



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedkyně Jitky Zavřelové a soudců Petra Mikeše a Milana Podhrázkého v právní věci navrhovatele: **Mgr. P. M.**, zastoupený JUDr. Petrem Novotným, advokátem se sídlem Jugoslávských partyzánů 1599/31, Praha 6, proti odpůrci: **Ministerstvo zdravotnictví**, se sídlem Palackého náměstí 375/4, Praha 2, o návrhu na zrušení opatření obecné povahy odpůrce ze dne 22. 10. 2021, čj. MZDR 47828/2020-30/MIN/KAN,

t a k t o :

- I. Návrh **se** v části týkající se čl. II, čl. IV a čl. V opatření obecné povahy odpůrce ze dne 22. 10. 2021, čj. MZDR 47828/2020-30/MIN/KAN, **o d m í t á .**
- II. Opatření obecné povahy odpůrce ze dne 22. 10. 2021, čj. MZDR 47828/2020-30/MIN/KAN, **by lo** v části čl. I a čl. III **ve slovech „I nebo“ v rozporu se zákonem .**
- III. Ve zbývajících částí **se** návrh **z a m í t á .**
- IV. Odpůrce **je p o v i n e n** zaplatit navrhovateli náhradu nákladů řízení ve výši **17 342 Kč**, a to do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám jeho zástupce JUDr. Petra Novotného, advokáta.

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci

[1] Navrhovatel se návrhem na zrušení opatření obecné povahy domáhal zrušení mimořádného opatření odpůrce z 22. 10. 2021, čj. MZDR 47828/2020-30/MIN/KAN (dále jen „mimořádné opatření“). Eventuálně navrhl, aby soud vyslovil nezákonnost mimořádného opatření, a to za předpokladu, že bude v průběhu řízení zrušeno.

Pro případ, že soud dospěje k závěru, že pro odstranění tvrzené nezákonnosti mimořádného opatření postačí zrušit jen některé jeho části, navrhl, aby soud zrušil, případně vyslovil nezákonnost, čl. I odst. 1 písm. a) ve slovech „*uvedených v čl. III*“, čl. I odst. 2 ve slovech „*uvedených v čl. III*“, čl. II písm. a) ve slovech „*uvedených v čl. III*“ a čl. III mimořádného opatření.

[2] Mimořádné opatření bylo vydáno s odkazem na § 80 odst. 1 písm. g) a § 69 odst. 1 písm. i) a odst. 2 zákona č. 258/2000 Sb., o ochraně veřejného zdraví a o změně některých souvisejících zákonů (dále jen „zákon o ochraně veřejného zdraví“). S účinností od 1. 11. 2021 stanovilo podmínky, za nichž měly osoby přístup k vyšetření na stanovení přítomnosti viru SARS-CoV-2 nebo jeho antigenu hrazenému z veřejného zdravotního pojištění bez indikace lékařem či orgánem veřejného zdraví (dále „hrazené testování“). Konkrétně v čl. I nařídilo poskytovatelům zdravotních a sociálních služeb, aby na žádost osob účastnících se veřejného zdravotního pojištění v ČR a spadajících do některé z kategorií definovaných v čl. III mimořádného opatření prováděli vyšetření na stanovení přítomnosti antigenu viru SARS-CoV-2 pomocí RAT antigenních testů (nejvýše jednou za 7 dnů) a na stanovení přítomnosti viru SARS-CoV-2 pomocí RT-PCR testu (nejvýše dvakrát v kalendářním měsíci). V čl. II mimořádného opatření bylo poskytovatelům sociálních služeb nařízeno testování zaměstnanců těchto poskytovatelů a uživatelů sociálních služeb, případně některých dalších osob v souvislosti s poskytováním sociálních služeb, spadajících do některé z kategorií definovaných v čl. III mimořádného opatření. Oprávněnými osobami podle čl. III mimořádného opatření byly a) osoby do dovršení 18 let věku; b) osoby, které se pro kontraindikaci nemohly podrobit očkování proti onemocnění covid-19; a c) osoby očkované proti onemocnění covid-19 alespoň jednou dávkou očkovací látky [pozn. NSS: pokud se dále v tomto rozsudku hovoří o „neočkovaných osobách“ bez dalšího upřesnění, mají se tím pro zjednodušení na mysli jen ty neočkované osoby, které nelze zařadit do kategorie osob do dovršení 18 let věku ani do kategorie osob s kontraindikacemi pro očkování]. V čl. IV a čl. V mimořádného opatření byla upravena oznamovací povinnost osob s pozitivním výsledkem testu a ohlašovací povinnost poskytovatelů zdravotních a sociálních služeb. Článek VI mimořádného opatření stanovil, že se toto opatření považuje za opatření proti infekčním onemocněním podle § 30 odst. 1 zákona č. 48/1997 Sb., o veřejném zdravotním pojištění a o změně a doplnění některých souvisejících zákonů, a čl. VII s účinností od 1. 11. 2021 zrušil mimořádné opatření z 28. 5. 2021, čj. MZDR 47828/2020-29/MIN/KAN.

[3] Navrhovatel týmž podáním napadl i mimořádné opatření odpůrce z 27. 9. 2021, čj. MZDR 14601/2021-25/MIN/KAN (dále jen „mimořádné opatření o maloobchodu“). Tento návrh Nejvyšší správní soud v souladu s rozvrhem práce projednal samostatně pod sp. zn. 9 Ao 41/2021 a rozhodl o něm rozsudkem z 3. 3. 2022, čj. 9 Ao 41/2021-38. V následující rekapitulaci návrhu jsou zahrnuty jen ty jeho části, které se věcně vztahují k nyní přezkoumávanému mimořádnému opatření.

[4] Přezkoumávané mimořádné opatření bylo s účinností od 22. 11. 2021 zrušeno mimořádným opatřením odpůrce z 18. 11. 2021, čj. MZDR 47828/2020-31/MIN/KAN.

II. Podstatný obsah návrhu na zrušení mimořádného opatření, vyjádření odpůrce a repliky navrhovatele

pokračování

[5] **Navrhovatel** namítá, že mimořádné opatření nesleduje účel odpovídající pravomoci odpůrce podle zákona o ochraně veřejného zdraví (tj. předcházení vzniku a šíření infekčních onemocnění). Mimořádné opatření není pro sledovaný účel vhodné, neboť nepovede ke zlepšení průběhu epidemie onemocnění covid-19. Pokud jsou neočkované osoby nuceny hradit si preventivní testy samy, sníží se jejich zájem o testování, což povede k úbytku testovaných osob a tím i ke snížení kvality dostupných informací o ohniscích nákazy oproti předchozímu stavu, kdy bylo testování hrazeno všem pojištěncům. Naopak hrazení testů osobám očkovaným nedává smysl, neboť ani u nich nelze zájem o preventivní testování předpokládat (nepotřebují průkaz negativního výsledku testu k využívání některých služeb).

[6] Skutečným účelem mimořádného opatření je tlak na obyvatelstvo, aby podstoupilo očkování. I když očkování formálně není povinné, fakticky povinné je. Odpůrce vymáhá implicitní povinnost očkování nepřímou tím, že neočkovaným osobám z mocenské pozice vytváří ekonomické a praktické překážky, které může většina osob jen těžko překonávat a které po očkování odpadnou. Neočkované osoby jsou mimořádnými opatřeními diskriminovány a výrazně omezovány na společenském životě, takže je podstoupení očkování prakticky povinné, pokud tyto osoby nechtějí zůstat občany „druhé kategorie“ nebo přijít o podstatnou část svých příjmů, které budou muset vynakládat na téměř každodenní testování. Skutečnost, že očkování proti onemocnění covid-19 je fakticky povinné, je v rozporu se zásadou předběžné opatrnosti (u vakcín proti onemocnění covid-19 neproběhly všechny jinak vyžadované fáze klinických studií) a je nepřiměřeným zásahem do práva osob svobodně rozhodovat o své tělesné integritě.

[7] Nyní napadené mimořádné opatření a mimořádné opatření o maloobchodu nejsou logicky konzistentní. V mimořádném opatření o maloobchodu odpůrce předpokládá, že očkované osoby jsou bez dalšího „bezinfekční“, a mohou tedy mít přístup ke službám bez nutnosti předložit negativní výsledek testu. V rozporu s tím však podle nyní napadeného mimořádného opatření již očkované osoby za „bezinfekční“ považovány nejsou, neboť je jim zachován nárok na hrazené testování.

[8] Obsah mimořádného opatření je v rozporu s jeho odůvodněním, podle něhož „je nezbytné zajistit úhradu pouze pro takové řešení, které je z hlediska cíle, jehož má být dosaženo, považováno za nejefektivnější z hlediska vynaložených finančních prostředků“. Na základě čl. III písm. c) mimořádného opatření totiž bude i nadále hrazeno testování očkovaným osobám, tj. zhruba dvou třetinám pojištěnců, a to v dosavadním rozsahu (tj. při nákladech až 2 453 Kč měsíčně), ačkoli na tyto osoby již byly vynaloženy náklady ve výši 1 600 Kč (resp. 800 Kč) za očkování. Veřejné prostředky tedy přestávají být vynakládány pouze na testování osob neočkovaných, tj. pouze na cca 30 % pojištěnců.

[9] Mimořádné opatření – samo o sobě, jakož i ve spojení s mimořádným opatřením o maloobchodu – bez dostatečně prokázaných důvodů výrazně diskriminuje navrhovatele jako osobu dosud neočkovanou oproti osobám očkovaným tím, že mu zamezuje přístup k hrazenému testování, což je v rozporu s čl. 1 odst. 1 Ústavy České republiky a čl. 3 odst. 1 a čl. 4 odst. 3 Listiny základních práv a svobod.

[10] **Odpůrce** ve svém vyjádření k návrhu na zrušení mimořádného opatření navrhuje, aby soud návrh odmítl pro nedostatek aktivní procesní legitimace navrhovatele.

Navrhovatel neuvádí, jakým způsobem mimořádné opatření zasahuje do jeho veřejných subjektivních práv. Mimořádné opatření ukládá povinnosti především poskytovatelům zdravotních a sociálních služeb, přičemž k jediné výjimce týkající se testovaných osob (čl. IV mimořádného opatření) navrhovatel nic neuvádí.

[11] Soud má být při posuzování přiměřenosti opatření obecné povahy zdrženlivý (rozsudek NSS z 29. 3. 2011, čj. 6 Ao 7/2010-73). Odpůrce nařizuje mimořádná opatření na základě dostupných znalostí a při vědomí, že tyto znalosti nejsou dostatečné a přesné. Nelze čekat na to, až bude prokázáno a doloženo, zda je jedno opatření lepší než jiné. Odpůrce preferuje ochranu života a zdraví osob při současné snaze o co nejmenší omezení chodu společnosti. V případě nejasnosti o šíření či vlastnostech viru SARS-CoV-2 nelze spoléhat na to, že nastane optimističtější varianta. Přiměřenost opatření odpůrce posuzuje tak, že zhodnotí současný stav šíření onemocnění covid-19 a na základě dostupných skutečností a při zohlednění dostupných vědeckých znalostí odhadne riziko šíření tohoto onemocnění pro zdraví a životy osob. Při volbě vhodných opatření volí ta opatření, která co nejvíce zpomalují šíření viru a zároveň nejméně dopadají na obyvatelstvo a práva osob.

[12] Rozdílný přístup u neočkovaných a očkovaných osob má racionální základ. Očkování vytváří v organismu osoby nepříznivé podmínky pro replikaci viru. V případě, že je očkovaná osoba virem infikována, dojde u ní díky očkování ke snížení pravděpodobnosti vzniku mutací, které jsou více přenositelné na další osoby. Pokud se v mimořádném opatření objevuje terminologie „bezinfekční“ ve vztahu k řádně očkovaným osobám, je tím míněn především stav, za jakého možnost přenosu viru SARS-CoV-2 od plně očkované osoby na ostatní klesá z výše uvedených důvodů tak významně, že u plně očkovaných osob lze od povinného testování ustoupit. Pokud jde o námitku zneužití pravomoci, primárním účelem vydávaných opatření je omezit šíření onemocnění covid-19. To, že dalším z cílů mimořádného opatření je zároveň motivace dosud neočkovaných osob k očkování, nelze považovat za zneužití pravomoci. Očkování je totiž nejefektivnějším preventivním protiepidemickým opatřením, a proto motivace k očkování vede k těmto cílům, kterým je snížení rizika přenosu viru.

[13] **Navrhovatel** v replice předně trvá na tom, že má aktivní procesní legitimaci. Systém preventivního testování, jehož rámec je stanoven nyní napadeným mimořádným opatřením, plní dvě funkce: jednak v návaznosti na mimořádné opatření o maloobchodu stanoví rámec pro přístup občanů ke splnění jedné z podmínek „bezinfekčnosti“, jednak umožňuje občanům preventivně se testovat i bez vztahu k maloobchodu, např. před setkáním s dalšími lidmi. V obou případech je nyní napadené mimořádné opatření způsobilé zasáhnout do navrhovatelových práv. I bez přihlédnutí k jeho vztahu k mimořádnému opatření o maloobchodu totiž obecně vymezuje přístup pojištěnců k hrazenému testování. S navrhovatelem zachází oproti očkovaným osobám nerovným způsobem a zamezuje mu v přístupu ke zdravotní službě hrazené z veřejného zdravotního pojištění. Pokud jde o odkaz odpůrce na rozsudek NSS z 29. 3. 2011, čj. 6 Ao 7/2010-73, jednou z hlavních námitek navrhovatele je nepřípustná diskriminace, kterou podle daného rozsudku soud při přezkumu opatření obecné povahy vždy postihuje.

III. Posouzení Nejvyšším správním soudem

III. a) Aktivní procesní legitimace navrhovatele

pokračování

[14] Nejvyšší správní soud se předně zabýval tím, zda je navrhovatel aktivně procesně legitimován k podání návrhu.

[15] Podle § 101a odst. 1 věty první s. ř. s. je *návrh na zrušení opatření obecné povahy nebo jeho částí 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*“ (usnesení rozšířeného senátu NSS z 21. 7. 2009, čj. 1 Ao 1/2009-120, č. 1910/2009 Sb. NSS, bod 34; ve vztahu k mimořádným opatřením srov. rozsudek NSS ze 14. 4. 2021, čj. 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 (srov. usnesení rozšířeného senátu NSS čj. 1 Ao 1/2009-120, bod 34).

[16] 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 na bázi *actio popularis* zákon nepřipouští. Proto nestačí, tvrdí-li navrhovatel, že je opatření obecné povahy nezákonné, aniž současně tvrdí, že se tato nezákonnost dotýká jeho subjektivních práv (srov. usnesení rozšířeného senátu NSS čj. 1 Ao 1/2009-120, zejm. body 31, 36 a 41).

[17] Navrhovatel ke své aktivní procesní legitimaci uvedl, že není očkovan proti onemocnění covid-19 (což i doložil), pravidelně však využívá některé služby vyžadující průkaz tzv. bezinfekčnosti, k čemuž příkladem uvedl stravovací podniky, bazény a kulturní podniky. Byl zkrácen na právu na rozhodování o své tělesné integritě a právu na rovné zacházení. Dosud využíval hrazené testování za účelem přijímání služeb i k prevenci šíření nákazy před setkáním s jinými lidmi. Současně uvedl, že „*nepovažuje za nutné tyto skutečnosti soudu prokazovat, neboť podle něj vyplývá jeho aktivní legitimace již z toho, že obě napadená opatření se vztahují na všechny osoby nacházející se na území České republiky a všechny neočkované osoby tak postihuje výše popsáním způsobem*“.

[18] Mimořádné opatření v čl. VI stanovilo, že se toto opatření pro účely zákona č. 48/1997 Sb., o veřejném zdravotním pojištění a o změně a doplnění některých souvisejících zákonů, považuje za opatření proti infekčním onemocněním podle § 30 odst. 1 tohoto zákona. V důsledku toho bylo testování na přítomnost onemocnění covid-19, vymezené v čl. I a čl. II mimořádného opatření, zařazeno mezi služby hrazené z veřejného zdravotního pojištění. V dalších ustanoveních mimořádného opatření byly určeny podmínky, za nichž je hrazené testování prováděno. Konkrétně čl. III písm. c) mimořádného nařízení stanovil, že osobami, kterým se na jejich žádost hrazené testování provádí, jsou *osoby očkované proti onemocnění covid-19 alespoň jednou dávkou očkovací látky; tuto skutečnost jsou povinny poskytovateli zdravotních nebo sociálních služeb, který provádí vyšetření, prokázat*.

[19] Navrhovatel spatřuje diskriminační zacházení v tom, že byl nucen jako neočkovaná osoba z vlastních prostředků platit testy za účelem využívání některých služeb i za jinými účely, ačkoli jiná srovnatelná skupina osob (tj. osoby očkované) tuto povinnost neměla,

neboť se pro ně jednalo o službu hrazenou z veřejného zdravotního pojištění. Proto je aktivně procesně legitimován k napadení čl. I ve spojení s čl. III a čl. VI mimořádného opatření, neboť logicky konsekvantně a myslitelně tvrdí, že patří do skupiny diskriminované napadenou částí mimořádného opatření, což postačuje pro závěr o jeho aktivní legitimaci v této části návrhu (srov. rozsudky NSS z 30. 6. 2021, čj. 6 Ao 21/2021-23, č. 4240/2021 Sb. NSS, body 8 a 9, a z 2. 9. 2021, čj. 9 Ao 13/2021-36, bod 9).

[20] Naopak navrhovatel není aktivně procesně legitimován k napadení čl. II mimořádného opatření, který se vztahuje výlučně na testování zaměstnanců poskytovatelů sociálních služeb a uživatelů sociálních služeb, případně některých dalších osob v souvislosti s poskytováním sociálních služeb. Navrhovatel neuvedl žádná tvrzení, z nichž by vyplývalo, že byl jednou z právě zmíněných osob či měl cokoli společného s poskytováním sociálních služeb. Nelze tedy mít za to, že by logicky konsekvantně a myslitelně tvrdil, že se čl. II mimořádného opatření dotýkal jeho právní sféry.

[21] Tvrzení navrhovatele neosvědčují ani aktivní procesní legitimaci k napadení čl. IV (oznamovací povinnost testovaných osob s pozitivním výsledkem) a čl. V (ohlašovací povinnost poskytovatelů zdravotních a sociálních služeb) mimořádného opatření, neboť navrhovatelova argumentace postrádá jakoukoli vazbu k pravidlům stanoveným v těchto ustanoveních.

[22] Nejvyšší správní soud k tomu dodává, že neobstojí navrhovatelův právní názor, podle něhož aktivní procesní legitimaci nemusí dokazovat a postačuje, že na něj mimořádné opatření dopadá stejně jako na ostatní neočkované osoby na území ČR. Jak dosvědčuje již bohatá judikatura, Nejvyšší správní soud nepřipouští natolik extenzivní pojetí aktivní legitimace k podání návrhu na zrušení opatření obecné povahy, které by např. umožňovalo napadnout omezení poskytování určité služby každému potenciálnímu zákazníkovi (odběrateli) této služby (jakékoliv, kdekoliv a kdykoliv), který netvrdí, kdy a jak bylo do jeho práv zasaženo, a pouze odkazuje na to, že mimořádné opatření dopadá do jeho každodenního života a jeho důsledkům se nemůže vyhnout (srov. např. rozsudek NSS z 21. 5. 2021, čj. 6 Ao 22/2021-44, č. 4272/2022 Sb. NSS, bod 20, rozsudek NSS z 29. 7. 2021, čj. 1 Ao 9/2021-90, bod 32, nebo usnesení NSS ze 17. 9. 2021, čj. 8 Ao 23/2021-51, bod 5).

III. b) Věcné posouzení

[23] Nejvyšší správní soud předesílá, že předmět řízení je v projednávané věci vymezen těmi z námitek navrhovatele, které se věcně vztahují k nyní přezkoumávanému mimořádnému opatření (srov. bod [3] tohoto rozsudku).

[24] Jedna z těchto námitek spočívá v tom, že mimořádné opatření diskriminovalo navrhovatele jako nenačkovanou osobu oproti osobám očkovaným tím, že mu zamezilo přístup k hrazenému testování.

[25] Tato námitka je důvodná.

[26] Nejvyšší správní soud se při přezkumu mimořádných opatření odpůrce opakovaně věnoval srovnávání různě vymezených kategorií osob z hlediska úpravy ve větší či menší

pokračování

míře obdobné čl. III písm. c) ve spojení s čl. I a čl. VI mimořádného opatření. Podle čl. 1 odst. 1 Listiny základních práv a svobod (dále jen „Listina“) jsou lidé *svobodní a rovní v důstojnosti i v právech*. Jde o jeden ze základních principů demokratického právního státu, jak jej chápe čl. 1 odst. 1 Ústavy. Rovnost v právech neznamená, že by každému muselo být přiznáno jakékoli právo, avšak z postulátu rovnosti vyplývá požadavek, aby právo bezdůvodně nezvýhodňovalo ani neznevýhodňovalo jedny před druhými (srov. nález Ústavního soudu z 30. 4. 2002, sp. zn. Pl. ÚS 18/01). Pro posouzení, zda čl. III písm. c) ve spojení s čl. I a čl. VI mimořádného opatření nezakládá v rozporu s čl. 1 Listiny nerovné podmínky pro osoby, které nejsou očkované, je třeba zkoumat „(1) *zda jde o různé subjekty, které se nacházejí ve stejné nebo srovnatelné situaci*, (2) *zda je s nimi zacházeno rozdílným způsobem*, (3) *zda je odlišné zacházení dotčenému jednotlivci nebo skupině k tíži* a (4) *zda takové zacházení není projevem libovůle, tedy zda má legitimní cíl a napadená zákonná ustanovení jsou s to jej dosáhnout*“ (nález Ústavního soudu z 22. 1. 2019, sp. zn. Pl. ÚS 32/17, bod 69).

[27] Pro posouzení srovnatelnosti (první krok) je významné, že „[u]važovat v kategorii rovnosti lze pouze v relaci mezi nejméně dvěma subjekty ve stejném, resp. srovnatelném postavení ... Zatímco zpravidla není těžké stanovit, zda právní úprava zachází se dvěma situacemi rozdílně nebo stejně, zcela klíčovým krokem pro aplikaci všeobecné zásady rovnosti je stanovit, zda jsou dvě situace, s nimiž právo zachází odlišně, vskutku srovnatelné, tedy zda jsou relevantně podobné“ (nález Ústavního soudu z 20. 11. 2007, sp. zn. Pl. ÚS 50/06, bod 19; srov. také nález Ústavního soudu z 28. 3. 2006, sp. zn. Pl. ÚS 42/03, bod 57). Toto posouzení se musí podle citované judikatury Ústavního soudu dále opírat o kritérium relevance, jež v sobě zahrnuje hodnotový úsudek, který předpokládá pochopení smyslu a účelu přezkoumávané úpravy. I podle judikatury Evropského soudu pro lidská práva (dále „ESLP“) musí být prvky, které charakterizují odlišnosti a srovnatelnosti určitých situací, posuzovány s ohledem na předmět a účel opatření, jež zakládá namítané rozdílné zacházení (srov. rozsudek velkého senátu ESLP z 5. 7. 2017, *Fábián proti Maďarsku*, stížnost č. 78117/13, bod 121). Jinak řečeno pro účely nyní projednávané věci jde o posouzení toho, zda se z hlediska předmětu úpravy mimořádného opatření jedná v případě níže vymezených skupin osob o postavení stejné či srovnatelné, nebo nikoliv. Pokud by se totiž jednalo o nestejně zacházení s nestejnými skupinami osob, nemohla by být námitka diskriminace důvodná (rozsudek NSS z 2. 2. 2022, čj. 8 Ao 2/2022-53, bod 72).

[28] Pokud jde o ospravedlnění rozdílného zacházení (čtvrtý krok) v takových případech, jako je ten nyní projednávaný, v nichž není důvodem rozlišení chráněná charakteristika uvedená či odvoditelná z čl. 3 odst. 1 Listiny (srov. nález Ústavního soudu z 28. 6. 2016, sp. zn. Pl. ÚS 18/15, body 101–103), je třeba zkoumat, zda je rozdílné zacházení v nějakém racionálním vztahu k účelu právní úpravy, tj. může-li nějakým způsobem dosažení tohoto účelu ovlivnit či k jeho dosažení přispět (nálezy Ústavního soudu z 18. 8. 2004, sp. zn. Pl. ÚS 7/03, z 23. 3. 2010, sp. zn. Pl. ÚS 8/07, bod 86, nebo z 18. 5. 2021, sp. zn. Pl. ÚS 87/20, bod 106).

[29] Pokud jde o první krok testu vymezeného v bodě [26] tohoto rozsudku, Nejvyšší správní soud má za to, že se očkované a neočkované osoby z hlediska přezkoumávané úpravy fakticky nacházely ve srovnatelné situaci.

[30] Pro toto posouzení je nejprve třeba vymezit předmět a smysl přezkoumávané úpravy – tj. předmět a smysl čl. III písm. c) ve spojení s čl. I a čl. VI mimořádného opatření – vůči nimž je nutno srovnatelnost postavení očkovaných a neočkovaných osob posuzovat. Předmětem a smyslem těchto ustanovení bylo stanovit, že osoby očkované alespoň jednou dávkou očkovací látky mají za stanovených podmínek nárok na testování na přítomnost onemocnění covid-19 hrazené z veřejného zdravotního pojištění ve smyslu § 30 odst. 1 zákona o veřejném zdravotním pojištění. V projednávané věci jsou tedy pro účely posouzení tvrzené diskriminace relevantní skupinou osoby, které se účastní veřejného zdravotního pojištění a chtějí se z nějakého důvodu nechat testovat bez indikace lékařem nebo orgánem veřejného zdraví. Jinak řečeno je nutno srovnávat postavení očkovaných osob s postavením osob neočkovaných z *hlediska vymezení podmínek pro hrazené testování*.

[31] V této souvislosti soud nejprve podotýká, že pojem „osoby očkované alespoň jednou dávkou očkovací látky“ ve smyslu čl. III písm. c) mimořádného opatření zahrnoval zaprvé osoby „rozočkované“, tj. osoby bez dokončeného očkovacího schématu, a zadruhé osoby plně očkované. Z hlediska motivů testování u rozočkovaných osob přicházelo v úvahu testování za účelem přístupu ke službám vyžadujícím průkaz tzv. bezinfekčnosti (podle mimořádného opatření o maloobchodu byla totiž očkovaná osoba považována za tzv. bezinfekční až po uplynutí 14 dnů od dokončeného očkovacího schématu). Jak u rozočkovaných osob, tak u těch plně očkovaných pak přicházelo v úvahu např. testování za účelem cesty do zahraničí (které mohlo být vyžadováno bez ohledu na očkovací status) či testování z důvodu komfortu, ať už praktického (testování v případě nastupujících příznaků bez nutnosti obstarat si indikaci u lékaře), nebo mentálního (testování před setkáním se zranitelnou osobou nebo před účastí na takové společenské akci, u níž se nevyžadoval průkaz tzv. bezinfekčnosti). Odůvodnění mimořádného opatření v této souvislosti uvádí „*podezření na onemocnění covid-19 bez výskytu klinických obtíží charakteristických pro tuto infekci, cesta do zahraničí apod.*“.

[32] V těchto typových situacích jsou z hlediska vymezení podmínek pro hrazené testování neočkované osoby ve fakticky srovnatelném postavení jak s osobami rozočkovanými, tak s osobami plně naočkovanými: účastní se systému veřejného zdravotního pojištění, mohou chtít podstoupit test se stejnými motivy a pozitivní či negativní výsledek testu má pro ně stejné následky. Z hlediska samotného vymezení podmínek pro hrazené testování se postavení očkovaných a neočkovaných osob nijak lékařsky či epidemiologicky neliší. Lze dodat, že z těchto důvodů nelze na projednávanou věc vztáhnout závěry rozsudku NSS čj. 8 Ao 2/2022-53, v němž soud při posuzování tvrzené diskriminace mezi očkovanými a neočkovanými osobami *ve vztahu k nemožnosti neočkovaných osob prokázat tzv. bezinfekčnost prostřednictvím PCR testu* shledal, že postavení neočkovaných osob bez prodělaného onemocnění není z lékařských a epidemiologických důvodů srovnatelné s postavením očkovaných osob a osob s prodělaným onemocněním.

[33] Žádný důvod hovořící pro nesrovnatelnost postavení očkovaných a neočkovaných osob z *hlediska vymezení podmínek pro hrazené testování* ostatně neuvádí ani odpůrce. Takovým důvodem nemůže být jen to, že chce odpůrce z určitých (byť i legitimních) důvodů preferovat jednu skupinu před jinou, tj. že by nesrovnatelnost postavení založil samotným svým rozhodnutím.

pokračování

[34] S ohledem na výše uvedené úvahy dospěl Nejvyšší správní soud k závěru, že očkované a neočkované osoby jsou z hlediska vymezení podmínek pro hrazené testování ve srovnatelném postavení.

[35] O splnění druhého a třetího kritéria v rámci testu vymezeného v bodě [26] tohoto rozsudku, tj. zda bylo s očkovanými a neočkovanými osobami při vymezení podmínek pro hrazené testování zacházeno rozdílným způsobem a zda bylo toto rozdílné zacházení neočkovaným osobám k tíži, nemá soud pochybnosti. Rozdílné zacházení spočívalo v tom, že očkované osoby měly nárok na jeden hrazený antigenní test za týden a dva hrazené testy PCR za měsíc, zatímco neočkované osoby neměly nárok na žádný hrazený test. Toto rozdílné zacházení bylo neočkovaným osobám k tíži, neboť jim byla odepřena výhoda přiznaná osobám očkovaným (srov. přiměřeně např. nálezy Ústavního soudu z 10. 7. 2014, sp. zn. Pl. ÚS 31/13, body 49–53, v němž šlo o nepřiznání daňové výhody určité skupině poplatníků). Sám odpůrce uvádí, že úhrady testů z veřejného zdravotního pojištění činily 201 Kč u antigenního testu a 724 Kč u testu PCR a je obecně známo, že ceny pořízení testu mimo systém veřejného zdravotního pojištění byly reálně vyšší, tedy pro většinu lidí nikoli zanedbatelné.

[36] Pokud jde o čtvrtý krok daného testu, tj. zda rozdílné zacházení mezi očkovanými a neočkovanými osobami z hlediska vymezení podmínek pro hrazené testování není projevem libovůle, tedy zda má legitimní cíl a napadená ustanovení jsou s to jej dosáhnout, Nejvyšší správní soud musí vycházet z toho, co vyplývá z mimořádného opatření a jeho odůvodnění, a dále z toho, co odpůrce uvedl v řízení. Soudu nepřísluší, aby za odpůrce domýšlel důvody, které jej k založení přezkoumávaného rozdílného zacházení vedly (srov. např. rozsudek NSS čj. 6 Ao 21/2021-23, bod 21).

[37] Soud proto považuje za vhodné nejprve popsat relevantní obsah mimořádného opatření a jeho odůvodnění. V úvodním odstavci mimořádného opatření se uvádí, že je mimořádné opatření přijato „*k ochraně obyvatelstva a prevenci nebezpečí vzniku a rozšíření onemocnění COVID-19 způsobeného novým koronavirem SARS-CoV-2*“. Odůvodnění mimořádného opatření nejprve připomíná potřebu vyžadovat při mnoha činnostech veřejného života doklad tzv. bezinfekčnosti, přičemž existuje několik způsobů, kterými lze tzv. bezinfekčnost prokázat, včetně negativního výsledku testu na přítomnost onemocnění covid-19. Dále se uvádí, že „*očkování schválenými očkovacími látkami je z hlediska efektivního nakládání s veřejnými prostředky zdravotního pojištění jednoznačně preferovanou variantou, která by za standardní situace byla bezpochyby realizována*“. Je vysloven závěr, podle něhož „*je nezbytné zajistit úhradu pouze pro takové řešení, které je z hlediska cíle, jehož má být dosaženo, považováno za nejefektivnější z hlediska vynaložených finančních prostředků. Při porovnání nákladů na očkování a testování je přitom takovým řešením právě očkování a pro pokračování v úhradě plošného testování bez indikace ošetřujícím lékařem ... již v současné době není žádný důvod. To neplatí pro skupiny obyvatelstva, které nemají objektivní možnost očkování podstoupit*“. Jsou vysvětleny epidemiologické přínosy očkování (pokud se naočkovaná osoba setká s infekční osobou, je riziko nákazy výrazně nižší ve srovnání s neočkovanou osobou, která onemocnění dosud ani neprodělala; v případě nákazy mohou očkované osoby vykazovat nižší virovou nálož a současně zkrácenou dobu vylučování viru). Podle odůvodnění je „*nejefektivnějším preventivním protiepidemickým opatření při zvládnutí epidemie ... co nejvyšší míra proočkovanosti dané populace a dosažení tzv. kolektivní imunity*“, v současnosti má ČR k dispozici dostatek očkovacích látek, očkování

je plně hrazeno z veřejného zdravotního pojištění a „[j]edním z cílů tohoto mimořádného opatření je tak i motivace dosud neočkovaných osob k vakcinaci“. Odůvodnění uzavírá, že „[z] těchto důvodů se oproti stávajícímu mimořádnému opatření zužuje okruh osob, které mají na bezplatné preventivní testování hrazené z veřejného zdravotního pojištění i nadále nárok“. Zbytek odůvodnění se zabývá specifickou situací osob s kontraindikacemi a osob mladších 18 let. Kromě toho ještě bez dalšího rozvedení popisuje obsah mimořádného opatření tak, že hrazené testování je dále stanoveno „i pro tzv. ‚rozočkové‘, popř. naočkované osoby, které se zatím z objektivních důvodů nemohou prokázat dokončeným očkováním nebo provedení testu je pro ně potřebné (podezření na onemocnění covid-19 bez výskytu klinických obtíží charakteristických pro tuto infekci, cesta do zahraničí apod.)“.

[38] Odpůrce ve vyjádření k návrhu zdůraznil, že „primárním účelem vydávaných opatření je omezit šíření onemocnění COVID-19“. Argumentaci ohledně rozlišování mezi očkovanými a neočkovanými osobami pak vedl čistě v rovině epidemiologické k ospravedlnění závěru, podle něhož není nutno od očkovaných osob vyžadovat za účelem přístupu k některým službám negativní výsledek testu.

[39] S ohledem na výše uvedené soud vychází z toho, že primárním cílem mimořádného opatření bylo omezit šíření onemocnění covid-19; dalším (druhotným) cílem byla motivace dosud neočkovaných osob k očkování jako epidemiologicky a ekonomicky nejefektivnějšího nástroje pro omezování šíření onemocnění covid-19. Vzhledem k tomu, že ze znění mimořádného opatření ani z jeho odůvodnění nelze dovodit žádný jiný cíl, který by konkrétně odůvodňoval rozdílné zacházení mezi očkovanými a neočkovanými osobami z hlediska vymezení podmínek pro hrazené testování, je třeba vůči právě uvedeným cílům posuzovat také to, zda nebylo dané rozdílné zacházení projevem libovůle, a tedy v rozporu s čl. 1 Listiny.

[40] Nejvyšší správní soud předesílá, že odůvodnění mimořádného opatření ani vyjádření odpůrce k návrhu neobsahuje žádná vyargumentovaná východiska, z nichž by bylo možné jednoznačně dovodit, jak mělo podle odpůrce ukončení hrazeného testování pro neočkováné osoby a zároveň pokračování v hrazeném testování pro osoby očkováné alespoň jednou dávkou přispět k omezení šíření onemocnění covid-19.

[41] Jediná rovina, v níž lze racionalitu rozlišování očkovaných a neočkovaných osob ve vztahu k účelu přezkoumávané úpravy reálně hledat, je deklarovaný cíl zvýšit proočkovanost populace prostřednictvím motivace neočkovaných osob k očkování jako epidemiologicky a ekonomicky nejefektivnějšího nástroje pro omezování šíření onemocnění covid-19. Z judikatury Nejvyššího správního soudu vyplývá, že očkování je efektivním a legitimním nástrojem k omezení šíření onemocnění covid-19, a zvyšování proočkovanosti je tedy v souladu s deklarovaným cílem mimořádného opatření (srov. např. rozsudek NSS v navrhovatelově věci čj. 9 Ao 41/2021-38, bod 43, v němž soud uvedl, že i motivování k očkování je cestou k omezení šíření viru).

[42] Nejvyšší správní soud se tedy zabýval otázkou, zda bylo přezkoumávané rozdílné zacházení vůbec způsobilé motivovat neočkováné osoby k očkování, a tím zvýšit proočkovanost populace a omezit šíření onemocnění covid-19. Kdyby tomu tak nebylo, muselo by být dané rozdílné zacházení bez dalšího považováno za projev libovůle. Je třeba zdůraznit, že v projednávané věci se nepřezkoumává motivace k očkování vyvolaná tím,

pokračování

že plně očkované osoby měly bez dalšího přístup ke službám vyžadujícím průkaz tzv. bezinfekčnosti (tato otázka byla předmětem přezkumu ve stěžovatelské věci sp. zn. 9 Ao 41/2021). Přezkoumává se motivace k očkování vyvolaná jen tím, že očkované osoby měly, na rozdíl od těch neočkovaných, přístup k hrazenému testování.

[43] Nelze vyloučit, že rozdílné zacházení v přístupu k hrazenému testování mohlo dílčím způsobem přispět k motivaci neočkovaných osob k očkování, byť spíše v souvislosti s tím, že neočkované osoby byly zároveň motivovány k očkování prostřednictvím mimořádného opatření o maloobchodu. Lze se rozumně domnívat, že neomezený (a bezplatný) přístup ke službám vyžadujícím průkaz tzv. bezinfekčnosti v návaznosti na očkování bude pro většinu osob o mnoho významnějším motivačním faktorem než sama možnost nechat se preventivně několikrát za měsíc otestovat na náklady veřejného zdravotního pojištění. Přesto ale nelze vyloučit, že i samotné „zpoplatnění“ testování mohlo tuto motivaci posílit, neboť i nadále bylo možné tzv. bezinfekčnost prokazovat právě i testem.

[44] Ač mohlo být přezkoumávané rozdílné zacházení v určitém rozsahu způsobilé motivovat neočkované osoby k očkování a mohlo tak plnit druhotný účel definovaný v nyní přezkoumávaném mimořádném opatření, nemůže být toto zacházení po zohlednění všech jeho důsledků a souvislostí považováno za racionální cestu k naplnění primárního účelu mimořádného opatření, tj. k omezení šíření onemocnění covid-19. V této souvislosti je třeba nejprve uvést, že ač odůvodnění mimořádného opatření deklaruje, že pro pokračování v úhradě plošného testování bez indikace ošetřujícím lékařem v tehdejší době nebyl žádný důvod, zároveň uvádí jako jednu z typových situací, kdy mohou očkované osoby využít hrazeného testování, *„podezření na onemocnění covid-19 bez výskytu klinických obtíží charakteristických pro tuto infekci“*. Je zřejmé, že v takové situaci má včasné podchycení onemocnění potenciál zabránit jeho dalšímu rozvoji u dané osoby, jakož i jeho dalšímu šíření v populaci. Zvolené řešení v podstatě stavělo neočkované osoby před volbu buď se nechat naočkovat, nebo se v osobním a společenském životě (v rozsahu, v němž se na něm mohly účastnit bez prokazování tzv. bezinfekčnosti) chovat rizikově a šířit onemocnění covid-19. Na rozdíl od očkovaných osob totiž nemohly využívat hrazené preventivní testování mj. právě při podezření na onemocnění covid-19 bez výskytu klinických obtíží, před setkáním se zranitelnou osobou nebo před účastí na společenské akci, u níž se nevyžadoval průkaz tzv. bezinfekčnosti. Toto rizikové chování, s nímž se odpůrce zavedením přezkoumávaného rozdílného zacházení v podstatě ztotožnil, přitom mohlo mít závažné důsledky pro šíření onemocnění covid-19, neboť (jak uvádí odpůrce) neočkované osoby mohou vykazovat vyšší virovou nálož, vytvářet mutace a vylučovat virus delší dobu. Popsané negativní důsledky přezkoumávaného rozdílného zacházení z hlediska dosažení primárního cíle omezit šíření onemocnění covid-19 převažují nad dílčím motivačním účinkem rozdílného zacházení natolik významnou měrou, že toto rozdílné zacházení nelze považovat za rozumné ve vztahu k uvedenému cíli.

[45] Nejvyšší správní soud považuje za nutné zdůraznit, že se v projednávané věci zabýval pouze otázkou, zda ukončení hrazeného testování pro neočkované osoby *a zároveň* pokračování v hrazeném testování pro osoby očkované alespoň jednou dávkou nebylo projevem libovůle odpůrce, a to v kontextu nedostatečného odůvodnění daného rozdílného zacházení z jeho strany. Soud se tedy nezabýval např. otázkou, zda a v jakém rozsahu bylo v době přijetí mimořádného opatření vhodné či nutné z epidemiologických

důvodů pokračovat v úhradě plošného preventivního testování vůči těm, kteří jej mohli využívat, tj. zejména vůči očkovaným osobám.

[46] S ohledem na výše uvedené dospěl Nejvyšší správní soud k závěru, že rozdílné zacházení s očkovanými a neočkovanými osobami z hlediska vymezení podmínek pro hrazené testování – při zvážení všech jeho důsledků, jakož i jeho nedostatečného odůvodnění ze strany odpůrce – postrádalo racionální vztah k účelu mimořádného opatření a nebylo způsobilé přispět k dosažení primárního cíle omezit šíření onemocnění covid-19 (ve smyslu testu nastaveného judikaturou Ústavního soudu, srov. body [26] a [28] tohoto rozsudku). Mimořádné opatření proto v tomto ohledu založilo mezi očkovanými a neočkovanými osobami nerovné zacházení, které bylo v rozporu s čl. 1 Listiny.

[47] S ohledem na právě učiněný závěr považoval Nejvyšší správní soud za nadbytečné zabývat se zbývající argumentací navrhovatele.

IV. Závěr a náklady řízení

[48] Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že v části byl návrh podán osobou k tomu zjevně neoprávněnou z důvodu nedostatku aktivní procesní legitimace, a proto návrh v tomto rozsahu výrokem I. odmítl podle § 46 odst. 1 písm. c) s. ř. s. [čl. II, čl. IV a čl. V mimořádného opatření].

[49] V rozsahu, v němž byl navrhovatel aktivně procesně legitimován, je návrh z části důvodný. Vzhledem ke zrušení mimořádného opatření v průběhu řízení a s ohledem na § 13 odst. 4 zákona č. 94/2021 Sb., o mimořádných opatřeních při epidemii onemocnění COVID-19 a o změně některých souvisejících zákonů, tedy soud vyslovil, že mimořádné opatření bylo v části čl. I v rozporu se zákonem. Soud současně vyslovil, že mimořádné opatření bylo v rozporu se zákonem také v části čl. III ve slovech „*I nebo*“. Článek III mimořádného opatření je totiž ustanovením navazujícím jak na čl. I, tak na čl. II tohoto opatření, neboť pro jejich účely vymezuje okruh testovaných osob. V návaznosti na vyslovení nezákonnosti čl. I proto soud vyslovil nezákonnost čl. III v rozsahu odkazu právě na čl. I. mimořádného opatření.

[50] Ve zbylé části návrhu, v níž byl navrhovatel aktivně procesně legitimován, soud návrh výrokem III. zamítl (§ 101d odst. 2 věta druhá s. ř. s.). Jde o zbylý obsah čl. III a čl. VI mimořádného opatření, které jsou vedle čl. I navázány také na čl. II mimořádného opatření, jenž však výrokem II. tohoto rozsudku zůstal nedotčen, a proto pro jeho účely musí zůstat v odpovídajícím rozsahu nedotčeny také čl. III a čl. VI mimořádného opatření, jakož i čl. VII mimořádného opatření.

[51] Nejvyšší správní soud s ohledem na princip zdrženlivosti a sebeomezení soudní moci, z něhož judikatura Nejvyššího správního soudu v řízení o návrhu na zrušení opatření obecné povahy vychází (srov. např. rozsudky z 20. 12. 2017, čj. 6 As 288/2016-146, případně z 2. 2. 2011, čj. 6 Ao 6/2010-103), zvažoval, zda by k odstranění nerovného zacházení mezi očkovanými a neočkovanými osobami z hlediska vymezení podmínek pro hrazené testování nepostačil pouze dílčí zásah spočívající v tom, že by nezákonnost mimořádného opatření byla vyslovena pouze v části čl. I bodu 1 a 2 ve slovech „*uvedených v čl. III*“ a v části čl. III ve slovech „*I nebo*“. Tím by totiž byl skutečně nastolen stav, kdy by poskytovatelé zdravotních služeb byli

pokračování

povinni ve stanovených intervalech provést testování všech osob, které jsou účastny veřejného zdravotního pojištění v ČR, pokud o testování požádají (bez omezení plynoucích z čl. III mimořádného opatření). Soud však dospěl k závěru, že takový postup v dané věci není možný. Tímto postupem by sice byla odstraněna důvodně namítaná nerovnost mezi očkovanými a neočkovanými osobami z hlediska vymezení podmínek pro hrazené testování, avšak současně by tím soud nastolil stav, v němž by hrazené testování bylo dostupné pro všechny bez rozdílu, což je úprava, kterou odpůrce nezamýšlel a soud není oprávněn takovou úpravu dotvářet. Soud by takovým zdánlivě užším výrokem nepřipustně nahrazoval činnost odpůrce.

[52] O věci samé rozhodl soud bez jednání postupem podle § 51 odst. 1 věty první s. ř. s., neboť navrhovatel i odpůrce s tímto postupem souhlasili. Jednání nebylo třeba nařizovat ani za účelem provádění dokazování, neboť při přezkumu mimořádného opatření soud vycházel pouze ze správního spisu, který sestává z napadeného opatření.

[53] Ve vztahu k části, v níž byl návrh odmítnut, nemá žádný z účastníků právo na náhradu nákladů řízení (§ 60 odst. 3 s. ř. s.).

[54] Ve vztahu k části, v níž byl navrhovatel aktivně procesně legitimován, byl navrhovatel co do podstaty věci úspěšný. V takovém případě je odpůrce povinen nahradit navrhovateli náhradu důvodně vynaložených nákladů řízení (§ 60 odst. 1 s. ř. s.).

[55] 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)]. Soud nezvýšil odměnu za sepis návrhu na dvojnásobek pro mimořádnou složitost věci podle § 12 odst. 1 advokátního tarifu, neboť navrhovatel tento postup nijak neodůvodnil. Odměna advokáta tak činí 9 300 Kč [§ 7 ve spojení s § 9 odst. 4 písm. d) advokátního tarifu]. Odměna dále zahrnuje paušální částku ve výši 300 Kč za každý úkon právní služby (§ 13 odst. 4 advokátního tarifu), tedy 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 navrhovatele před Nejvyšším správním soudem tak činí celkem 17 342 Kč. Tuto částku je odpůrce povinen zaplatit navrhovateli do 30 dnů ode dne právní moci tohoto rozsudku k rukám jeho zástupce JUDr. Petra Novotného, advokáta (výrok IV.)

P o u č e n í: Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně 30. května 2022

Jitka Zavřelová
předsedkyně senátu