prováděných u fyzických osob za účelem 1. předcházení, odhalení a odstranění nemoci, vady nebo zdravotního stavu (dále jen „nemoc“), 2. udržení, obnovení nebo zlepšení zdravotního a funkčního stavu, (...), b) preventivní, diagnostické, léčebné, léčebně rehabilitační, ošetrovatelské nebo jiné zdravotní výkony prováděné zdravotnickými pracovníky (dále jen „zdravotní výkon“) za účelem podle písmene a), c) odborné lékařské vyšetření podle zákona o ochraně zdraví před škodlivými účinky návykových látek.

[37] Podle § 2 odst. 1 zákona o zdravotních službách je poskytovatelem zdravotních služeb fyzická nebo právnická osoba, která má oprávnění k poskytování zdravotních služeb podle tohoto zákona.

[38] Ustanovení § 2 odst. 2 písm. a) zákona o zdravotních službách za zdravotní službu označuje pouze takovou zdravotní péči, která je mimo jiné poskytována podle tohoto zákona zdravotnickými pracovníky, neboť určujícím faktorem pro oddělení zdravotních služeb podle zákona o zdravotních službách a jiných služeb v péči o zdraví je odbornost služeb poskytovaných podle zákona o zdravotních službách. Tento závěr vyslovil Nejvyšší správní soud již dříve v rozsudku rozšířeného senátu ze dne 19. 9. 2019, č. j. 2 As 122/2017 - 73.

[39] Obdobně je konstruován a interpretován pojem zákrok ve smyslu Úmluvy o lidských právech a biomedicíně, k jejíž implementaci Českou republikou byl zákon o zdravotních službách přijat. Podle čl. 4 Úmluvy o lidských právech a biomedicíně *jakýkoliv zákrok v oblasti péče o zdraví, včetně vědeckého výzkumu, je nutno provádět v souladu s příslušnými profesními povinnostmi a standardy*. Pojem zákrok ve smyslu Úmluvy o lidských právech a biomedicíně je třeba vykládat tak, že zahrnuje veškeré lékařské či zdravotnické výkony, zejména léčebné, diagnostické, preventivní nebo rehabilitační péče či výkony v souvislosti se zdravotnickým výzkumem; pojem zákrok dle Úmluvy o lidských právech a biomedicíně je tedy vykládán široce, nicméně zákrokem jsou pouze výkony prováděné odbornými osobami (*health care professionals*) v souladu s profesními povinnostmi a standardy [k tomu srov. výkladové stanovisko k Úmluvě o lidských právech a biomedicíně (*Explanatory Report to the Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine*), dostupné z <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800ccde5>, zejména body 29, 30, 34; srov. též např. Exter, den André (ed.). *International Health Law and Ethics: Basic Documents*. Apeldoorn – Antwerpen – Portland: Maklu, 2009, s. 105-106, nebo Mach Jan, Buriánek Aleš, Záleská Dagmar, Máca Miloš, Vráblová Barbora: *Zákon o zdravotních službách. Praktický komentář*. Praha: Wolters Kluwer (ČR), 2017, právní stav v ASPI k 24. 4. 2019, komentář k § 2, systém ASPI].

[40] Na základě výše uvedeného dospěl Nejvyšší správní soud k závěru, že za zdravotní službu ve smyslu zákona o zdravotních službách, resp. zákrok ve smyslu Úmluvy o lidských právech a biomedicíně, lze považovat testování na pracovišti pouze v případě, že je zajištěno formou zdravotnických antigenních testů, nikoliv však provádění laických testů.

[41] Opatření ukládá zaměstnavatelům povinnost zajistit pro zaměstnance testování na pracovišti provedením zdravotnického antigenního testu nebo poskytnutím pomůcek k provedení laického testu. Z napadeného opatření nevyplývá, že by testy na pracovišti měly být prováděny cizí osobou, která není zdravotnickým pracovníkem. Opatření zjevně předpokládá, že v případě laického testu půjde o samotestování, tedy že každý zaměstnanec testovaný tímto způsobem si test provede sám. Pokud instrukce některého zaměstnavatele ukládají zaměstnancům jinou povinnost, není takové jednání přičitatelné odpůrci a případné dotčení na právech zaměstnanců v takovém případě nemá svůj původ v napadeném opatření.

[42] Vzhledem ke skutečnosti, že volba způsobu testování na pracovišti je na zaměstnavateli, je tedy možné, že testování na pracovišti bude výkonem zdravotní služby. Z návrhu vyplývá, že tak tomu je i v případě navrhovatele, neboť testování měla provádět zdravotní sestra, tedy zdravotnický pracovník podle zákona č. 96/2004 Sb.

[43] K výkonu zdravotní služby (zákroku podle Úmluvy o lidských právech a biomedicíně) je zásadně potřebný souhlas pacienta. Podle čl. 5 Úmluvy o lidských právech a biomedicíně platí, že *jakýkoli zákrok v oblasti péče o zdraví je možno provést pouze za podmínky, že k němu dotčená osoba poskytla svobodný a informovaný souhlas. Tato osoba musí být předem řádně informována o účelu a povaze zákroku, jakož i o jeho důsledcích a rizicích. Dotčená osoba může kdykoli svobodně svůj souhlas odvolat*. Podle § 28 odst. 1 zákona o zdravotních službách lze zdravotní služby pacientovi poskytnout pouze s jeho svobodným a

pokračování

informovaným souhlasem, nestanoví-li tento zákon jinak. Podle § 34 odst. 1 a 2 zákona o zdravotních službách platí, že souhlas s poskytnutím zdravotních služeb (dále jen „souhlas“) se pokládá za a) svobodný, je-li dán bez jakéhokoliv nátlaku, b) informovaný, je-li pacientovi před vyslovením souhlasu podána informace podle § 31; souhlas se pokládá za informovaný také v případě, že se pacient podle § 32 odst. 1 podání informace vzdal.

[44] Z těchto obecných požadavků však Úmluva o lidských právech a biomedicině i zákon o zdravotních službách stanovují výjimky, kdy souhlas potřeba není. Nejde tedy o absolutní neomezené právo. Podle čl. 26 odst. 1 Úmluvy o lidských právech a biomedicině žádná omezení nelze uplatnit na výkon práv a ochranných ustanovení obsažených v této Úmluvě kromě těch, která stanoví zákon a která jsou nezbytná v demokratické společnosti v zájmu bezpečnosti veřejnosti, předcházení trestné činnosti, ochrany veřejného zdraví nebo ochrany práv a svobod jiných. (2) Omezení podle předchozího odstavce se nesmí týkat článků 11, 13, 14, 16, 17, 19, 20 a 21. Podle § 38 odst. 3 až 7 zákona o zdravotních službách platí, že (3) Pacientovi lze bez jeho souhlasu poskytnout pouze neodkladnou péči, a to v případě a) kdy zdravotní stav neumožňuje pacientovi tento souhlas vyslovit; tím není dotčeno dříve vyslovené přání podle § 36, nebo b) léčby vážné duševní poruchy, pokud by v důsledku jejího neléčení došlo se vši pravděpodobností k vážnému poškození zdraví pacienta. (4) Nezletilému pacientovi nebo pacientovi s omezenou svéprávností lze bez souhlasu poskytnout neodkladnou péči, jde-li o a) případy podle odstavce 3 písm. b), nebo b) zdravotní služby nezbytné k záchraně života nebo zamezení vážného poškození zdraví. (5) Nezletilému pacientovi nebo pacientovi s omezenou svéprávností lze poskytnout neodkladnou péči bez souhlasu zákonného zástupce, pokud je u něj podezření na týrání, zneužívání nebo zanedbávání. (6) Poskytovatel je povinen o hospitalizaci podle odstavce 1 písm. b) nebo c) informovat osobu určenou podle § 33, není-li taková osoba, některou z osob blízkých, popřípadě osobu ze společné domácnosti, nebo zákonného zástupce pacienta, pokud jsou mu známy. Není-li mu žádná osoba podle věty první známa nebo ji nelze zastihnout, informuje Policii České republiky. (7) Bez souhlasu lze poskytnout též jiné zdravotní služby, stanoví-li tak zákon o ochraně veřejného zdraví, a záchrannou službu.

[45] Stejně tak Listina základních práv a svobod i občanský zákoník připouštějí omezení zaručených práv v případech, kdy tak stanoví zákon. Podle čl. 7 odst. 1 Listiny základních práv a svobod nedotknutelnost osoby a jejího soukromí je zaručena. Omezena může být jen v případech stanovených zákonem. Podle § 93 odst. 1 občanského zákoníku věty první mimo případ stanovený zákonem nesmí nikdo zasáhnout do integrity jiného člověka bez jeho souhlasu uděleného s vědomím o povaze zásahu a o jeho možných následcích.

[46] V případě povinného testování zaměstnanců na přítomnost původce onemocnění COVID-19 vyplývá povinnost podrobit se testování pro osoby vymezené v napadeném opatření přímo z pandemického zákona, na jehož základě bylo napadené opatření vydáno, a to konkrétně z jeho § 2 odst. 3 ve spojení s § 2 odst. 2 písm. m).

[47] Podle § 2 odst. 1 a odst. 2 písm. m) pandemického zákona je mimořádným opatřením nařízeným za účelem likvidace epidemie COVID-19 nebo nebezpečí jejího opětovného vzniku příkaz testovat zaměstnance a jiné pracovníky na přítomnost onemocnění COVID-19. Podle § 2 odst. 3 pandemického zákona platí, že osoby, na něž se mimořádné opatření vztahuje, jsou povinny se jím řídit.

[48] Pandemický zákon tedy umožňuje nařídit testování zaměstnanců a ukládá jim podrobit se testování. V tom je implicitně obsaženo i vyloučení potřeby souhlasu

s takovým úkonem, neboť splnění zákonné povinnosti nemůže být podmíněno souhlasem povinné osoby.

[49] Pandemický zákon je zvláštním právním předpisem (*lex specialis*) k těm předpisům, na něž poukazuje navrhovatel a které mají povahu zákona (zejména zákon o zdravotních službách, ale i občanský zákoník, případně zákoník práce), neboť se vztahuje na věcně i osobně úžeji vymezený okruh případů než obecná právní úprava, navíc za stavu tzv. pandemické pohotovosti. I časová působnost pandemického zákona je tedy užší. Uplatní se tak zásada „*lex specialis derogat legi generali*“. Přesněji (s ohledem na to, že vztah speciality a obecnosti je třeba posuzovat mezi jednotlivými normami, srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 1. 6. 2011, č. j. 1 As 6/2011 - 347, 2368/2011 Sb. NSS), ustanovení § 2 odst. 2 písm. m) pandemického zákona je speciální vůči § 28 odst. 1 zákona o zdravotních službách. Ustanovení § 2 odst. 2 písm. m) pandemického zákona tedy rozšiřuje zákonem dosud upravený okruh případů, kdy se k výkonu zdravotní služby nevyžaduje souhlas.

[50] Pravidlo přednostní aplikace zvláštní právní úpravy je standardním aplikačním pravidlem pro případ zdánlivého rozporu různých právních norem stejné právní síly. Soud proto nepřisvědčil argumentaci navrhovatele, že při rozporu v právní úpravě je třeba právní předpisy vykládat ve prospěch svobodné vůle.

[51] Napadené opatření není projevem delegované normotvorby, jak namítá navrhovatel. Je podzákonným aktem správního orgánu, který je vydán na základě zákonného zmocnění. Představuje akt aplikace práva, jehož prostřednictvím se zákonná povinnost toliko konkretizuje co do okruhu adresátů a času.

[52] Stanovení povinnosti pandemickým zákonem současně naplňuje formální podmínku pro zásah do navrhovatelem namítaných práv zakotvených jednak v Úmluvě o ochraně lidských práv a biomedicíně (čl. 26), jednak v Listině základních práv a svobod (čl. 7 odst. 1). K tomu musí přistoupit i podmínky materiální, tedy existence legitimního účelu a podmínka nezbytnosti v demokratické společnosti.

[53] Deklarovaným účelem napadeného opatření je zamezení šíření viru SARS-CoV-2, opatření tedy směřuje k ochraně veřejného zdraví. Jde tedy o účel předpokládaný Úmluvou o lidských právech a biomedicíně v čl. 26 odst. 1. Omezení základního práva je možné jen ve prospěch jiného ústavního principu. To je v projednávaném případě splněno. Právo na nedotknutelnost osoby (čl. 7 Listiny) je napadeným opatřením omezeno ve prospěch práva na život (čl. 6 Listiny) a na ochranu zdraví (čl. 31 Listiny) v jeho objektivní dimenzi, tedy ve prospěch ochrany veřejného zdraví.

[54] Jak právo na život, tak i právo ochranu zdraví zahrnují nejen aspekt negatorní, tedy požadavek, aby do nich nebylo veřejnou mocí zasahováno, ale i pozitivní závazek veřejné moci, aby tato práva aktivně chránila, včetně přijímání potřebných preventivních opatření. Například v nálezu ze dne 23. 9. 2008, sp. zn. Pl. ÚS 11/08, N 155/50 SbNU 365, Ústavní soud uvedl, že „*Listina v čl. 31 větě první říká, že každý má právo na ochranu zdraví. To vyplývá a souvisí s právem na život (čl. 6 odst. 1 Listiny); spolu náleží mezi absolutní základní hodnoty. Tím subjektem, který je pak odpovědný za zajišťování a naplnění tohoto práva, je stát, a je proto také na něm, aby za tímto účelem přijal adekvátní opatření.*“ Obdobně v nálezu ze dne 9. 1. 2014, sp. zn. III. ÚS 2253/13, k tomu Ústavní soud konstatoval, že je třeba „*odlišovat jednak právo na ochranu zdraví (soubor opatření státu) a právo na zdraví jako součást ústavního statusu jedince (status positivus a status negativus), nicméně oba aspekty jsou spojené hodnotou zdraví jako určitým dobrem, ke kterému se upíná jak úroveň existence jedince,*

pokračování

tak vystupování státu vůči němu. V tomto směru se zdraví, právo na zdraví a právo na jeho ochranu vydělují z jiných sociálních práv, s ohledem na jeho zvláštní význam pro existenci jedince a řešení kolizních situací v systému základních práv a svobod (srov. kolizní kautely v čl. 9, 11, 12, 14, 16, 17 a 19 Listiny, tedy v oblasti lidských práv). Pod tímto zorným úhlem je nutno nahlížet na záruky tohoto práva v obyčejném (podústavním) právu (nyní výslovně např. § 3, 81 a 612 nového občanského zákoníku)“. Odkázat lze rovněž na náleze ze dne 27. 3. 2018 sp. zn. Pl. ÚS 7/17 (č. 81/2018 Sb.), v němž se Ústavní soud zabýval aktivními opatřeními státu v souvislosti s ochranou zdraví a života (mimo jiné) před účinky tabákového kouře, a další judikaturu tam citovanou. Rovněž komentářová literatura předcházející dobu vzniku epidemie nemoci COVID-19 uvádí, že pozitivní závazek státu vyplývající z práva na život dle čl. 6 Listiny základních práv a svobod se uplatní i ve zvláštních případech, např. v případě ochrany před epidemiemi (srov. Odehnalová, Jana. In Klíma, Karel a kol. Komentář k Ústavě a Listině. 2. vyd. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s. r. o., 2009, s. 972).

[55] Soud nemá pochybnost o legitimitě cíle, jehož mělo být napadeným opatřením dosaženo. Vychází jednak z odůvodnění napadeného opatření, jednak z obecně známých skutečností o epidemiologické situaci v České republice v době jeho vydání. Nezbytnost snížení počtu případů, kdy osoby, které mohou být infikovány virem SARS-CoV-2 přicházejí do každodenního kontaktu s dalšími osobami, nepochybně v té době prakticky žádný z relevantních názorů na řešení epidemie. Konkrétním cílem opatření zjevně bylo předcházet případnému vzniku nových ohnisek nákazy na pracovištích.

[56] Pokud jde o způsobilost zvoleným způsobem testování dosáhnout deklarovaného cíle, zde sice názorová rozdílnost zastánců různých směrů existuje, v projednávané věci však nebyly sneseny dostatečné důkazy o tom, že by antigenní testování nemohlo přinejmenším přispět k dosažení stanoveného cíle. Za podstatná pro posouzení vhodnosti a potřeby přitom soud považuje nejen hlediska čistě lékařská (účinnost antigenních testů), ale rovněž ekonomická a organizační, jako jsou náklady na opakované testování vysokého počtu osob, disponibilní kapacita pro provádění a vyhodnocení testů včetně jejich přepravy. Soudu se nejeví jako neadekvátní, pokud odpůrce při zohlednění těchto hledisek zvolil třeba i méně spolehlivou metodu testování, jak ostatně připouští i odůvodnění napadeného opatření.

[57] Pro posouzení vlastní proporcionality přezkoumávaného opatření považuje soud za nezbytné zohlednit nejen povahu kolidujících práv a zájmů, ale rovněž intenzitu jejich dotčení. Aniž by soud zlehčoval případné individuální fyzické či psychické komplikace jednotlivců v reakci na provedené testování, nepovažuje ani nejinvazivnější z možných metod antigenního testování na pracovišti, tedy výtěr z nosní dutiny, za takový zásah do tělesné integrity či dokonce lidské důstojnosti dotčených osob, že by to mohlo být oprávněným důvodem k rezignaci na zavedení plošného testování zaměstnanců. Tím spíše, jestliže další početné skupiny obyvatel České republiky a podnikatelských subjektů jsou k dosažení téhož legitimního cíle, tedy zvládnutí epidemie nemoci COVID-19, dlouhodobě a významně omezovány na svých právech, ať již jde o svobodu pohybu, právo na podnikání, na vzdělání a dalších (sociální distribuce zátěže). Ostatně i Komise pro bioetiku Rady Evropy (Committee on Bioethics DH-BIO) zdůrazňuje základní a neoddělitelné spojení mezi lidskými právy, solidaritou a odpovědností, které je pro řešení současné krize vyvolané pandemií nemoci Covid-19 zásadní, a připomíná, že všichni členové společnosti mají práva i povinnosti (*Statement on human rights considerations relevant to the COVID-19*

pandemic, dostupné z <https://rm.coe.int/inf-2020-2-declaration-covid19-e-/1680a18f47>, s. 4). Je obecně známo, že rozhodnutí o opakovaném plošném testování zaměstnanců bylo přijato jako kompromisní řešení v situaci, kdy z důvodu přetížení kapacity zdravotnických zařízení bylo zvažováno úplné uzavření výrobních a jiných provozů. Nejvyšší správní soud znovu zdůrazňuje, že opatření je proto třeba posuzovat s ohledem na situaci, okolnosti a dostupné informace v době jeho vydání.

[58] Z písemného podání (původního návrhu) navrhovatele ani z vyjádření učiněného k dotazu soudu prostřednictvím jeho zástupce při jednání nevyplynuly žádné konkrétní skutečnosti, v nichž by navrhovatel spatřoval neúčinnost napadeného opatření, či jeho nepřiměřenost ve vztahu k jeho právům (vůči jeho osobě). Netvrdil žádné konkrétní fyzické či psychické zdravotní obtíže způsobené testováním na pracovišti nebo v souvislosti s ním. Z ničeho rovněž nevyplynulo, že by svého zaměstnavatele žádal o provedení testování jinou (méně invazivní) metodou právě kvůli možným zdravotním obtížím. Nejvyšší správní soud sice v řízení o návrhu na zrušení opatření obecné povahy provádí abstraktní přezkum opatření obecné povahy, nicméně na podkladě aktivní legitimace konkrétního navrhovatele a v mezích jím tvrzeného dotčení jeho veřejných subjektivních práv.

[59] Závěr soudu o proporcionalitě napadeného opatření účinně nezpochybnila ani důkazy provedené z iniciativy navrhovatele při jednání. MUDr. H. Z. ve svém stanovisku zpochybňuje účinnost antigenních testů využívaných pro plošné testování bezpříznakových jedinců, tedy i pro testování na pracovišti, k dotazu na možnost spolehlivého zjištění nákazy virem SARS-CoV-2 však uvedla: *„Jediný způsob, jakým se dá zjistit, zda v sobě má člověk infekční virus, je test viability neboli životaschopnosti, tedy pokus o kultivaci viru v laboratoři. Test viability ovšem trvá až dva týdny a lze jej provádět pouze ve specializovaných laboratořích vybavených pro práci s vysoce infekčním materiálem kategorie BSL 3. Pro rutinní použití proto není vhodný.“* Jak už soud uvedl, i z odůvodnění napadeného opatření vyplývá, že odpůrce si byl vědom omezených možností zvolené metody testování, ale přijal ji s ohledem na další relevantní hlediska (náklady na opakované testování vysokého počtu osob, disponibilní kapacita pro provádění a vyhodnocení testů). Nelze rozumně pochybovat ani o významu rychlosti zjištění výsledku testu.

[60] Rovněž Mgr. O. V., Ph.D. ve svém odborném vyjádření v odpovědi na otázku na souvislost zvolených prostředků a sledovaného cíle přezkoumávaného opatření na jednu stranu konstatuje, že bylo možno sledovaného cíle dosahovat i jinými prostředky, což dokládá grafem „Denní přehled počtu provedených testů podle indikace“ z webových stránek odpůrce, na straně druhé připouští, že *„opatření jsou jistě jedním z možných prostředků, jak zajistit výše uvedené cíle.“* V rozporu s tím ovšem vzápětí uvádí, že *„jelikož k odhalování tzv. asymptomatických osob docházelo již dříve, nutno říci, že opatření bylo k dosažení tohoto cíle zcela zbytečné.“* Podrobněji se pak vyjadřuje k „naivitě“ případného očekávání, že znásobení počtu prováděných testů povede ke stejnému znásobení počtu odhalených nakažených jedinců, což dokládá grafem „Vývoj denního poměru počtu osob s nově prokázaným onemocněním a celkového počtu provedených testů“, rovněž z webových stránek odpůrce. Ani z tohoto vyjádření podle soudu nelze dovodit neúčinnost opatření zavedeného testování zaměstnanců. Je to dáno jednak vnitřní rozporností vyjádření, jednak neurčitostí závěrů vyvozených autorem vyjádření z připojených grafů. Z počtu testů prováděných na základě různých typů indikace podle

pokračování

Nejvyššího správního soudu nevyplývá žádná informace relevantní pro posouzení účinnosti napadeného opatření.

[61] Nejvyšší správní soud nepřisvědčil ani návrhovatelem namítanému rozporu napadeného opatření s čl. 26 Listiny základních práv a svobod. Podle čl. 26 odst. 1 až 3 Listiny základních práv a svobod platí, že *(1) Každý má právo na svobodnou volbu povolání a přípravu k němu, jakož i právo podnikat a provozovat jinou hospodářskou činnost. (2) Zákon může stanovit podmínky a omezení pro výkon určitých povolání nebo činností. (3) Každý má právo získávat prostředky pro své životní potřeby prací. Občany, kteří toto právo nemohou bez své viny vykonávat, stát v přiměřeném rozsahu hmotně zajišťuje; podmínky stanoví zákon.* Článek 26 Listiny základních práv a svobod zaručuje právo na svobodnou volbu povolání a přípravu k němu. Povinným testováním zaměstnanců na pracovišti právo na svobodnou volbu povolání a přípravu k němu není omezeno. Článek 26 Listiny základních práv a svobod vůbec neupravuje výkon závislé činnosti. Napadené opatření ani nerozlišuje zaměstnance podle povolání. Jen pro úplnost Nejvyšší správní soud dodává, že i rozsah práva dle čl. 26 Listiny může být dle čl. 41 Listiny vymezen zákonem.

V.2. Porušení práv na ochranu osobních údajů

[62] Druhým souhrnným návrhovým bodem je námitka, že napadené opatření porušuje práva návrhovatele v oblasti nakládání s osobními údaji, za něž považuje informace o svém zdravotním stavu a genetické informace. Ani tato námitka není důvodná. Napadené opatření nakládání s osobními údaji neupravuje.

[63] Předně Nejvyšší správní soud uvádí, že pandemický zákona ani napadené opatření právně neumožňují zjišťovat DNA, ani jiné genetické údaje zaměstnanců. Nijak tedy nezasahují do dosavadní právní úpravy v této oblasti. Pokud by snad byl kterýkoliv ze způsobů testování kýmkoliv využit pro zjišťování takových informací, musela by být zákonnost takového jednání posouzena z hlediska příslušných předpisů.

[64] Napadené opatření však neukládá návrhovateli ani jiným osobám žádné povinnosti související s nakládáním s osobními údaji, a nezasahuje tak do návrhovatelových práv na ochranu osobních údajů.

[65] Článek IV napadeného opatření stanoví: *„Pokud je výsledek preventivního testu na přítomnost antigenu viru SARS-CoV-2 prováděného na pracovišti zaměstnavatele podle čl. I a II pozitivní, je zaměstnanec povinen postupovat podle platného mimořádného opatření Ministerstva zdravotnictví upravujícího povinnosti zaměstnanců při testování na přítomnost antigenu viru SARS-CoV-2 prováděného laickou osobou prostřednictvím testu poskytnutého zaměstnavatelem.“*

[66] Citované ustanovení neukládá novou povinnost, pouze odkazuje na jiné opatření téže právní povahy. Napadeným opatřením není ve své konkrétní podobě stanovena povinnost, již se návrhovatel cítí dotčen.

[67] Z návrhovatelových výhrad proti povinnosti informovat zaměstnavatele o výsledku testu na pracovišti přitom nelze dovodit, že by svým návrhem napadal i jiné opatření obecné povahy, než které výslovně uvádí ve svém návrhu, a to ani při aplikaci obecné právní zásady, že podání je nutno posuzovat podle jeho obsahu. Nejvyšší správní soud je i

v řízení o návrhu na zrušení mimořádných opatření podle pandemického zákona nebo opatření podle § 69 odst. 1 písm. b) a i) zákona o ochraně veřejného zdraví ve stavu pandemické pohotovosti vázán návrhem a nemůže v rozporu s dispoziční zásadou přezkoumávat jiná než napadená opatření.

[68] Ani poučovací povinnost soudu dovozená např. v případech změn napadených opatření, plynoucí z tzv. procesního paternalismu správních soudů (srov. např. rozsudek ze dne 26. 2. 2021 č. j. 6 As 114/2020 – 63, body 102-115) a tam citovanou judikaturu správních soudů a Ústavního soudu), nezahrnuje možnost, aby soud navrhovatele poučoval o tom, že pro úspěch svého návrhu má navrhnout zrušení (ještě i) jiného opatření obecné povahy, než které napadá (obdobně Kühn, Z. In: Kühn, Z., Kocourek, T. a kol. Soudní řád správní. Komentář. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2019, s. 252). Ostatně, stanoví-li § 101b odst. 2 druhá věta s. ř. s. že návrh na zrušení opatření obecné povahy nebo jeho části nelze v dalším řízení rozšiřovat na dosud nenapadené části opatření obecné povahy nebo jej rozšiřovat o další návrhové body, tím spíše to musí platit pro rozšiřování návrhu o jiná (dosud nenapadená) opatření, nejedná-li se o případy podle výše citované judikatury. Je na navrhovateli, zda tato opatření napadne samostatným návrhem.

VI. Závěr a náklady řízení

[69] Nejvyšší správní soud nepřisvědčil navrhovatelovým důvodům pro zrušení napadeného opatření ve znění opatření ze dne 5. 3. 2021, a jeho návrh proto v souladu s § 101d odst. 2 věty druhé s. ř. s. zamítl.

[70] O náhradě nákladů řízení soud rozhodl v souladu s § 60 odst. 1 a 5 s. ř. s. Navrhovatel v řízení neuspěl, odpůrci žádné náklady nad rámec jeho běžné činnosti nevznikly a osobám zúčastněným na řízení soud neuložil žádnou povinnost, v souvislosti s níž by jim mohly vzniknout náklady, na jejichž náhradu by měly právo.

Poučení: Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 8. dubna 2021

JUDr. Filip Dienstbier
předseda senátu