

U S N E S E N Í

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy JUDr. Radana Malíka a soudců JUDr. Pavla Molka a JUDr. Barbary Pořízkové v právní věci navrhovatelky: **SochORL s.r.o.**, se sídlem Počernická 512/58, Praha 10, zast. Mgr. Vladislavem Jirkou, Ph.D., advokátem se sídlem Václavské náměstí 807/64, Praha 1, proti odpůrci: **Ministerstvo zdravotnictví**, se sídlem Palackého náměstí 375/4, Praha 2, o návrhu na zrušení části opatření obecné povahy – čl. I bodu 16 mimořádného opatření odpůrce ze dne 27. 9. 2021, č. j. MZDR 14601/2021-25/MIN/KAN,

t a k t o :

- I. Návrh **se odmítá**.
- II. Žádný z účastníků **nemá právo** na náhradu nákladů řízení.
- III. Navrhovatelce **se vrací** zaplacený soudní poplatek za návrh na zrušení opatření obecné povahy ve výši **5 000 Kč**, který jí bude vyplacen z účtu Nejvyššího správního soudu ve lhůtě **30 dnů** ode dne nabytí právní moci tohoto usnesení k rukám jejího zástupce Mgr. Vladislava Jirky, Ph.D., advokáta se sídlem Václavské náměstí 807/64, Praha 1.

O d ů v o d n ě n í :

[1] Návrhem ze dne 29. 10. 2021 se navrhovatelka domáhá zrušení čl. I bodu 16 mimořádného opatření odpůrce ze dne 27. 9. 2021, č. j. MZDR 14601/2021-25/MIN/KAN (dále jen „mimořádné opatření“), v případě jeho zrušení pak vyslovení jeho nezákonnosti. Tímto opatřením byl omezen především obchod, služby a setkávání osob. V čl. I bodě 16, který navrhovatelka napadá, opatření definuje podmínky pro vstup do některých vnitřních a venkovních prostor, a to zjednodušeně tak, že jej podmiňuje negativním RT-PCR testem na přítomnost viru SARS-CoV-2, negativním rychlým antigenním testem (RAT) na přítomnost antigenu tohoto viru, laboratorně potvrzeným proděláním onemocnění COVID-19 nebo očkováním.

[2] Jak plyne z obsahu návrhu, navrhovatelka rozporuje následující část čl. I bodu 16 mimořádného opatření v jeho původním znění:

16. stanovují následující podmínky pro vstup osob do některých vnitřních a venkovních prostor nebo pro účast na hromadných akcích nebo jiných činnostech, je-li to vyžadováno tímto mimořádným opatřením:

(...)

b) osoba absolvovala nejdéle před 72 hodinami rychlý antigenní test (RAT) na přítomnost antigenu viru SARS-CoV-2 s negativním výsledkem, který provedl zdravotnický pracovník, nebo

(...)

e) osoba na místě podstoupí rychlý antigenní test (RAT) na stanovení přítomnosti antigenu viru SARS-CoV-2 určený pro sebetestování (použití laickou osobou), jehož výsledek je negativní; obdobné platí, pokud osoba na místě prokáže, že podstoupila rychlý antigenní test (RAT) za dozoru zdravotnického pracovníka prostřednictvím on-line služby nejdéle před 24 hodinami a prokáže absolvování tohoto testu a jeho negativní výsledek potvrzením poskytovatele zdravotních služeb.

[3] Čl. I bod 16 byl novelizován mimořádným opatřením ze dne 22. 10. 2021, č. j. MZDR 14601/2021-26/MIN/KAN, a to tak, že s účinností od 1. 11. 2021 byla pro splnění podmínek čl. I bodu 16 zkrácena „platnost“ negativního rychlého antigenního testu provedeného zdravotnickým pracovníkem upravená v písm. b) na 24 hodin; písm. e) nebylo novelou dotčeno.

[4] Navrhovatelka je poskytovatelem zdravotních služeb, mj. provozuje online platformu *onlinetestovani.cz*. Jejím prostřednictvím a pomocí tzv. telemedicíny (videohovorem na zabezpečeném webovém rozhraní) poskytuje službu testování rychlými antigenními testy. Tvrdí, že napadená část mimořádného opatření ji diskriminuje, protože služba poskytnutá formou videohovoru je co do délky „platnosti“ testu pro potřeby prokázání splnění podmínek bodu 16 mimořádného opatření znevýhodněna oproti téže službě poskytnuté zdravotníkem běžnou formou, což plyne ze srovnání bodu 16 písm. b) a písm. e), v části za středníkem. Napadené opatření tak navrhovatelce znemožňuje poskytovat služby za stejných podmínek jako poskytovatelům, kteří tutéž službu neposkytují pomocí videohovoru, a tím ji zkracuje na jejích právech.

[5] Navrhovatelka popsala svůj postup při provádění testu ze slin, vhodného pro sebetestování, který je ve všech podstatných aspektech shodný při použití dané testovací sady v ordinaci i prostřednictvím videohovoru s vyškoleným zdravotnickým pracovníkem. Roli zdravotníka lze v obou případech srovnat s odborným dohledem, který ověřuje, zda testovaná osoba postupuje v souladu s návodem výrobce testovací sady, a následně vyhodnotí výsledek testu. Rozdíl v délce platnosti testů je proto zcela neodůvodněný. I v samotném mimořádném opatření je zdůvodněn toliko jednou větou, která zmiňuje pouze hledisko, že se při online službě používají testy určené pro sebetestování. Odpůrce však zřejmě nevycházel z toho, že testy určené pro sebetestování jsou méně přesné než ostatní rychlé antigenní testy. Rozlišujícím kritériem není, zda je test proveden v ordinaci či mimo ni, ani to, že test určený pro sebetestování nemá být prováděn zdravotnickým pracovníkem. Proto dospěla k závěru, že odpůrce, který již dříve nezdůvodňoval rozdíl v délce platnosti jednotlivých druhů testů, opomněl zdůvodnit rozlišování délky platnosti jediného druhu testu.

pokračování

[6] Navrhovatelka také navrhla spojit řízení o návrhu s řízením vedeným u Nejvyššího správního soudu (dále také „NSS“) pod sp. zn. 8 Ao 35/2021, v němž se domáhala zrušení, potažmo vyslovení nezákonnosti, stejné úpravy v dříve vydaném mimořádném opatření odpůrce ze dne 26. 8. 2021, č. j. MZDR 14601/2021-23/MIN/KAN.

[7] Odpůrce ve vyjádření k návrhu upozornil, že v době, kdy navrhovatelka návrh podala, již byla platná novela mimořádného opatření, která odstranila stav, v němž navrhovatelka spatřovala důvod nezákonnosti. Ohledně původního znění mimořádného opatření navrhovatelka přehlédla, že mimořádné opatření v čl. I bodě 16 nepracuje se dvěma, ale třemi kategoriemi rychlých antigenních testů. Test provedený profesionálním zdravotníkem lze považovat za spolehlivý; test provedený laikem lze považovat za nejméně spolehlivý; test provedený pod online dohledem zdravotníka je co do spolehlivosti mezi nimi. Podle toho byla stanovena doba jejich použitelnosti pro potřeby bodu 16 mimořádného opatření.

[8] Před vlastním posouzením věci se NSS zabýval splněním podmínky aktivní procesní legitimace navrhovatelky. Bez splnění této podmínky totiž nemůže případ věcně posoudit a je povinen návrh odmítnout podle § 46 odst. 1 písm. c) zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“).

[9] Podle § 101a odst. 1 věty první s. ř. s. *návrh na zrušení opatření obecné povahy nebo jeho částí je oprávněn podat ten, kdo tvrdí, že byl na svých právech opatřením obecné povahy, vydaným správním orgánem, zkrácen*. Aby byl aktivně procesně legitimován, musí navrhovatel tvrdit, že existují určitá jemu náležející subjektivní práva, která jsou opatřením obecné povahy dotčena. Jinak řečeno musí „*logicky konsekventně a myslitelně tvrdit možnost dotčení jeho právní sféry příslušným opatřením obecné povahy*“ (viz usnesení rozšířeného senátu ze dne 21. 7. 2009, č. j. 1 Ao 1/2009 - 120, č. 1910/2009 Sb. NSS, bod [34]; ve vztahu k mimořádným opatřením viz též rozsudek NSS ze dne 14. 4. 2021, č. j. 8 Ao 1/2021 - 133, č. 4187/2021 Sb. NSS, bod [34]). Zda je dotčení podle povahy věci vůbec myslitelné, závisí na povaze a předmětu, obsahu a způsobu regulace prováděné konkrétním napadeným opatřením obecné povahy (viz usnesení rozšířeného senátu č. j. 1 Ao 1/2009 - 120, bod [34]).

[10] Zároveň je nutné, aby měla napadená regulace *přímý a nezprostředkovaný* vztah k právům navrhovatele. Soudy ve správním soudnictví jsou povolány k ochraně veřejných subjektivních práv fyzických a právnických osob (§ 2 s. ř. s.), přezkum tzv. *actio popularis* zákon nepřipouští. Proto nestačí, tvrdí-li navrhovatel, že je opatření obecné povahy nezákonné, aniž by současně tvrdil, že se tato nezákonnost dotýká jeho subjektivních práv (viz usnesení rozšířeného senátu č. j. 1 Ao 1/2009 - 120, především body [31], [36] a [41]). Ve vztahu k mimořádným opatřením to též znamená, že nelze umožnit napadnout omezení poskytování určité služby každému potenciálnímu zákazníkovi (odběrateli) této služby (jakékoliv, kdekoliv a kdykoliv).

[11] Ze shora uvedeného plyne, že soud nemůže shledat aktivní procesní legitimaci k těm (oddělitelným) částem napadeného opatření obecné povahy, jež navrhovatel jen zcela formálně označí, ale neuplatní k nim žádnou argumentaci (viz např. rozsudek NSS ze dne 18. 11. 2021, č. j. 9 Ao 21/2021 - 111, bod [13]).

[12] Navrhovatelka svou aktivní procesní legitimaci zakládá na tom, že poskytuje službu, již se týká úprava v bodě 16 mimořádného opatření.

[13] Ačkoli zdůraznila, že omezuje svůj návrh pouze na čl. I bod 16, důvody návrhu i skutečnosti, z nichž dovozuje svoji aktivní procesní legitimaci, jsou ještě užší a nezasahují celý bod 16. Je zjevné, že navrhovatelka nenamítá, že by byl nezákonný bod 16 písm. a) (RT-PCR testy), písm. c) (očkování) a písm. d) (prodělání laboratorně potvrzeného onemocnění COVID-19), a také neuvádí nic, z čeho by bylo možno dovozovat její aktivní procesní legitimaci k těmto částem daného bodu. Vůči bodu 16 písm. b) také neuvádí žádné principiální výhrady, pouze na něm dokládá nezákonnost části bodu 16 písm. e) v části za středníkem; k jeho části před středníkem (sebetestování) opět nevznášá žádné námitky ani s ním nespojuje svoji aktivní procesní legitimaci. Její návrh se věcně týká toliko písm. e), v části za středníkem, jež upravuje podmínku negativního rychlého antigenního testu provedeného pod online dozorem zdravotníka. Také jen s ním navrhovatelka spojuje svoji aktivní procesní legitimaci.

[14] Proto Nejvyšší správní soud posoudil, zda má navrhovatelka aktivní procesní legitimaci k podání návrhu proti čl. I bodu 16 písm. e) v části za středníkem, založenou tvrzením, že danou službu poskytuje za nerovných podmínek. Dospěl k závěru, že nikoli.

[15] Z čl. I bodu 16 písm. e) mimořádného opatření, části za středníkem, neplyne pro navrhovatelku *prima facie* žádná přímá povinnost. Toto ustanovení stanoví, po jakou dobu jsou výsledky služby, již poskytuje, považovány za dostatečné pro to, aby na jejich základě mohl klient navrhovatelky využívat služeb či aktivit, které jsou v návaznosti na splnění podmínek bodu 16 v mimořádném opatření regulovány.

[16] Daná část mimořádného opatření tedy nestanoví podmínky, za nichž navrhovatelka poskytuje své služby, a jejím prostřednictvím tudíž není diskriminována oproti jiným poskytovatelům. Mimořádné opatření v dané části nijak neupravuje její oprávnění takovou službu poskytovat. Neřeší ani její postup při poskytování služby či právní, materiální nebo technický rámec její vlastní činnosti. Navrhovatelka sama netvrdí, že by se její vlastní postup jakkoliv lišil v situaci, kdy je platnost jí provedeného testu stanovena na 24 nebo na 72 hodin.

[17] Pokud namítaná doba platnosti testu na někoho přímo dopadá, jsou to osoby, které test podstupují a které na jeho základě prokazují splnění podmínek bodu 16. Nicméně jak NSS rekapituloval již výše, aktivní procesní legitimace je v případě návrhu na zrušení opatření obecné povahy založena na přímém a bezprostředním dotčení veřejných subjektivních práv navrhovatele. Mezi regulací dopadající na zákazníka (klienta) a právní sférou provozovatele určité služby přímý a nezprostředkovaný vztah bez dalšího neexistuje (viz rozsudek NSS ze dne 21. 5. 2021, č. j. 6 Ao 22/2021 - 44, body [20] a [21]). Nelze tedy shledat, že část mimořádného opatření, která přímo dopadá na klienty navrhovatelky, přímo dopadá již z tohoto důvodu i do jejich vlastních veřejných subjektivních práv.

[18] Stanovení doby platnosti testu jistě může mít na navrhovatelku určitý dopad. Je-li test provedený pomocí online služby „platný“ pro účely splnění podmínek pro přístup ke službám a aktivitám kratší dobu než test provedený „fyzicky“ zdravotníkem, vyhledají zřejmě někteří potenciální klienti navrhovatelky spíše onu „fyzickou“ službu, která by jim

pokračování

umožnila se konkrétním negativním testem prokazovat delší dobu. Daná úprava tak může v jisté míře ovlivňovat podnikatelský úspěch navrhovatelky, a tím mít i sekundární dopad do její majetkové sféry. Tyto dopady však lze považovat toliko za nepřímé a zprostředkované, neboť plynou až z chování klientů, kteří se mohou přizpůsobovat obsahu mimořádného opatření. Chování klientů však nepochybně ovlivňují i další faktory (časová dostupnost služby, její cena, uživatelská přívětivost systému, dostupnost a cena alternativních služeb apod.). NSS ve své judikatuře setrvale odmítá tak široké pojetí aktivní procesní legitimace, které by navrhovatelce umožnilo pro tento nepřímý a zprostředkovaný dopad danou část mimořádného opatření napadnout.

[19] Nejvyšší správní soud sice dříve výjimečně připustil, že i nepřímé dotčení práv může být natolik zásadní, že odůvodňuje přiznání aktivní procesní legitimace (viz rozsudek ze dne 30. 6. 2021, č. j. 3 As 2/2021 - 48, bod [36] a násl.). Posouzení pak závisí na tom, zda navrhovatel uvede logicky konsekventní a myslitelné tvrzení o dotčení svých veřejných subjektivních práv. Proto ve srovnatelném případě, kdy se provozovatelé služeb snažili „vyžalovat“ zrušení povinnosti zákazníků používat stanovenou ochranu dýchacích cest, dospěl NSS k názoru, že v daném případě neměl vztah mezi dotčením subjektivních práv navrhovatelů a napadenou právní úpravou „požadovanou kvalitu“ pro přiznání aktivní procesní legitimace. Přestože tak NSS připustil, že napadená povinnost mohla ovlivnit chování zákazníků, a tím i podnikatelský úspěch navrhovatelů, aktivní procesní legitimaci jim nepřiznal (viz rozsudek NSS ze dne 22. 10. 2021, č. j. 2 Ao 11/2021 - 118). Stejně tak ani v nynějším případě nedostačuje nepřímé dotčení, které navrhovatelka namítá, k založení její aktivní procesní legitimace.

[20] Co se pak týče rozsudku Městského soudu v Praze ze dne 7. 9. 2021, č. j. 10 A 74/2021 - 134, na nějž navrhovatelka upozornila, jeho právní názor není pro NSS precedenčně závazný. Navíc v odkazované věci stavěl navrhovatel svoji aktivní procesní legitimaci na tom, že napadená část opatření obecné povahy v podstatě vyloučila, aby určitou službu (provádění antigenního testování občanů České republiky cestujících a dočasně pobývajících v zahraničí) vůbec poskytoval. Intenzitou dopadu do práv navrhovatele tak jde o situaci zřetelně odlišnou od nynějšiho případu.

[21] Z výše uvedených důvodů tak NSS dospěl k závěru o nedostatku aktivní procesní legitimace navrhovatelky a její návrh odmítl podle § 46 odst. 1 písm. c) s. ř. s. jako návrh, který byl podán osobou k tomu zjevně neoprávněnou.

[22] Vzhledem k tomu, že NSS nerozhodoval o věci samé, nepostupoval podle § 51 odst. 1 s. ř. s. a nenařídil k projednání věci ústní jednání, přestože se tohoto postupu navrhovatelka domáhala. Ze stejného důvodu nepovažoval za účelné ani spojení řízení s věcí sp. zn. 8 Ao 35/2021, jak navrhovatelka navrhovala.

[23] O náhradě nákladů řízení rozhodl soud podle § 60 odst. 3 věty první s. ř. s. tak, že žádný z účastníků nemá právo na náhradu nákladů řízení, jelikož byl návrh odmítnut.

[24] Navrhovatelka zaplatila soudní poplatek za návrh na zrušení opatření obecné povahy ve výši 5 000 Kč, avšak návrh na zahájení řízení byl před prvním jednáním (vydáním rozhodnutí o věci samé) odmítnut. Soud proto rozhodl o vrácení zaplaceného soudního poplatku podle § 10 odst. 3 věty třetí ve vazbě na odst. 5 zákona č. 549/1991 Sb.,

o soudních poplatcích (dále jen „zákon o soudních poplatcích“). Uvedená částka bude navrhovatelce vrácena z účtu NSS ve lhůtě 30 dnů od právní moci tohoto usnesení (§ 10a odst. 1 zákona o soudních poplatcích), k rukám jejího zástupce Mgr. Vladislava Jirky, Ph.D., advokáta se sídlem Václavské náměstí 807/64, Praha 1.

Poučení: Proti tomuto usnesení **nejsou** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 16. prosince 2021

JUDr. Radan Malík
předseda senátu