



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy JUDr. Pavla Molka a soudců JUDr. Radana Malíka a JUDr. Barbary Pořízkové v právní věci navrhovatelky: **D-cinema, s.r.o.**, se sídlem Tibetská 806/4, Praha 6, zast. Mgr. Davidem Zahumenským, advokátem se sídlem třída Kpt. Jaroše 1922/3, Brno, proti odpůrci: **Ministerstvo zdravotnictví**, se sídlem Palackého náměstí 375/4, Praha 2, za účasti osoby zúčastněné na řízení: **Ing. F. Č.**, o návrhu na zrušení části opatření obecné povahy odpůrce - čl. I. bodu 12 mimořádného opatření ze dne 27. 9. 2021, č. j. MZDR-14601/2021-25/MIN/KAN, ve znění mimořádného opatření odpůrce ze dne 22. 10. 2021, č. j. MZDR 14601/2021-26/MIN/KAN,

t a k t o :

- I. Návrh v části týkající se čl. I. bodu 12 písm. a), b), c) a e) opatření obecné povahy odpůrce ze dne 27. 9. 2021, č. j. MZDR-14601/2021-25/MIN/KAN, ve znění mimořádného opatření odpůrce ze dne 22. 10. 2021, č. j. MZDR 14601/2021-26/MIN/KAN, **se odmítá**.
- II. Opatření obecné povahy odpůrce ze dne 27. 9. 2021, č. j. MZDR-14601/2021-25/MIN/KAN, ve znění mimořádného opatření odpůrce ze dne 22. 10. 2021, č. j. MZDR 14601/2021-26/MIN/KAN, **bylo v čl. I. bodu 12 písm. d) v rozporu se zákonem**.
- III. Odpůrce **je povinen** zaplatit navrhovatelce náhradu nákladů řízení ve výši **17 342 Kč**, a to do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám jejího zástupce Mgr. Davida Zahumenského, advokáta se sídlem třída Kpt. Jaroše 1922/3, Brno.
- IV. Osoba zúčastněná na řízení **nemá právo** na náhradu nákladů řízení.

O d ů v o d n ě n í :

I. Napadené mimořádné opatření

[1] Návrhem podaným dne 18. 10. 2021 se navrhovatelka domáhá zrušení, eventuálně vyslovení nezákonnosti části opatření obecné povahy – mimořádného opatření odpůrce ze dne 27. 9. 2021, č. j. MZDR 14601/2021-25/MIN/KAN (dále jen „mimořádné opatření“). Mimořádné opatření stanovilo podmínky poskytování některých služeb a provozování určitých aktivit.

[2] Navrhovatelka svůj návrh směřuje jen proti čl. I. bodu 12 mimořádného opatření, vydanému s odkazem na § 2 odst. 2 písm. e) zákona č. 94/2021 Sb., o mimořádných opatřeních při epidemii onemocnění COVID-19 (dále „pandemický zákon“). Tento bod zněl:

12. podle § 2 odst. 2 písm. e) zákona č. 94/2021 Sb. stanovují podmínky pro konání koncertů a jiných hudebních, divadelních, filmových a jiných uměleckých představení včetně cirkusů a varieté, sportovních utkání, zápasů, závodů apod. (dále jen „sportovní utkání“), kongresů, vzdělávacích akcí a zkoušek v prezenční formě, s výjimkou vzdělávací akce a zkoušky, které jsou součástí vzdělávání podle zákona č. 561/2004 Sb., o předškolním, základním, středním, vyšším odborném a jiném vzdělávání (školský zákon), ve znění pozdějších předpisů, nebo zákona č. 111/1998 Sb., o vysokých školách a o změně a doplnění dalších zákonů (zákon o vysokých školách), ve znění pozdějších předpisů, nejde-li o akademický obřad, a to tak, že

a) v případě akce konané v prostoru s kapacitou do 3 000 přítomných diváků, návštěvníků nebo posluchačů (dále jen „diváci“), pokud má být v jeden čas přítomno více než 20 diváků, musí všichni diváci splňovat podmínky podle bodu I/16,

b) v případě akce konané v prostoru s kapacitou nad 3 000 přítomných diváků, musí 3 000 diváků splňovat podmínky podle bodu I/16 a z počtu diváků nad 3 000 pak musí minimálně polovina z těchto diváků splňovat podmínky podle bodu I/16 písm. c) nebo d) a zbývající část kapacity může být obsazena osobami splňujícími podmínku podle bodu I/16 písm. a), b) nebo e),

c) zakazuje účast na akci osobám, které vykazují klinické příznaky onemocnění covid-19 anebo které v případě, že má být v jeden čas přítomno na akci více než 20 diváků, nesplňují, s výjimkou dětí do dovršení 6 let věku, podmínky stanovené v bodu I/16; splnění podmínek podle bodu I/16 se nevyžaduje, pokud se dané akce v rámci vzdělávání účastní výhradně děti, žáci nebo studenti jedné školy nebo je dozorující osoby nebo pokud provozovatel zajistí oddělení prostor tak, aby děti, žáci nebo studenti jedné školy používali jiné prostory než ostatní osoby účastnící se těchto akcí,

d) nařizuje organizátorovi akce u osoby, která musí splňovat podmínky podle bodu I/16, při vstupu na akci splnění těchto podmínek kontrolovat a osoba je povinná mu splnění podmínek podle bodu I/16 prokázat; v případě, že osoba splnění podmínek podle bodu I/16 neprokáže, zakazuje se organizátorovi takovou osobu vpustit na tuto akci,

e) vzdálenost diváků od jeviště nebo jiného místa určeného pro vystupující nebo sportovní plochy musí být nejméně 2 m.

[3] V čl. I. bodu 16, na který napadená část mimořádného opatření opakovaně odkazuje, odpůrce stanovil podmínky pro vstup do některých vnitřních a vnějších prostor. Těmito podmínkami jsou, zjednodušeně řečeno, negativní RT-PCR test na přítomnost viru SARS-CoV-2 [písm. a)], negativní rychlý antigenní test na přítomnost antigenu téhož viru

pokračování

[písm. b) a e)], očkování proti nemoci COVID-19 [písm. c)] nebo laboratorně potvrzené prodělání nemoci COVID-19 [písm. d)].

II. Podstatný obsah návrhu, vyjádření odpůrce a replika navrhovatelky

[4] Navrhovatelka je provozovatelkou Kina Dukla v Jihlavě (2 sály s kapacitou 152 míst a 53 míst) a Kina Polná v Polné (1 sál a letní kino u zámku Polná). Ke své aktivní procesní legitimaci uvádí, že mimořádné opatření v napadené části zasahuje do jejích práv, omezuje její podnikání a stanoví jí podmínky, za nichž může kina provozovat. Stát si bere provozovatele kin jako „rukojmi“, aby občany motivoval k tomu, aby podstoupili dobrovolné očkování proti COVID-19. Za porušení jí hrozí milionové pokuty. Není známo, jak dlouho miní stát provozovatele omezovat. Navrhovatelka a její zaměstnanci pro rozpor s právními předpisy nechtějí anebo nemohou provádět kontrolu, zda návštěvníci kin splňují stanovené podmínky, navíc navrhovatelka přichází o velkou část tržeb, jelikož návštěvníci se kvůli odmítání daných podmínek do kina vůbec nevydají, přestože kina jsou bezpečným prostorem: divák sedí v tichosti několik hodin na sále, hledí směrem na plátno a nemluví, a pokud nekonzumuje, má respirátor.

[5] Odpůrce podle navrhovatelky překročil svou pravomoc a působnost, neboť není možné prostřednictvím mimořádného opatření přenést výkon veřejné správy ve smyslu kontroly a vymáhání dodržování protiepidemických opatření na navrhovatelku (provozovatele kin), jež je soukromým subjektem. Odpůrce navíc nemá ani pravomoc či působnost stanovit podmínky, jimiž lze omezit vstup fyzických osob do různých provozoven (návštěvu akce). Skutečnost, že povinnost kontroly postrádá zákonnou oporu, dokládá snaha novelizovat zákon č. 258/2000 Sb., o ochraně veřejného zdraví a o změně některých souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o ochraně veřejného zdraví“) sněmovním tiskem 1225/0 (8. volební období Poslanecké sněmovny). Mimořádné opatření je také v rozporu s rezolucí Parlamentního shromáždění Rady Evropy 2361 (2021), podle kterého nikdo nesmí být diskriminován kvůli tomu, že není očkovan. Podle Úřadu pro ochranu osobních údajů je navíc třeba respektovat základní zásady ochrany osobních údajů, a to i v souvislosti s opatřeními proti nemoci COVID-19. Pro zjišťování citlivých informací o zdravotním stavu návštěvníků kin není dán zákonný podklad. Pokud stát nebyl schopen danou úpravu (přenos povinnosti kontrolovat návštěvníky z hlediska splnění podmínek pro vstup) zakotvit v zákoně, není namístě natolik kontroverzní povinnosti přenášet na provozovatele. Povinnosti lze nadto ukládat toliko na základě zákona a v jeho mezích, jak plyne z čl. 4 odst. 1 Listiny základních práv a svobod (dále též „Listina“), tudíž ani povinnost vykonávat propůjčenou oblast státní správy nelze konat bez řádně upravených práv a povinností „delegované osoby“ na úrovni zákona (jako je tomu např. v případě tzv. stráží).

[6] Kina není možno označit za ohniska nákazy, proto není důvod k vydávání plošných opatření. Mimořádné opatření není přiměřené sledovanému cíli a je diskriminační. Vzhledem k údajům o počtu nakažených nelze ani celou ČR považovat za ohnisko nákazy, proto nedává smysl zavádění plošných opatření. Navrhovatelka nechápe, proč by měla nést takové dopady mimořádného opatření, pokud byla např. zrušena povinnost plošného testování zaměstnanců, a to i tam kde dochází ke kumulaci mnoha osob. Stejně tak není povinným testem či prokazováním údajů ohledně zdravotního stavu podmíněna např. návštěva velkého nákupního centra, byť tam dochází k značné kumulaci

osob a není nijak omezena doba, po kterou zde osoby mohou setrvávat. Ani v restauracích provozovatelé nemají uloženo kontrolovat splnění podmínek podle čl. I. bodu 16 mimořádného opatření (ani povinnost osobu, která tyto podmínky nesplňuje, do zařízení nepustit anebo ji z něj vykázat). Obdobně nemusí zákazníci prokazovat tzv. bezinfekčnost ani provozovatelům jiných typů služeb a obchodů, avšak při návštěvě kinosálů je taková povinnost vyžadována. Navrhovatelka se podivuje, proč v případě svatby není potřeba, aby se „bezinfekčnost“ kontrolovala až do 30 osob, zatímco v případě filmových a jiných představení už od 20 osob. Neví, jak má postupovat, pokud si předem není jistá, jestli daných 20 osob bude překročeno. Navrhovatelka je tak diskriminována. Její podnikání je zatíženo testováním (a s tím souvisejícími časovými a finančními náklady návštěvníků) bez ohledu na jejich skutečný počet. Ustanovení § 2 odst. 2 písm. e) pandemického zákona míří zejména na velké organizované kulturní, společenské, umělecké a jiné akce typu koncerty, veletrhy, velká sportovní utkání apod. Je tak zjevně nepřiměřené uplatňovat stejné standardy např. na koncerty pro tisíce a více návštěvníků a na malá kina a promítací sály. Mimořádné opatření rovněž rozlišuje návštěvníky na základě zdravotního stavu a část z nich znevýhodňuje. Je nutno trvat na tom, aby odpůrce velmi precizně zdůvodnil, proč je třeba přístup k některým službám podmiňovat testováním, a to i v okresech s nízkým výskytem nákazy a proč takové podmínky musí nezbytně dopadat i na provozovatele kin. „Nový“ koronavirus je dnes plně srovnatelný s chřipkou, neboť je dostupná účinná vakcína pro potřebné bez omezení a smrtnost byla odborníky stanovena na zhruba 0,15%, což odpovídá smrtnosti chřipky.

[7] Odpůrce ve vyjádření k návrhu zdůraznil, že je vrcholným orgánem veřejného zdraví v ČR a orgány veřejné moci si činí odborný úsudek primárně samy. Epidemie onemocnění COVID-19 je nová a bezprecedentní a poznatky o ní se dynamicky vyvíjí. Proto nejsou k dispozici informace a podklady běžně dostupné pro provedení správního uvážení. Odpůrce činí všechna opatření zásadně na základě dostupných znalostí k okamžiku vydání opatření, při vědomí, že tyto znalosti nejsou dostatečné a přesné a že není možné čekat na to, až bude prokázáno a jednoznačně doloženo, zda je zvažované opatření lepší než jiné. Při přijímání opatření preferuje ochranu života a zdraví osob při současné snaze o co nejmenší omezení chodu společnosti. Princip proporcionality provádí tak, že zhodnotí současný stav šíření onemocnění COVID-19.

[8] Nejedná se o přenesení výkonu veřejné správy na soukromé osoby. Napadeným opatřením jsou pouze stanoveny podmínky pro konání hromadných akcí, tedy i filmových představení, a jejich organizátor je povinen zajistit splnění podmínek. Obdobně kontroluje prodejce alkoholických a tabákových výrobků, jestli kupující má např. předepsaný věk apod. Pořadatel nekontroluje zdravotní stav, kontroluje pouze, že účastníci mají doklad o tom, že splnili jednu z podmínek, které mají bránit šíření infekční choroby na hromadných akcích, a tato povinnost mu byla uložena napadeným opatřením. Novela zákona o ochraně veřejného zdraví byla navržena pouze z důvodu zvýšení právní jistoty, nikoli z toho důvodu, že by bez této novely byla stanovená povinnost protizákonná. K námitce diskriminace odpůrce uvádí, že obdobné povinnosti mají stanoveny i provozovny stravovacích služeb, hudebních, tanečních, herních a podobných společenských klubů a diskoték, heren a kasin. Odpůrce odmítl argumentaci srovnáváním s chřipkou. Přestože obě komentované nákazy mají vzdušný přenos původce, řada dalších epidemiologických charakteristik je u nich odlišná. Nejvýznamnější z nich je nesrovnatelně vyšší výskyt komplikací v podobě těžkého postižení plic s maximem u pacientů jinak zdravotně

pokračování

stigmatizovaných, který je pozorován u COVID-19, což je důvodem zavedení přísnějších restriktivních protiepidemických opatření včetně např. omezování hromadných akcí. Také infekčnost onemocnění COVID-19 je daleko vyšší než u běžné chřipky.

[9] Navrhovatelka v reakci na vyjádření odpůrce odmítla, že by kontroly tzv. bezinfekčnosti byly totéž, jako je kontrola předepsaného věku, neboť kontroly věku, např. při prodeji alkoholických či tabákových výrobků, jsou ukládány přímo zákonem. V médiích se množí informace o tom, že i osoby, které již byly naočkovány dvěma dávkami očkování, stále onemocnění COVID-19 šíří. Trvá také na tom, že i kontrola bezinfekčnosti je zpracováním osobních údajů. K argumentu odpůrce, že obdobné povinnosti mají stanoveny i provozovny stravovacích služeb, hudebních, tanečních, herních a podobných společenských klubů a diskoték, heren a kasin, navrhovatelka připomíná, že v původním znění mimořádného opatření nebyla stanovena žádná povinnost kontrolovat tzv. bezinfekčnost provozovatelům stravovacích služeb a dalších zmiňovaných provozů. Odpůrce současně nijak nevysvětluje, proč zaměstnavatelům nebo provozovatelům nákupních center či hromadné dopravy není vůbec uložena povinnost kontrolovat tzv. bezinfekčnost a navrhovatelce tato povinnost uložena je.

[10] V doplnění repliky ze dne 31. 1. 2022 navrhovatelka souhlasně poukázala na rozsudek Nejvyššího správního soudu (dále též „NSS“) ze dne 28. 1. 2022, č. j. 8 Ao 30/2021 - 89.

III. Vyjádření osoby zúčastněné na řízení

[11] Na výzvu NSS se jako osoba zúčastněná na řízení přihlásil Ing. F. Č., který je navrhovatelem v jiném řízení o zrušení téhož mimořádného opatření (toto řízení NSS vede pod sp. zn. 9 Ao 23/2021). Jako vyjádření k návrhu navrhovatelky Ing. Č. soudu zaslal své podání, označené převážně jako „Protěžování očkování“, a to v několika postupně „aktualizovaných verzích“. Svým vyjádřením se osoba zúčastněná na řízení nevyjadřuje přímo k projednávanému návrhu, ale předkládá vlastní důvody, proč by mělo být mimořádné opatření zrušeno či vyslovena jeho nezákonnost, jež se s návrhem navrhovatelky míjejí. Z tohoto důvodu však v tomto řízení NSS neshledal, že by bylo možné se obsahem vyjádření osoby zúčastněné na řízení zabývat (srov. rozsudek NSS ze dne 16. 12. 2021, č. j. 9 Ao 22/2021 - 75, body 6 až 8, kde poskytuje pro tento postup bližší zdůvodnění). K namítaným důvodům nezákonnosti se NSS vyjádří v řízení, které vede o návrhu osoby zúčastněné na řízení.

IV. Posouzení Nejvyšším správním soudem

[12] Mimořádné opatření bylo po podání návrhu novelizováno mimořádným opatřením ze dne 22. 10. 2021, č. j. 14601/2021-26/MIN/KAN; tato novela se dotkla čl. I. bodu 12, na který se návrh omezuje, pouze tak, že v písm. c) bylo číslo „6“ u věku dětí nahrazeno číslem „12“. Mimořádné opatření bylo poté výslovně zrušeno mimořádným opatřením ze dne 6. 12. 2021, č. j. MZDR 14601/2021-30/MIN/KAN. Zrušení napadeného mimořádného opatření není překážkou rozhodnutí ve věci, a to s ohledem na § 13 odst. 4 pandemického zákona. Navrhovatelka již v návrhu uvedla, že v případě zrušení napadeného opatření se domáhá vyslovení nezákonnosti napadené části mimořádného opatření (ev. i překročení pravomoci a působnosti odpůrce). Proto byly splněny

podmínky, aby NSS pokračoval v řízení (srov. rozsudek NSS ze dne 14. 4. 2021, č. j. 8 Ao 1/2021 - 133, č. 4187/2021 Sb. NSS).

[13] Nejvyšší správní soud napadenou část mimořádného opatření přezkoumal podle § 13 pandemického zákona, ve spojení s § 101a až 101d zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“).

[14] O věci NSS rozhodl bez nařízení ústního jednání, neboť odpůrce s tímto postupem výslovně souhlasil. U navrhovatelky NSS postupoval podle § 51 odst. 1 věty druhé s. ř. s., podle níž se má za to, že i její souhlas byl udělen, když nereagovala na výzvu obsahující poučení o tomto postupu. Současně nebylo nezbytné pro rozhodnutí věci provádět během ústního jednání dokazování.

[15] Již na tomto místě NSS předeseílá, že jiný provozovatel kin podal obsahově související návrh též proti časově předcházejícímu mimořádnému opatření ze dne 26. 8. 2021, č. j. MZDR 14601/2021-23/MIN/KAN. Toto opatření obsahovalo v podstatě obdobnou, byť v některých ohledech méně podrobnou úpravu čl. I. bodu 12 jako nyní přezkoumávané opatření [srov. rozdělení původního písm. c) do pozdějšího písm. c) a d) bodu 12 nyní posuzovaného mimořádného opatření]. NSS proto v obou případech dospěl k obdobným závěrům (viz rozsudek NSS č. j. 8 Ao 30/2021 - 89).

IV. a) Aktivní procesní legitimace navrhovatelky

[16] Před vlastním posouzením věci se NSS zabýval splněním podmínky aktivní procesní legitimace navrhovatelky. Bez ní totiž nemůže návrh věcně posoudit a je povinen jej odmítnout podle § 46 odst. 1 písm. c) s. ř. s.

[17] 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 rozsudek NSS č. j. 8 Ao 1/2021 - 133, 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). 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 body 31, 36 a 41 usnesení rozšířeného senátu č. j. 1 Ao 1/2009 - 120).

[18] Z návrhu vyplývá, že navrhovatelka dovozuje svoji aktivní procesní legitimaci z toho, že jí napadené mimořádné opatření stanoví povinnost provádět u návštěvníků kin kontrolu splnění podmínek tzv. bezinfekčnosti a vykázat osoby, které podmínky nesplňují. Takto stanovené povinnosti a podmínky vstupu návštěvníků vedou k poklesu

pokračování

jejích tržeb. V dalších bodech dále poukazuje na to, že je v důsledku mimořádného opatření diskriminována oproti některým jiným provozovatelům, na jejichž zákazníky obdobné podmínky kladeny nejsou, jakož i to že jsou činěny rozdíly mezi různými skupinami návštěvníků kina podle toho, zda a jaké podmínky tzv. bezinfekčnosti splňují.

[19] Jak plyne z výše citovaného a navrhovatelkou napadeného čl. I. bodu 12 mimořádného opatření, jehož zrušení v celém rozsahu se navrhovatelka nyní domáhá, vytyčil v něm odpůrce zjednodušeně řečeno mimo jiné pravidla pro provoz kin tím, že stanovil jak povinnosti návštěvníkům pro vstup do kin (splnění některé z podmínek tzv. bezinfekčnosti a zákaz vstupu v případě klinických příznaků nemoci COVID-19), tak jejich provozovatelům (kontrola splnění podmínek ze strany návštěvníků a jejich vykázaní v případě nesplnění či neprokázání).

[20] Aktivní procesní legitimací provozovatele kin se již v případě obdobné regulace (časově předcházejícího mimořádného opatření odpůrce) NSS zabýval v rozsudku ze dne 25. 10. 2021, č. j. 9 Ao 20/2021 - 59. Jeho závěry jsou aplikovatelné i v nyní projednávané věci. Soud tedy předně ani zde nemůže shledat aktivní procesní legitimaci k napadení těch oddělitelných částí mimořádného opatření, k nimž navrhovatelka neuplatnila vůbec žádnou argumentaci a fakticky je do návrhu zahrnula jen formálně. Uvedené platí ve vztahu k písm. e) daného ustanovení (určujícím minimální vzdálenost diváků od jeviště či sportovní plochy). Obdobně je tomu tak i v případě písm. b) téhož ustanovení. Byť navrhovatelka argumentuje i proti stanovení podmínek návštěvníkům, není zřejmé, že by jakkoliv rozporovala právě regulaci dle písm. b), která stanoví speciální režim plnění podmínek tzv. bezinfekčnosti v případě akcí s kapacitou nad 3 000 diváků. Navrhovatelka netvrdí, že by se jí toto ustanovení přímo a bezprostředně dotýkalo, ostatně sama uvádí, že provozuje kina s kapacitou desítek, respektive stovek míst. Ani v nynější věci pak soudu nepřísluší domýšlet, jaká pravidla daných částí napadeného mimořádného opatření se mohou dotýkat právní sféry navrhovatelky, jestliže k nim sama neuplatnila žádnou argumentaci.

[21] Jde-li o další části napadeného čl. I. bodu 12 [konkrétně písm. a) a písm. c)], ty stanoví podmínky (povinnosti či zákazy) pouze návštěvníkům. Provozovatelům zde není žádná povinnost uložena a provozovatel nemůže být v tomto ohledu ani poškozen (není zde povinnost, již by mohl porušit). Mezi stanovením povinnosti divákovi a právní sférou provozovatele přímý a nezprostředkovaný vztah bez dalšího neexistuje (k tomu opět srov. rozsudek č. j. 9 Ao 20/2021 -59, vč. zdůvodnění posouzení tohoto pravidla oproti dřívější regulaci, viz bod 20). Ani v případě uvedených částí napadeného mimořádného opatření tedy aktivní procesní legitimace navrhovatelce nesvědčí, neboť ty stanoví povinnosti pouze návštěvníkům kin, nikoliv jí samotné. Nejvyšší správní soud se pak v tomto řízení nemohl zabývat ani věcnou stránkou argumentace vztahující se k případnému rozdílnému posuzování a zacházení s různými kategoriemi diváků v návaznosti na splnění podmínek podle čl. I. bodu 16, tedy ani otázkou požadavků na testování (ne)očkovaných osob, existencí protilátek u očkovaných apod. Návrh tedy v rozsahu písm. a), b), c) a e) soud odmítl podle § 46 odst. 1 písm. c) s. ř. s. jako návrh, který byl podán osobou k tomu zjevně neoprávněnou.

[22] Povinnosti provozovatelů jsou v mimořádném opatření výslovně stanoveny v čl. I. bodu 12 písm. d), které zní: *nařizuje organizátorovi akce u osoby, která musí splňovat*

podmínky podle bodu I/16, při vstupu na akci splnění těchto podmínek kontrolovat a osoba je povinná mu splnění podmínek podle bodu I/16 prokázat; v případě, že osoba splnění podmínek podle bodu I/16 neprokáže, zakazuje se organizátorovi takovou osobu vpustit na tuto akci.

[23] Dané ustanovení přímo stanoví povinnost organizátorů (provozovatelů kin, tedy i navrhovatelky) kontrolovat splnění podmínek podle čl. I. bodu 16 mimořádného opatření ze strany diváků a zabránit vstupu těm z nich, kteří tyto podmínky (jež mají povinnost prokázat) nesplňují. V tomto rozsahu tedy aktivní procesní legitimace navrhovatelky dána je.

IV. b) Vlastní přezkum návrhu

[24] Nejvyšší správní soud proto přistoupil v rámci výše vymezeného rozsahu [bod 12 písm. d)] vázán rozsahem návrhu a uplatněnými důvody (§ 101d odst. 1 s. ř. s.) k samotnému věcnému přezkumu. Dospěl k závěru, že návrh je v této části důvodný.

[25] Je třeba předeslat, že obdobným okruhem námitek, který navrhovatelka uplatnila i v nyní projednávané věci a jež byly shora rekapitulovány, se již Nejvyšší správní soud zabýval, a to v rozsudku ze dne 28. 1. 2022, č. j. 9 Ao 24/2021 - 90. Těmito námitkami se zabýval ve vztahu k obdobným povinnostem, které napadené mimořádné opatření v čl. I. bodu 15 písm. c) stanovilo „provozovatelům“ v případě voleb a zasedání orgánů právnických osob. Argumentace obou návrhů je vystavěna na shodných základech, přičemž navrhovatele v odkazované věci zastupoval tentýž zástupce jako navrhovatelku ve věci nynější. Výše označeným rozsudkem soud rozhodl, že napadené mimořádné opatření bylo v čl. I. bodu 15 písm. c) v rozporu se zákonem.

[26] K vyslovení nezákonnosti, jehož se (ve vztahu k bodu 12) domáhá i nyní navrhovatelka, dospěl zdejší soud v citované věci v návaznosti na námitky navrhovatele, podle nichž byl diskriminován tím, že jemu opatření povinnost kontrolovat tzv. bezinfekčnost ukládá, zatímco jiným provozovatelům nikoliv. Shodně argumentuje navrhovatelka i v nyní projednávané věci. Vzhledem k tomu, že nezákonnost stanovení povinnosti, která je obdobná povinnosti sporné i v nyní projednávané věci, již zdejší soud u téhož mimořádného opatření shledal, zabýval se nejprve tím, že zmíněné námitky navrhovatelky jsou důvodné i v této věci.

[27] Nejvyšší správní soud sice v bodech 27 a 28 rozsudku č. j. 9 Ao 24/2021 - 90 v dané souvislosti neshledal příležitým odkaz navrhovatele na provoz veřejné dopravy či nákupních center, neboť zasedání orgánů právnických osob ze své povahy předpokládá delší a intenzivnější kontakt určitého (uzavřeného) okruhu osob, tedy jedná se z hlediska bránění dalšímu šíření epidemie o aktivitu svou povahou zásadně odlišnou. Jak však výslovně uzavřel, uvedené „*již bez dalšího neplatí pro navrhovatelem zmiňovaný provoz restaurací (provozoven stravovacích služeb ve smyslu čl. I. bodu 3 mimořádného opatření).* Obecně je totiž nutno připustit, že návštěva provozovny stravovacích služeb se z hlediska své povahy (zejména délka a intenzita kontaktu určitého okruhu osob, kontakt provozovatele se zákazníkem/návštěvníkem či vzájemná komunikace osob apod.) od zasedání (voleb) orgánů právnických osob neliší tak výrazně, že by to samo o sobě odůvodňovalo odlišné stanovení povinností provozovatelům těchto činností. Přesto původní znění čl. I. bodu 3 mimořádného opatření, platné v době, kdy navrhovatel podal návrh, stanovilo z hlediska dodržení podmínek

pokračování

tzv. bezinfekčnosti (včetně jejího prokazování) povinnosti pouze zákazníkům. Provozovatel stravovacích služeb byl pouze povinen zajistit informování zákazníků o podmínkách a pravidlech vstupu (...) u vstupu a v provozovně [bod 3 písm. a) odst. viii)]. Tato povinnost je oproti povinnosti přímo kontrolovat tzv. bezinfekčnost kvalitativně zcela odlišná a z hlediska zásahu do práv provozovatele stravovacích služeb mnohem méně významná.“ Citovaný závěr je nepochybně na místě vztáhnout i na provoz kin, jehož se týká nynější návrh. Ani v případě kin totiž nelze dospět k závěru, že se jejich provoz z hlediska bránění před šířením epidemie nějak výrazně odlišuje od provozu restaurace v tom smyslu, že by to z povahy věci bylo dostatečné pro stanovení odlišných povinností provozovatelům kin na straně jedné a restaurací na straně druhé. Ostatně sám odpůrce ve vyjádření k návrhu v související věci sp. zn. 8 Ao 30/2021 dokonce popsal fungování kin tak, že „v kinosále se v aktuálním čase nachází řádově desítky lidí, kteří se vzájemně neznají, a většinou bez ochrany dýchacích cest konzumují“. Takto nahlíženo je možno uzavřít, že povaha provozu kina je provozu restaurace ještě mnohem bližší, než zasedání orgánů právnické osoby.

[28] K tomuto závěru NSS dospěl i přesto, že mimořádným opatřením ze dne 22. 10. 2021, č. j. MZDR 14601/2021-26/MIN/KAN, byl čl. I. bod 3 písm. b) mimořádného opatření, týkající se právě provozovatelů stravovacích služeb, změněn tak, že jim byla stanovena povinnost kontrolovat u zákazníků splnění podmínek bodu 16. V odůvodnění k této změně odpůrce uvedl: „Nově je pro provozovatele provozoven stravovacích služeb, hudebních, tanečních, herních a podobných společenských klubů a diskoték, heren a kasin v bodě I/3 písm. b) zavedena povinnost kontrolovat splnění podmínek podle bodu I/16 (negativní výsledek testu, dokončené očkování, prodělání nemoci) při vstupu zákazníka do provozovny, resp. před poskytnutím služeb a umožnit vstup (resp. poskytnout služby) pouze osobám, které splnění těchto podmínek prokáží. Tato povinnost uložená provozovateli přispěje k ochraně a podpoře veřejného zdraví a chrání třetí osoby nacházející se v provozovně spolu se zákazníkem, které oprávněně v dobré víře předpokládají a očekávají, že všechny osoby nacházející se v provozovně splnily povinnosti stanovené pro osoby přítomné v provozovně. Navíc tak dojde i k narovnání právních podmínek ve vztahu k ostatním oblastem činnosti (jejich provozovatelů nebo organizátorů), na které toto mimořádné opatření dopadá a jejichž výkon toto mimořádné opatření podmiňuje splněním obdobných povinností. Proto bylo přistoupeno k této změně, která však neznamená významný dopad na provoz těchto služeb, protože do této změny již byla v platnosti povinnost pro zákazníka vstoupit do uvedených provozoven pouze v případě, pokud je schopen prokázat splnění podmínek podle bodu I/16. Jde tedy pouze o zavedení kontroly již několik měsíců platné povinnosti.“ (důraz doplněn NSS) Tato změna sice odstranila rozdíly v povinnostech provozovatelů, na které navrhovatel poukazoval. Tím však nemohlo dojít *ex post* ke „zhojení“ nezákonnosti mimořádného opatření v napadené části, neboť tato pozdější změna nemá vliv na závěr, že návrh byl v uvedené části důvodný ke dni svého podání navrhovatelkou, a to i s ohledem na § 101b odst. 3 s. ř. s.: *Při přezkoumání opatření obecné povahy vychází soud ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době vydání opatření obecné povahy.* Navíc důvody, které pro změnu odpůrce uvedl, spíše potvrzují to, že si byl sám vědom neodůvodněných rozdílů mezi povinnostmi stanovenými různým skupinám provozovatelů a organizátorů.

[29] I v nyní projednávané věci platí, že jde-li o provozovatele kin (či jiných aktivit a činností dle bodu 12), odůvodnění mimořádného opatření stanovení sporné povinnosti nijak blíže nevysvětluje, a to ve své obecné části, ani v části (zvláštní) týkající se nyní napadeného bodu mimořádného opatření, kde se k této povinnosti uvádí pouze následující:

„Organizátorovi akce se pak stanovuje povinnost kontroly tohoto dokladu a nesmí umožnit vstup osobám, které tuto podmínku nesplňují.“

[30] Jak shora citovaný rozsudek č. j. 9 Ao 24/2021 - 90 dále upozornil, ohledně dané povinnosti odůvodnění mimořádného opatření nic neuvádí ani ve vztahu k jiným regulovaným činnostem, u nichž je obdobná povinnost provozovateli stanovena. Odůvodnění v této souvislosti neobsahuje ani odkaz na jiný zdroj, jako je tomu na některých místech mimořádného opatření. Zbývá dodat, že k otázce možné diskriminace navrhovatelky a předeštění důvodů, proč jí byla stanovena povinnost kontrolovat tzv. bezinfekčnost, zatímco jiným provozovatelům (zejména restauracím) nikoliv, odpůrce nic neuvedl ani ve vyjádření k návrhu. Judikatura již přitom připustila, že odpůrce může v rámci řízení před soudem ve vyjádření k návrhu dovysvětlit některé otázky neobsažené v odůvodnění mimořádného opatření (viz např. rozsudek NSS ze dne 2. 9. 2021, č. j. 9 Ao 13/2021 - 36).

[31] Jak dále Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 9 Ao 24/2021 - 90 zdůraznil, rozhodovací praxe tohoto soudu se již opakovaně zabývala požadavky na odůvodnění mimořádných opatření odpůrce a významu odůvodnění (srov. např. rozsudek ze dne 14. 4. 2021, č. j. 8 Ao 1/2021 - 133, č. 4187/2021 Sb. NSS). Výslovně pak zdůraznil, že *„jistě není třeba trvat na tom, aby odůvodnění mimořádného opatření vysvětlovalo ve všech detailech i dílčí aspekty přijaté regulace, stejně tak je představitelné, že vysvětlení přijatého řešení může plynout z kontextu dalšího odůvodnění, logiky dané regulace i z její samotné povahy. Nic z toho ovšem v nyní projednávané věci není naplněno. K tomu, aby se soud mohl věcně zabývat tím (a uzavřít), zda je důvodná námitka diskriminace navrhovatele, je třeba postavit najisto, zda je dáno (a odůvodněno) kritérium, na jehož základě odpůrce odlišuje postavení navrhovatele oproti jiným provozovatelům (jde-li o stanovení povinnosti kontrolovat tzv. bezinfekčnost). Existence takového kritéria a jeho dostatečné odůvodnění ze strany odpůrce (případně doplněného i v řízení před soudem) je pak předpokladem posouzení (ne)srovnatelnosti posuzovaných situací v rámci tzv. diskriminačního testu (srov. též např. již výše označený rozsudek zdejšího soudu ve věci sp. zn. 8 Ao 22/2021), a to zvláště v situacích, u nichž není na první pohled zřejmé, že nejsou stejné“*. I v nyní projednávané věci pak nezbyvá, než uzavřít, že tento předpoklad odpůrce nenaplnil a neučinil tak ani v základu, který by umožnil zákonnost dané regulace soudu přezkoumat, aniž by soud za odpůrce domýšlel důvody, které jej k přijetí takové regulace vedly. S ohledem na výše uvedené je tedy nutno uzavřít, že i nyní napadená část mimořádného opatření, která stanoví povinnost provozovatele (navrhovatelky) kontrolovat tzv. bezinfekčnost, nebyla dostatečně odůvodněna a jako taková byla v rozporu se zákonem [§ 101b odst. 4 s. ř. s. ve spojení s § 76 odst. 1 písm. a) s. ř. s.].

[32] V podrobnostech pak lze odkázat na odůvodnění výše již opakovaně citovaného rozsudku č. j. 9 Ao 24/2021 - 90, v němž soud stejně tak podrobně vypořádal i další námitky, jejichž podstata se shoduje i s dalšími námitkami navrhovatelky uplatněnými v nynější věci (včetně námitek zpochybňujících oprávnění odpůrce stanovit podmínku prokazovat tzv. bezinfekčnost, resp. povinnost soukromých osob splnění těchto podmínek ze strany návštěvníků kontrolovat). Vzhledem ke shledané nezákonnosti napadené části nyní přezkoumávaného mimořádného opatření by bylo opakování těchto závěrů nadbytečné.

pokračování

V. Závěr a náklady řízení

[33] Nejvyšší správní soud s ohledem na výše uvedené dospěl k závěru, že návrh bylo nutno v části odmítnout (výrok I.) jako podaný osobou zjevně neoprávněnou. V části, v níž bylo možné přistoupit k věcnému posouzení, však soud shledal návrh důvodným (výrok II.). Vzhledem ke zrušení mimořádného opatření v průběhu řízení a s ohledem na § 13 odst. 4 pandemického zákona tedy vyslovil, že mimořádné opatření bylo v rozporu se zákonem v čl. I. bodu 12 písm. d).

[34] Jde-li o náhradu nákladů řízení, v části, v níž byl návrh odmítnut, nemá žádný z účastníků právo na náhradu nákladů řízení (§ 60 odst. 3 s. ř. s.). V případě zbývajících částí opatření, k jejímuž přezkumu soud přistoupil, byla navrhovatelka v podstatě věci úspěšná (srov. obdobné závěry již citovaného rozsudku č. j. 9 Ao 20/2021 - 59). V takovém případě je jí odpůrce povinen dle § 60 odst. 1 s. ř. s. nahradit náhradu nákladů řízení před soudem. Náhrada nákladů řízení zahrnuje zaplacený soudní poplatek za návrh ve výši 5 000 Kč, odměnu advokáta a náhradu hotových výdajů. Odměna advokáta zahrnuje tři úkony právní služby spočívající v přípravě a převzetí zastoupení, sepisu návrhu a sepisu repliky (§ 11 odst. 1 písm. a) a d) vyhlášky č. 177/1996 Sb., o odměnách advokátů a náhradách advokátů za poskytování právních služeb (advokátní tarif). Nejvyšší správní soud naopak neuznal jako úkon doplnění repliky ze dne 31. 1. 2022, neboť to pouze upozorňuje na předešlý rozsudek NSS, který je soudu znám z jeho vlastní činnosti, a jde tedy o úkon fakticky zbytečný. Odměna advokáta tak činí 9 300 Kč (§ 7 ve spojení s § 9 odst. 4 písm. d) advokátního tarifu]. Náhrada hotových výdajů je stanovena paušální částkou ve výši 300 Kč za každý úkon právní služby (§ 13 odst. 4 advokátního tarifu), tedy činí celkem 900 Kč. Odměna a náhrada se pak zvyšují o 21% sazbu DPH, tj. o 2 142 Kč, a v celkovém souhrnu tak činí 12 342 Kč. Náklady řízení navrhovatelky před Nejvyšším správním soudem tak činí celkem 17 342 Kč.

[35] Osoba zúčastněná na řízení nemá právo náhradu nákladů řízení, neboť jí soud neuložil žádnou povinnost (§ 60 odst. 5 s. ř. s.).

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

V Brně dne 3. února 2022

JUDr. Pavel Molek
předseda senátu