

USNESENÍ

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Miluše Doškové a soudkyň Mgr. Evy Šonkové a Mgr. Sylvy Šiškeové v právní věci navrhovatelů: **a) Podnikatelské odbory – Unie podnikatelských a živnostenských spolků, z. s.**, se sídlem Mimoňská 3223, Česká Lípa, **b) L. K.**, **c) Mgr. J. D.**, všichni zastoupeni JUDr. Vitem Hrnčířikem, LL.M., Ph.D., advokátem se sídlem Šrobárova 2002/40, Praha 10, proti odpůrci: **Ministerstvo zdravotnictví**, se sídlem Palackého náměstí 375/4, Praha 2, o návrzích na zrušení opatření obecné povahy odpůrce ze dne 20. 11. 2021, č. j. MZDR 14601/2021-28/MIN/KAN,

t a k t o :

- I. Návrhy navrhovatelů a), b) a c) na zrušení opatření obecné povahy odpůrce ze dne 20. 11. 2021, č. j. MZDR 14601/2021-28/MIN/KAN, **se** v částech týkajících se čl. I bodu 3 písm. b) ve slovech „*nebo, s výjimkou dítěte do dovršení 12 let věku, nesplňuje podmínky stanovené v bodu I/17; provozovatelům uvedených provozoven se nařizuje u osoby, která musí splňovat podmínky podle bodu I/17, splnění těchto podmínek kontrolovat při vstupu do prostor nebo v případě, že kontrolu při vstupu neumožňují provozní podmínky provozovatele, nejpozději před poskytnutím služby; osobě se nařizuje provozovateli splnění podmínek podle bodu I/17 prokázat; v případě, že osoba splnění podmínek podle bodu I/17 při vstupu neprokáže, zakazuje se provozovateli takovou osobu vpustit do prostor provozovny; pokud ke kontrole dochází před poskytnutím služby, provozovateli se zakazuje poskytnout takové osobě službu; tyto podmínky se nevztahují na provozovny stravovacích služeb, které neslouží pro veřejnost, a na prodej jídla s sebou s tím, že osobě se zakazuje takto zakoupené jídlo konzumovat ve vnitřních i vnějších prostorech provozovny*“, čl. I bodu 6 písm. b) ve slovech „*nebo, s výjimkou dítěte do dovršení 12 let věku, nesplňuje podmínky stanovené v bodu I/17, není-li dále uvedeno jinak*“, čl. I bodu 6 písm. c) ve slovech „*zakazuje poskytovatelům uvedené ubytovací služby poskytnout, není-li dále stanoveno jinak, osobě, která, s výjimkou dítěte do dovršení 12 let věku, nesplňuje podmínky stanovené v bodu I/17*“ a čl. I bodu 6 písm. d) **o d m í t a j í**.
- II. Ve zbylých částech **se** návrhy navrhovatelů a), b) a c) **o d m í t a j í** pro zjevnou neopodstatněnost.
- III. Navrhovatelé a), b) a c) **n e m a j í** právo na náhradu nákladů řízení.
- IV. Odpůrci **se** náhrada nákladů řízení **n e p ř i z n á v á**.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

[1] Navrhovatelé a), b) a c) se návrhy podanými dne 26. 11. 2021 u Nejvyššího správního soudu (dále též „NSS“) domáhali zrušení (celého) mimořádného opatření odpůrce ze dne 20. 11. 2021, č. j. MZDR 14601/2021-28/MIN/KAN (dále jen „mimořádné opatření“). Toto opatření bylo vydáno k ochraně obyvatelstva před dalším rozšířením onemocnění covid-19 na základě § 69 odst. 1 písm. i) a odst. 2 zákona č. 258/2000 Sb., o ochraně veřejného zdraví a o změně některých souvisejících zákonů, v rozhodném znění (dále jen „zákon o ochraně veřejného zdraví“), a § 2 odst. 2 písm. b) až e) a písm. i) zákona č. 94/2021 Sb., o mimořádných opatřeních při epidemii onemocnění COVID-19 a o změně některých souvisejících zákonů, v rozhodném znění (dále „pandemický zákon“).

[2] Mimořádné opatření stanovilo s účinností od 22. 11. 2021 od 00:00 hod. podmínky pro vstup osob do některých vnitřních a venkovních prostor a pro účast na hromadných akcích nebo na jiných činnostech [mimo jiné v čl. I bodě 2 byla s odkazem na § 2 odst. 2 písm. c) pandemického zákona upravena pravidla pro využívání a provoz holičství, kadernictví, pedikúry, manikúry, solárií, kosmetických, masérských a obdobných regeneračních nebo rekondičních služeb a provozování živností, při níž je porušována integrita kůže]. Jednou z podmínek pro poskytnutí vybraných služby bylo naplnění požadavku tzv. bezinfekčnosti dle čl. I bodu 17 mimořádného opatření. Ten vyžadoval a) absolvování RT-PCR vyšetření na přítomnost viru SARS-CoV-2 s negativním výsledkem nejdéle před 72 hodinami, jde-li o i) osobu do dovršení 18 let věku, ii) osobu, která se nemůže podrobit očkování proti onemocnění covid-19 pro kontraindikaci, nebo iii) osobu tzv. rozočkovanou; b) uplynutí nejméně 14 dní od dokončeného očkovacího schématu schváleným léčivým přípravkem; nebo c) prodělání laboratorně potvrzeného onemocnění covid-19, jestliže uplynula doba izolace a od prvního pozitivního testu neuplynulo více než 180 dní.

[3] Napadené opatření bylo zrušeno mimořádným opatřením odpůrce ze dne 26. 11. 2021, č. j. MZDR 14601/2021-29/MIN/KAN, a to s účinností od 26. 11. 2021 od 18:00 hodin.

II. Návrhy a vyjádření k nim

II. 1 Návrhy na zrušení mimořádného opatření

[4] Navrhovatel a) je spolkem, který dle svých stanov sdružuje podnikatele a živnostníky; jeho hlavní činností je ochrana zájmů členů při podnikání, prosazování jejich práv se zaměřením na omezení kontroly státu nad podnikáním a snaha o vrácení povinností i odpovědnosti státu, který je přenesl na podnikatele. Jelikož jeho členy jsou konkrétní provozovatelé dotčených služeb, jejichž zájmy prosazuje, je přesvědčen, že je sám aktivně procesně legitimován k podání návrhu na zrušení napadeného opatření; odkazuje na usnesení rozšířeného senátu NSS ze dne 29. 5. 2019, č. j. 2 As 187/2017 - 264, č. 3903/2019 Sb. NSS, a nález Ústavního soudu ze dne 30. 5. 2014, sp. zn. I. ÚS 59/14. Navrhovatelka b) je fyzickou osobou, která není očkovaná proti nemoci covid-19; dne 23.

pokračování

11. 2021 jí bylo odmítnuto poskytnutí masérských služeb z důvodu nesplnění podmínek tzv. bezinfekčnosti. Napadené opatření tedy přímo zasáhlo do jejích práv. Navrhovatelka c) vykonává masérské, rekondiční a regenerační služby a také činnosti, při kterých je porušována integrita lidské kůže. Na svých právech byla zkrácena tím, že jí napadené opatření ukládalo povinnosti (nutilo ji k výkonu diskriminace zákazníků), kterými jí byla způsobena škoda.

[5] Navrhovatelé namítají, že napadené opatření je diskriminační povahy. Argumentují, že dle § 6 zákona č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele, nesmí prodávající při prodeji výrobků nebo poskytování služeb diskriminovat spotřebitele; diskriminací se přitom rozumí zvýhodnění jedné osoby oproti ostatním na základě nějakého zdánlivě neutrálního kritéria. Napadené opatření upřednostňuje očkované osoby před těmi neočkovanými, což nutí poskytovatele služeb diskriminovat své zákazníky v rozporu s čl. 2 odst. 1 Listiny základních práv a svobod (dále jen „Listina“). Navrhovatelé poukazují na *vyjádření Veřejného ochrance práv ve zprávě o šetření ze dne 10. 5. 2013, sp. zn. 122/2012/DIS/JKV*, v níž konstatoval, že odepřít službu těhotné ženě je možné pouze v případě, je-li k tomu nějaké legitimní ospravedlnění (např. pokud by služba mohla ohrozit její zdravotní stav nebo těhotenství). Napadené opatření je s tímto v rozporu, neboť samotné poskytnutí masérské služby pro klienta nenese ohrožení jeho zdravotního stavu.

[6] Povinnost provozovatelů služeb ověřovat splnění podmínek tzv. bezinfekčnosti dle čl. I bodu 17 napadeného opatření (a tomu korespondující povinnost zákazníků toto prokazovat) je dle navrhovatelů zásahem do soukromí kontrolovaných osob, neboť informace o jejich zdravotním stavu (vč. údaje o vakcinaci) podléhají právu na ochranu osobnosti. Prokazování zdravotního stavu třetí osobě je razantním zásahem do soukromí fyzické osoby; stanovení plošné povinnosti tyto údaje poskytovat, stejně jako povinnosti je vyžadovat, je v rozporu s právním řádem. Nepřípustnost nucení k poskytování údajů o podstoupení očkování dle navrhovatelů vyjádřil i Ústavní soud v rozhodnutí ze dne 18. 11. 2021, č. j. SPR. ÚS 1003/21-3 INF.

[7] Kontrolování splnění podmínek čl. I bodu 17 napadeného opatření nadto dle navrhovatelů představuje evidenci osobních údajů ve smyslu čl. 4 *nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2016/679 ze dne 27. 4. 2016, o ochraně fyzických osob v souvislosti se zpracováním osobních údajů a o volném pohybu těchto údajů a o zrušení směrnice 95/46/ES (obecné nařízení o ochraně osobních údajů)* [dále jen „GDPR“]. Informace o zdravotním stavu se řadí do zvláštní kategorie citlivých osobních údajů, protože je nezbytné ctít zásadu minimalizace (čl. 5 GDPR), tedy zpracovávat pouze jejich nezbytně nutný obsah a uchovávat jej po nezbytně nutnou dobu. Čl. 9 odst. 1 GDPR navíc přímo zakazuje zpracovávat osobní údaje o zdravotním stavu fyzické osoby. To je možné pouze v případě, že je dána některá z výjimek dle čl. 9 odst. 2 GDPR, jež však České republice nebyly uděleny. Napadené opatření tedy provozovatelům ukládá zpracovávat citlivé osobní údaje o zdravotním stavu, k čemuž však nejsou oprávněni.

[8] Navrhovatelé poukazují na to, že odpůrce opomíjí řadu jiných nebezpečných situací, při nichž může dojít k nákaze člověka. Napadené opatření např. nenařizuje poskytovatelům služeb kontrolovat u zákazníků příznaky onemocnění covid-19, neboť nejsou osobami se zdravotnickým vzděláním; ponechává to pouze na poctivosti zákazníků.

Dalším nezohledněným rizikem je, že provozovatelé sice jsou povinni kontrolovat tzv. bezinfekčnost svých zákazníků, ovšem u jejich zaměstnanců postačuje prokázání se negativním antigenním testem; pro takové rozdílné zacházení není dle navrhovatelů důvod.

[9] Odpůrce nepřipustným způsobem přenesl na provozovatele svou vlastní kontrolní a dozorčí činnost. Neposkytnutí služby zákazníkovi, který neprokázal svou bezinfekčnost, je fakticky sankcí; nesplnění povinností uložených právními předpisy ovšem může sankcionovat pouze stát. V pandemickém zákoně ani zákoně o ochraně veřejného zdraví není stanovena povinnost provozovatelů provádět kontroly osob. Tato činnost (vykonávaná namísto policie nebo hygienických stanic) nepřiměřeně zatěžuje jejich podnikání. Navrhovatelé dále tvrdí, že omezení přístupu neočkovaných k vybraným službám představuje nucení obyvatel k plošné vakcinaci. Nepopírají možnost státu zavést povinné očkování; má tak dle nich ovšem učinit oficiálně, nikoliv omezováním společenského života.

[10] Navrhovatelé upozorňují na komplikace s kontrolou tzv. zahraničního očkovacího certifikátu dle čl. I bodu 17 písm. b) napadeného opatření. Není dle nich jasné, jak má postupovat poskytovatel, který neumí anglicky; taková osoba nedokáže přečíst a ověřit údaje uvedené v potvrzení, a proto nemá objektivní možnost povinnost splnit. Není ani vysvětleno, jakým způsobem má být zkoumána možnost ověřit údaje dálkovým způsobem. Stejně tak není zřejmé, jak má postupovat provozovatel, který nemá přístroj k ověření údajů z elektronického certifikátu (aplikace podporující možnost distanční kontroly vakcinačních certifikátů byly vydány pouze na platformě *Android* a *IOS*, pro ostatní mobilní telefony taková aplikace neexistuje).

[11] V napadeném opatření je dle navrhovatelů legislativně chybně vyřešena úprava poskytování služeb dětem mladším 12 let. Čl. I bod 2 písm. c) opatření nařizuje provozovatelům zkontrolovat u zákazníka splnění podmínek stanovených v čl. I bodě 17, v němž je pod písm. a) odrážkou i) stanoveno, že osoba do dovršení 18 let věku může prokázat svou bezinfekčnost negativním PCR testem. V čl. I bodě 2 písm. b) opatření je však z povinností zákazníka upravena výjimka pro děti mladší 12 let; z odůvodnění opatření přitom jednoznačně plyne, že děti mladší 12 let nejsou povinny tzv. bezinfekčnost prokazovat. Provozovatelům je však uložena povinnost kontrolovat tzv. bezinfekčnost i u osob mladších 12 let; jedná se o zjevnou legislativní chybu.

[12] Povinnost provozovatelů kontrolovat u svých zákazníků podmínky tzv. bezinfekčnosti, a případně jim službu neposkytnout, neprojde dle navrhovatelů tzv. testem proporcionality (srov. nález Ústavního soudu ze dne 13. 2. 2008, sp. zn. Pl. ÚS 83/06). Napadené opatření není vhodné, neboť nedává záruku, že kontrolování zákazníků směřuje k cíli zastavit (zpomalit) šíření pandemie covid-19; odůvodnění uložení této povinnosti je neurčité, nezákonné a diskriminační. Není zřejmé, jaké záruky poskytuje negativní výsledek PCR testu u osob dle čl. I bodu 17 písm. a) napadeného opatření; jeho platnost je až 72 hodin, avšak za 3 dny člověk stihne onemocnět a dostat se do tzv. inkubační doby. Napadené opatření není nezbytné (při výběru ukládané povinnosti nebyl použit nejšetrnější prostředek), neboť odpůrce poprvé za celou dobu epidemie (po více než 1,5 roce) začal plošně neuznávat výsledky testování, ačkoliv doposud byl s touto metodou

pokračování

spokojen. Odpůrce nevyužil možnosti zachovat prokázání tzv. bezinfekčnosti skrze negativní PCR-test se zkrácením doby jeho platnosti; další variantou bylo zvýšení hygienických požadavků na provozovatele služeb. Není též zřejmé, proč odpůrce neuložil povinnost kontroly zákazníků orgánům vykonávajícím státní správu. Napadené opatření není ani přiměřené, neboť povinnost kontrolovat zdravotní stav zákazníků zatěžuje provozovatele více, než kolik přináší „užitku“. Nechává jim méně času na výkon samotné výdělečné činnosti a přináší další administrativními úkony; fakticky jim nařizuje odmítnout poskytnout služby cca 50 % svých potenciálních zákazníků (stát přitom neposkytuje žádné protiplnění nebo náhradu zřejmé škody). Dle navrhovatelů postrádá smysl odmítnout službu neočkovanému zákazníkovi, se kterým již poskytovatel byl v přímém (a potenciálně nebezpečném) kontaktu při provádění kontroly. Odpůrce tím, že neprovedl test proporcionality, porušil § 3 odst. 2 pandemického zákona; navrhovatelé odkazují na rozsudky NSS ze dne 11. 5. 2021, č. j. 3 Ao 3/2021 – 27, či ze dne 21. 5. 2021, č. j. 6 Ao 22/2021 – 44.

II. 2 Vyjádření odpůrce k návrhům na zrušení mimořádného opatření

[13] Odpůrce ve svém vyjádření předně zdůrazňuje, že navrhovatel a) neuvádí, čím konkrétně je zasaženo do jeho veřejných subjektivních práv, pročez vůbec nemá aktivní procesní legitimaci k napadení mimořádného opatření; cituje z usnesení NSS ze dne 22. 10. 2021, č. j. 2 Ao 11/2021 – 120. Navrhovatelé b) a c) pak tvrzení o dotčenosti svých práv omezují toliko na čl. I bod 2 napadeného opatření; v rozsahu zbytku návrhu proto taktéž postrádají aktivní procesní legitimaci. Odpůrce k tomu obsáhle cituje z usnesení NSS ze dne 17. 9. 2021, č. j. 8 Ao 23/2021 – 51.

[14] Návrhy dle odpůrce nejsou důvodné. Soud má být při posuzování přiměřenosti opatření obecné povahy zdrženlivý (srov. rozsudek NSS ze dne 29. 3. 2011, č. j. 6 Ao 7/2010 – 73). Odpůrce nařizuje mimořádná opatření na základě dostupných znalostí a při vědomí, že nejsou dostatečné a přesné. Preferuje ochranu života a zdraví osob při současné snaze o co nejmenší omezení chodu společnosti. V případě nejasnosti o šíření či vlastnostech koronaviru nelze spoléhat na to, že nastane optimističtější varianta. Přiměřenost opatření posuzuje tak, že zhodnotí současný stav šíření onemocnění covid-19 a na základě dostupných skutečností a při zohlednění aktuálních vědeckých znalostí odhadne riziko šíření tohoto onemocnění na zdraví a životy osob; při volbě vhodných opatření vybírá ta, která co nejvíce zpomalují šíření viru a zároveň nejméně dopadají na obyvatelstvo a práva osob.

[15] K námitce diskriminace neočkovaných osob odpůrce poukazuje na nálezy Ústavního soudu ze dne 28. 3. 2006, sp. zn. Pl. ÚS 42/03, či ze dne 20. 11. 2007, sp. zn. Pl. ÚS 50/06, dle nichž aby bylo vůbec možné hovořit o diskriminaci, musí mít jednotlivé skupiny osob srovnatelné postavení; osoby bez očkování a po prodělání nemoci přitom nejsou vůči očkovaným osobám v totožném postavení. U očkovaných je dle dostupných vědeckých poznatků velmi nízké riziko reinfekce. Význam očkování nelze zúžit pouze na prostředek k doložení tzv. bezinfekčnosti; jeho hlavní přínos je v tom, že při setkání naočkované osoby s nemocným člověkem je riziko nákazy přibližně 5x nižší než u neočkovaného jedince, který onemocnění dosud neprodělal. Pokud k nákaze očkované osoby dojde, je tato méně infekční a současně se u ní zkracuje doba vylučování viru.

Očkování v organismu vytváří nepříznivé podmínky pro replikaci viru; v případě, že je očkovaná osoba infikována, dojde u ní ke snížení pravděpodobnosti vzniku mutací viru, které jsou více přenositelné na další osoby. Odpůrce nesouhlasí s tím, že by poskytnutí masérské služby nepředstavovalo pro zákazníka ohrožení jeho zdravotního stavu; při této činnosti dochází k úzkému fyzickému kontaktu.

[16] K rozhodnutí Ústavního soudu sp. zn. SPR. ÚS 1003/21 uvádí, že bylo vydáno dle zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „informační zákon“), protože je třeba na něj pohlížet optikou tohoto zákona [týkalo se (ne)poskytnutí informace o proočkovanosti soudců daného soudu, nikoliv kontrolování splnění podmínek čl. I bodu 17 napadeného opatření]; nejedná se o rozhodnutí podle zákona č. 182/1993 Sb., o Ústavním soudu. Rozhodnutí vydala toliko úřední osoba; není proto všeobecně závazné a má dopady pouze pro individuálního žadatele ohledně konkrétního dotazu. Ústavní soud odmítl poskytnout požadovanou informaci z důvodu, že jí nedisponuje a ani nemá povinnost ji mít; nic více dle odpůrce z tohoto rozhodnutí nelze vyvozovat. Zdůrazňuje navíc, že případné poskytnutí informace o očkování soudců by bylo zveřejněno; zákazník ovšem pouze prokáže, že splňuje podmínku tzv. bezinfekčnosti a tato informace není nikam zaznamenávána.

[17] Provozovatel nekontroluje zdravotní stav zákazníků; ověřuje pouze, zda mají doklad o tom, že splnili jednu z podmínek čl. I bodu 17 opatření, přičemž tuto informaci neeviduje. Ověřování splnění podmínky tzv. bezinfekčnosti je uloženo opatřením vydaným na základě zákona a tudíž má legální základ; rozsah povinnosti je přitom minimalistický. Nejedná se o přenesení výkonu veřejné správy na soukromé osoby; poukazuje na povinnost prodejce alkoholických a tabákových výrobků kontrolovat, jestli má kupující předepsaný věk. Odkazuje na rozsudek NSS ze dne 20. 10. 2021, č. j. 2 Ao 7/2021 – 157; soud v něm vyslovil, že aspekt solidarity při ochraně před nákazou má s přibývajícím časem ustupovat ve prospěch svobody volby a s tím spojené nutnosti unést důsledky s touto volbou spojené.

[18] Odpůrce vysvětluje, že napadené opatření zakazuje přímo zákazníkovi, aby vstoupil do určitých prostor, pokud vykazuje příznaky onemocnění covid-19. Pravomoc kontrolovat dodržování povinností stanovených mimořádnými opatřeními má městská a státní policie. Pokud má provozovatel podezření, že zákazník vykazuje příznaky onemocnění, může se obrátit na policii. Neočkovaní zaměstnanci podstupují antigenní testování pravidelně (což je dle odpůrce klíčové); tím je velmi sníženo riziko, že by se po pracovišti pohybovala nakažená osoba.

[19] Digitální EU COVID certifikáty mají v celé Evropské unii jednotnou podobu a obsahují nezbytné základní informace (jméno a příjmení, datum narození, datum vydání, příslušné informace o očkovací látce, testu či prodělání nemoci a jedinečný identifikátor). Zahrnují tedy jen omezený soubor informací; na jejich základě je velmi snadné ověřit splnění podmínek dle čl. I odst. 17 napadeného opatření, a to i bez znalosti cizího jazyka a využití jakékoli aplikace.

[20] Z čl. I bodu 2 písm. c) napadeného opatření lze dle odpůrce již jen jazykovým výkladem seznat, že provozovatel kontroluje zákazníka, který musí splňovat povinnost dle

pokračování

čl. I bodu 17 opatření. Z toho lze vyvodit, že u zákazníků, kteří nejsou povinni splňovat podmínku tzv. bezinfekčnosti, se kontrola těchto podmínek nevyžaduje. Výjimka pro děti do 12 let je obsažena v čl. I bodě 2 písm. b) napadeného opatření. Odpůrce žádnou nelogičnost předmětné úpravy nespaturuje.

II. 3 Doplnění argumentace navrhovatelů

[21] Navrhovatelé uvádějí, že napadené opatření není dostatečně odůvodněné; nevysvětluje, proč odpůrce do předmětné regulace nezahrnul také taxislužby, přestože rozdíl oproti ostatním oborům není z hlediska šíření onemocnění covid-19 zřejmý; stejně tak není jasné, proč tzv. bezinfekčnost není kontrolována také v kosmetických salonech nebo v obchodech s oblečením.

III. Posouzení věci Nejvyšším správním soudem

III. 1 Odpadnutí části předmětu řízení

[22] Nejvyšší správní soud již na základě návrhů jiných navrhovatelů v souladu s § 13 odst. 4 pandemického zákona vyslovil, že napadené mimořádné opatření bylo v části čl. I bodu 3 písm. b) ve slovech „nebo, s výjimkou dítěte do dovršení 12 let věku, nesplňuje podmínky stanovené v bodu I/17; provozovatelům uvedených provozoven se nařizuje u osoby, která musí splňovat podmínky podle bodu I/17, splnění těchto podmínek kontrolovat při vstupu do prostor nebo v případě, že kontrolu při vstupu neumožňují provozní podmínky provozovatele, nejpozději před poskytnutím služby; osobě se nařizuje provozovateli splnění podmínek podle bodu I/17 prokázat; v případě, že osoba splnění podmínek podle bodu I/17 při vstupu neprokáže, zakazuje se provozovateli takovou osobu vpustit do prostor provozovny; pokud ke kontrole dochází před poskytnutím služby, provozovateli se zakazuje poskytnout takové osobě službu; tyto podmínky se nevztahují na provozovny stravovacích služeb, které neslouží pro veřejnost, a na prodej jídla s sebou s tím, že osobě se zakazuje takto zakoupené jídlo konzumovat ve vnitřních i vnějších prostorech provozovny“, čl. I bodu 6 písm. b) ve slovech „nebo, s výjimkou dítěte do dovršení 12 let věku, nesplňuje podmínky stanovené v bodu I/17, není-li dále uvedeno jinak“ [srov. rozsudek NSS ze dne 20. 4. 2022, č. j. 2 Ao 22/2021 – 38], čl. I bodu 6 písm. c) ve slovech „zakazuje poskytovatelům uvedené ubytovací služby poskytnout, není-li dále stanoveno jinak, osobě, která, s výjimkou dítěte do dovršení 12 let věku, nesplňuje podmínky stanovené v bodu I/17“ a čl. I bodu 6 písm. d) [srov. rozsudek NSS ze dne 21. 4. 2022, č. j. 2 Ao 21/2021 – 36] v rozporu se zákonem.

[23] Jelikož navrhovatelé v projednávané věci napadají celé mimořádné opatření, jehož shora definované části již NSS shledal rozpornými se zákonem, zabýval se soud tím, zda jsou v rozsahu těchto částí splněny podmínky nynějšího řízení pro rozhodnutí ve věci samé. Jednou z nich je totiž existence předmětu řízení; jeho odpadnutí je neodstranitelným nedostatkem podmínek řízení, pro který soud návrh odmítne podle § 46 odst. 1 písm. a) s. ř. s.

[24] K odpadnutí předmětu řízení v abstraktním přezkumu opatření obecné povahy může dojít tak, že jej soud v jiném řízení zruší (srov. usnesení NSS ze dne 11. 6. 2021, č. j. 8 Ao 9/2021 – 43, č. 4220/2021 Sb. NSS). Pandemický zákon umožňuje soudu přezkoumat také mimořádné opatření, které v průběhu řízení o jeho zrušení pozbylo

platnosti (§ 13 odst. 4 pandemického zákona). V takovém případě neodpadá předmět řízení, pokud jde o přezkum zákonnosti napadeného opatření, přestože již bylo zrušeno novým opatřením obecné povahy, protože soud může vynést deklaratorní výrok určující jeho nezákonnost (srov. bod [28] rozsudku NSS ze dne 14. 4. 2021, č. j. 8 Ao 1/2021 - 133, č. 4187/2021 Sb. NSS). Jak ovšem NSS konstatoval v usnesení sp. zn. 8 Ao 9/2021, i deklaratorní výrok ve smyslu § 13 odst. 4 pandemického zákona má účinky *erga omnes*, shodně jako v případě zrušení opatření obecné povahy nebo jeho části. Byť soud nezákonnost deklaruje v rámci řízení zahájeného na návrh konkrétního navrhovatele, který tvrdí, že bylo opatřením obecné povahy zasaženo do jeho práv, účinky rozhodnutí dopadají na všechny potenciální adresáty daného opatření obecné povahy. V případě dalších řízení o návrhu na vyslovení nezákonnosti opatření obecné povahy nebo jeho části, jehož nezákonnost již byla vyslovena, proto materiálně dojde k vyprázdnění předmětu řízení, neboť žádný navrhovatel by již nemohl dosáhnout lepšího výsledku, než je právě již dříve učiněné prohlášení nezákonnosti s účinky *erga omnes*. Proto je třeba další návrhy odmítnout stejně jako v případě zrušení opatření obecné povahy v jiném řízení. Takto soud může postupovat pouze tehdy, jestliže se navrhovatel domáhá deklarace nezákonnosti v rozsahu, v jakém soud nezákonnost opatření obecné povahy již deklaroval (srov. usnesení NSS ze dne 11. 2. 2022, č. j. 9 Ao 42/2021 - 36).

[25] V řešeném případě se navrhovatelé domáhají vyslovení nezákonnosti mimořádného opatření také v tom rozsahu [shora specifikované části čl. I bodu 3 písm. b), čl. I bodu 6 písm. b), c) a d)], v jakém již NSS dříve deklaroval jeho nezákonnost. V případě těchto ustanovení tudíž účinky rozsudků sp. zn. 2 Ao 21/2021 a 2 Ao 22/2021 dopadají i na nynější navrhovatele; v těchto částech jsou proto dány důvody jejich návrhy odmítnout podle § 46 odst. 1 písm. a) s. ř. s.

III. 2 Aktivní procesní legitimace navrhovatelů

[26] Je namístě představit, že aktivně procesně legitimovány k podání návrhu na zrušení opatření obecné povahy mohou být i spolky (jiné korporace) hájící zájmy svých členů; nezbytné však je, aby tvrdily zásah do práv svých členů s důsledky pro dosahování cílů, na něž se zaměřují, resp. aby měly dostatečně úzký vztah k regulaci, která je napadeným opatřením obecné povahy zavedena (v podrobnostech srov. nálezy Ústavního soudu ze dne 30. 5. 2014, sp. zn. I. ÚS 59/14, usnesení rozšířeného senátu NSS ze dne 29. 5. 2019, č. j. 2 As 187/2017 - 264, č. 3903/2019 Sb. NSS, či rozsudek ze dne 19. 9. 2019, č. j. 9 As 310/2017 - 164, body [68] - [84]; konkrétně ve vztahu k mimořádným opatřením např. rozsudek NSS ze dne 14. 4. 2021, č. j. 8 Ao 1/2021 - 133, body [35] - [40], či ze dne 25. 10. 2021, č. j. 9 Ao 20/2021 - 59, odst. [13]).

[27] Nejvyšší správní soud si je v projednávané věci, s ohledem na svou přechozí judikaturu (srov. např. rozsudky NSS ze dne 14. 4. 2021, č. j. 8 Ao 1/2021 - 133, č. 4187/2021 Sb. NSS, bod [34]; ze dne 21. 5. 2021, č. j. 8 Ao 7/2021 - 44, bod [25]; či ze dne 25. 10. 2021, č. j. 9 Ao 20/2021 - 59, bod [23]), jež byla do značné míry korigována nálezem Ústavního soudu ze dne 19. 7. 2022, sp. zn. IV. ÚS 2431/21, vědom skutečnosti, že v případě některých navrhovatelů napadených (zbývajících) částí mimořádného opatření je jejich aktivní procesní legitimace dána, v jiných nikoliv. Např. navrhovatelka b) toliko tvrdí, že jí pro nesplnění podmínek tzv. bezinfekčnosti bylo odmítnuto poskytnutí

pokračování

masérských služeb; navrhovatelka c) zase pouze uvádí (a dokládá), že jako provozovatelka vykonává masérské, rekondiční a regenerační služby. Přestože se argumentace ohledně dotčení jejich práv zjevně týká toliko služeb uvedených v čl. I bodě 2 a samotného vymezení podmínek tzv. bezinfekčnosti v čl. I bodě 17 napadeného opatření, obě brojí proti celému opatření; ve vztahu k regulaci jiných služeb či akcí však žádná z nich ničeho neuvádí. Stejně tak argumentaci navrhovatele a) o dotčenosti práv jeho členů (podnikatelů) nelze vztáhnout ke všem ustanovením napadeného opatření.

[28] Soud nicméně shledal, že společně formulované návrhy navrhovatelů jsou ve všech jejich zbývajících částech (tedy krom těch, které již byly odmítnuty pro odpadnutí předmětu řízení) zjevně neopodstatněné (viz pasáž III. 3 tohoto rozhodnutí). V procesní situaci, kdy část návrhu má být odmítnuta pro absenci aktivní procesní legitimace navrhovatele a zbývajíc část návrhu má být stejně tak odmítnuta, avšak pro zjevnou neopodstatněnost, nepovažuje NSS ve své rozhodovací praxi za účelné a hospodárné se podrobně zabývat naplněním aktivní procesní legitimace navrhovatele ve vztahu ke každému jednotlivému ustanovení (či dokonce dílčímu pravidlu) napadeného opatření, když stejně nejsou dány předpoklady plného věcného přezkumu žádného z nich (srov. usnesení NSS ze dne 31. 1. 2022, č. j. 8 Ao 31/2021 - 109, ze dne 24. 2. 2022, č. j. 8 Ao 34/2021 - 78, ze dne 19. 5. 2022, č. j. 2 Ao 27/2021 - 23, ze dne 15. 6. 2022, č. j. 2 Ao 24/2021 - 36, ze dne 29. 6. 2022, č. j. 2 Ao 25/2021 - 60, či ze dne 20. 7. 2022, č. j. 2 Ao 28/2021 - 24). Nejvyšší správní soud se proto v řešené věci nezabýval tím, který z navrhovatelů byl aktivně procesně legitimován k podání návrhu na zrušení, resp. nyní deklaraci nezákonnosti, jakých konkrétních částí napadeného mimořádného opatření, neboť na jimi společně uplatněnou argumentaci dopadá postup dle § 13 odst. 3 pandemického zákona.

III. 3 Zjevná neopodstatněnost zbytku návrhů

[29] Podle § 13 odst. 3 pandemického zákona, *je-li návrh zjevně neopodstatněný, soud jej mimo ústní jednání bez přítomnosti účastníků usnesením odmítne*. Nejvyšší správní soud již dříve podrobně vyložil, že institut zjevné neopodstatněnosti má své místo mimo jiné tam, kde se již ve své rozhodovací praxi obdobnou věcí zabýval, rozhodl zamítavým rozsudkem a nemá důvod se od svého dříve vyjádřeného právního názoru odchýlit. Jedná se o specifický režim soudního přezkumu podle pandemického zákona, jehož účelem je zrychlené a zjednodušené rozhodnutí o návrhu (srov. např. usnesení NSS ze dne 18. 5. 2021, č. j. 5 Ao 2/2021 - 52, č. 4211/2021 Sb. NSS, body [10] - [13], či ze dne 8. 7. 2021, č. j. 7 Ao 19/2021 - 19). Postup zvolený v takových případech zdejším soudem aproboval i Ústavní soud (viz např. usnesení ze dne 22. 6. 2021, sp. zn. III. ÚS 1482/21, ze dne 28. 7. 2021, sp. zn. III. ÚS 1498/21, či ze dne 17. 8. 2021, sp. zn. II. ÚS 2129/21).

[30] Navrhovatelé tvrdí, že napadené opatření je diskriminační, neboť upřednostňuje očkované osoby před těmi neočkovanými; v důsledku toho jsou provozovatelé služeb údajně nuceni k porušování § 6 zákona o ochraně spotřebitele, který diskriminaci spotřebitelů zapovídá. Otázkou, zda neočkované osoby neprodělavší onemocnění covid-19 nebyly diskriminovány tím, že nemohly prokázat svoji tzv. bezinfekčnost podle čl. I bodu 17 mimořádného opatření za účelem užívání regulovaných služeb, se již NSS zevrubně zabýval v rozsudcích ze dne 2. 2. 2022, č. j. 8 Ao 2/2022 - 53, a ze dne 21. 4. 2022,

č. j. 8 Ao 9/2022 – 101; v nich jak z hlediska namítané diskriminace neočkovaných osob, tak i tvrzené nepřiměřenosti posuzoval zákonnost obdobně formulovaných podmínek pro prokázání tzv. bezinfekčnosti. Naznal, že z odůvodnění opatření vyplývá, že očkované osoby byly favorizovány ve vztahu k možnosti prokázat svou tzv. bezinfekčnost z důvodu, že mají v případě setkání s člověkem nemocným covid-19 nižší riziko nákazy, zkracuje se u nich doba vylučování viru, v jejich organismu jsou vytvořeny nepříznivé podmínky pro replikaci viru a během nákazy jsou s větší pravděpodobností chráněny před závažným průběhem onemocnění. Nepředstavují proto z hlediska dosažení cíle sledovaného mimořádným opatřením, kterým je zejména ochrana systému zdravotní péče před přetížením, takové riziko jako neočkované osoby (srov. odst. [84] – [85] rozsudku sp. zn. 8 Ao 2/2022). Neočkovaným osobám, které nemoc neprodělaly, tedy nebylo umožněno využívat vymezené služby z odborných (medicínských) důvodů. V odst. [109] rozsudku sp. zn. 8 Ao 9/2022 pak NSS zopakoval: „*Navrhovatelé se nepodařilo vyvrátit tvrzení odpůrce, že se neočkované osoby snáze nakazí při styku s infekční osobou a že mohou mít závažnější průběh onemocnění. Současně z odborných podkladů provedených soudem k důkazu vyplývá, že rychlejší pokles virové nálože u očkovaných osob může mít vliv na další šíření infekce ve společnosti. Neočkované osoby, které onemocnění neprodělaly, naopak mohou být při nákaze více nakažlivé pro své okolí (zejména z hlediska doby, po kterou mohou vir šířit).*“

[31] V nyní projednávané věci navrhovatelé, stejně jako tomu bylo např. ve věcech sp. zn. 2 Ao 23/2021 či 2 Ao 27/2021, žádným způsobem nezpochybnili důvody a odborné podklady, pro které odpůrce přijal napadené opatření a na jejichž základě omezil neočkované osoby v možnosti využívat služby regulované mimořádným opatřením. Platí proto i nadále závěry vyslovené v odst. [78] rozsudku sp. zn. 8 Ao 2/2022, v němž zdejší soud dospěl k závěru, že neočkované osoby bez prodělaného onemocnění se nenacházejí ve srovnatelném postavení s očkovanými osobami; nejsou diskriminovány tím, že jim čl. I bod 17 mimořádného opatření neumožňuje prokázat tzv. bezinfekčnost prostřednictvím negativního výsledku PCR testu, a tedy provádět činnosti a využívat služby regulované mimořádným opatřením (shodně srov. odst. [28] – [29] rozsudku sp. zn. 2 Ao 33/2021, odst. [25] rozsudku sp. zn. 2 Ao 28/2021, odst. [26] rozsudku sp. zn. 2 Ao 26/2021, či odst. [29] rozsudku sp. zn. 2 Ao 25/2021). Jestliže ovšem sami neočkovaní zákazníci nejsou vůči těm očkovaným diskriminováni, pak nelze navrhovatelům přisvědčit v tom, že provozovatelé jsou napadeným opatřením nuceni k porušování zákazu diskriminace při poskytování služeb (§ 6 zákona o ochraně spotřebitele). Na tomto závěru ničeho nemění ani odkaz navrhovatelů na *vyjádření Veřejného ochrance práv ve zprávě o šetření ze dne 10. 5. 2013, sp. zn. 122/2012/DIS/JKV*. To (krom toho, že není závazné a vůbec se netýká pandemické situace) samo připouští možnost odepřít poskytnutí služby, pokud k tomu existuje nějaké legitimní ospravedlnění; takový důvod přitom v situaci neprokázání tzv. bezinfekčnosti, s ohledem na výše uvedené, existuje.

[32] Navrhovatelé ve vztahu k nevhodnosti zvolených prostředků bránících dalšímu šíření viru SARS-CoV-2 pouze argumentují, že odpůrce poprvé za celou dobu epidemie plošně přestal uznávat výsledky PCR testování, ačkoliv doposud byl s touto metodou spokojen (nevyužil možnosti pouze zkrátit dobu platnosti testu); poukazují též na to, že u zaměstnanců provozovatelů postačuje negativní výsledek testu a u zákazníků se nekontroluje absence příznaků onemocnění. Problematikou toho, zda neexistují i jiné nástroje než napadeným opatřením nastavené podmínky tzv. bezinfekčnosti, které do práv

pokračování

neočkovaných osob zasahují méně intenzivně a legitimního cíle (ochrany veřejného zdraví) dosahují se srovnatelným účinkem, se NSS již zabýval v rozsudku sp. zn. 8 Ao 2/2022, v odst. [88]. Konstatoval, že touto alternativou není PCR testování: *„PCR testem lze účinně prokázat, že určitá osoba není v daném okamžiku infekční. Pakliže by byl negativní výsledek PCR testu přijímán jako průkaz tzv. bezinfekčnosti pro neočkované osoby bez prodělaného onemocnění, bylo by těmto osobám umožněno provádět činnosti a využívat služby regulované mimořádným opatřením. Tento nástroj by proto do práv neočkovaných osob zjevně zasahoval méně intenzivně než jejich úplné vyloučení. Prokázání se negativním výsledkem PCR testu by nicméně nedosáhlo sledovaného cíle se srovnatelným účinkem. Nijak by totiž nezmenšilo riziko nákazy a možnost vážného průběhu onemocnění. Hrozba zahlcení zdravotního systému by tak zůstala stejná. I kdyby byla zavedena povinnost prokazovat se negativním PCR testem pro všechny osoby bez ohledu na očkování, není s ohledem na současné množství viru v populaci a jeho prudké šíření vyloučeno, že by se neočkovaná osoba bez prodělaného onemocnění nesetkala s nakaženou osobou. PCR test totiž nemusí vždy zachytit nakaženého jedince zejména s ohledem na odstup mezi provedením testu a dobou jeho platnosti, po kterou lze služby využívat. Nadto u dlouhodobějších služeb typu ubytování by se musely osoby testovat prakticky stále znovu, což by bylo jen stěží realizovatelné. Ochrany zdravotního systému před zahlcením by proto ani v tomto případě nebylo dosaženo. Pro účely dosažení sledovaného cíle se proto omezení těchto osob z určitých oblastí života jeví jako potřebné, respektive navrhovatelka tuto potřebnost relevantním způsobem nevyvrátila“* (shodně srov. odst. [32] rozsudku sp. zn. 2 Ao 33/2021). NSS již také v odst. [30] rozsudku sp. zn. 2 Ao 25/2021 vyslovil, že *„poukaz na to, že PCR testování bylo až do vydání napadeného opatření akceptovanou metodou pro prokazování tzv. bezinfekčnosti, sám o sobě nepopírá odborné důvody, jež odpůrce (s ohledem na zhoršení epidemiologické situace) vedly ke změně nastavení parametrů regulace využívání vymezených služeb.“* V odst. [32] rozsudku sp. zn. 2 Ao 26/2021 (shodně srov. odst. [30] sp. zn. 2 Ao 25/2022) pak NSS konstatoval, že *„ani skutečnost, že odpůrce i v době vydání napadeného opatření připouštěl v případě některých naprosto nezbytných činností (např. zaměstnání či vzdělávání ve školách) testování jako dostačující prostředek pro boj s epidemií covid-19, nevylučuje to, aby u jiných zbytných činností zvolil z důvodu ochrany veřejného zdraví přísnější režim.“* Tež skutečnost, že zákazníkům bylo zakázáno využít služby (navštívit akce) také v případě, kdy vykazují klinické příznaky onemocnění covid-19, avšak provozovatelům nebyla uložena povinnost splnění této podmínky kontrolovat a odpůrce ji (dle svého vyjádření) ponechal na městské a státní policii, nečiní bez dalšího kontrolu splnění podmínek tzv. bezinfekčnosti zbytečnou či nesmyslnou.

[33] Pokud jde o možnost některých skupin osob uvedených v čl. I bodě 17 písm. a) napadeného opatření prokazovat svou tzv. bezinfekčnost (pouze) negativním výsledkem PCR testu, Nejvyšší správní soud uvádí, že se již opakovaně zabýval také tím, zda tyto osoby nebyly oproti ostatním neočkovaným privilegovány bezdůvodně. Dospěl přitom k závěru, že tomu tak nebylo, neboť jiné zacházení s nimi vycházelo z jejich odlišného postavení; ve vztahu k osobám tzv. rozočkovaným srov. odst. [111]-[113] rozsudku sp. zn. 8 Ao 9/2022, k osobám mladším 18 let srov. odst. [114]-[115] rozsudku sp. zn. 8 Ao 9/2022 a k osobám s tzv. kontraindikací vůči očkování srov. odst. [29] rozsudku sp. zn. 2 Ao 27/2021.

[34] Omezování přístupu neočkovaných osob k vybraným službám podle navrhovatelů představuje jejich nucení k plošné vakcinaci. Zdejší soud však již vyslovil, že z odůvodnění

mimořádného opatření nevyplývá, že by jeho cílem mělo být nepřímé donucení neočkovaných k očkovaní stanovením určitých zákazů a omezení. V odst. [81] - [85] rozsudku sp. zn. 8 Ao 2/2022 konstatoval: „osoby nelze vyloučit z provádění činností a využívání služeb regulovaných mimořádným opatřením jen z toho důvodu, že nepodstoupily dobrovolné očkování. Dokud není stanovena očkovací povinnost, je na každém, aby se sám rozhodl, zda se nechá naočkovat, či nikoliv. (...) Nátlak na očkování skrze mimořádné opatření by proto sám o sobě nepředstavoval legitimní cíl, který by ospravedlňoval stanovená omezení neočkovaných osob, které onemocnění covid-19 v poslední době neprodělaly. (...) Z odůvodnění mimořádného opatření nicméně nevyplývá, že by jeho cílem mělo být donutit neočkované osoby k očkovaní stanovením určitých zákazů a omezení. Podle odůvodnění mimořádného opatření i tvrzení odpůrce v průběhu řízení před soudem bylo cílem to, aby došlo ke zmenšení rizika přenosu onemocnění mezi jedinci a ke snížení rizika dalšího zhoršení epidemické situace v celé populaci tak, aby se předešlo zahlcení a zhroucení zdravotního systému. (...) Odpůrce v této souvislosti vzal v úvahu skutečnost, že osoby neočkované bez imunity získané prodělanou nemocí mohou být onemocněním covid-19 více postiženy na zdraví, a představují tak pro zdravotní systém větší hrozbu. (...) Odpůrcem tvrzeňým cílem napadeného mimořádného opatření proto je jak ochrana nejvíce zranitelných osob, tak ale zejména zdravotního systému jako celku“ (shodně srov. např. rozhodnutí NSS ze dne 9. 6. 2022, č. j. 2 Ao 32/2021 - 44, odst. [45]; ze dne 15. 6. 2022, č. j. 2 Ao 24/2021 - 36, odst. [25]; ze dne 16. 6. 2022, č. j. 2 Ao 33/2021 - 29, odst. [21]; ze dne 29. 6. 2022, č. j. 2 Ao 25/2021 - 60, odst. [33], či ze dne 9. 8. 2022, č. j. 2 Ao 26/2021 - 57, odst. [28]).

[35] Navrhovatelé dále namítají, že stanovení povinnosti provozovatelům služeb kontrolovat u svých zákazníků splnění podmínek tzv. bezinfekčnosti představuje nepřípustný přenos kontrolní a dozorčí činnosti odpůrce (delegaci výkonu státní správy) na podnikatele; argumentují také tím, že v pandemickém zákoně není stanovena povinnost provozovatelů realizovat jakékoli kontroly osob. Nejvyšší správní soud předesílá, že mimořádným opatřením mohou být určité služby vyjmenované v § 2 odst. 2 pandemického zákona [např. právě dle písm. c) – tj. masérské, regenerační nebo rekondiční služby a živnosti, při nichž je porušována integrita kůže] omezeny a mohou být stanoveny podmínky jejich poskytování; současně mohou být přikázány určité činnosti (srov. rozsudky NSS ze dne 2. 2. 2022, č. j. 8 Ao 2/2022 - 53, ze dne 20. 4. 2022, č. j. 2 Ao 22/2021 - 38, či ze dne 18. 5. 2022, č. j. 2 Ao 23/2021 - 40). Takovou podmínkou přitom může být i stanovení povinností (srov. rozsudek NSS ze dne 22. 4. 2021, č. j. 6 Ao 11/2021 - 48, č. 4203/2021 Sb. NSS, bod [65]), mimo jiné kontrolovat tzv. bezinfekčnost zákazníků (srov. rozsudek NSS ze dne 28. 1. 2022, č. j. 8 Ao 29/2021 - 98, v odst. [20]). V tomtéž rozhodnutí zdejší soud vyslovil, že „stanovením povinnosti kontrolovat splnění podmínek [tzv. bezinfekčnosti] nedochází bez dalšího k nepřípustné delegaci výkonu veřejné (státní) správy (...) Kontrola splnění podmínek tzv. bezinfekčnosti a případné neumožnění vstupu do prostor, kde se koná schůze společenství vlastníků jednotek, je jistě omezením provozovatele i potenciálního účastníka, nelze je však označit za „správu veřejných záležitostí“ či za „výkon veřejné moci“. Jde pouze o kontrolu toho, zda se daná osoba může zasedání zúčastnit (...). Právní řád navíc běžně na řadě míst předpokládá, že soukromé osoby v různých situacích ověřují (kontrolují), zda jiné osoby splňují podmínky (povinnosti) předpokládané veřejnoprávními předpisy, aniž by tím však byl bez dalšího nepřípustně delegován výkon veřejné správy, jak dovozuje navrhovatel. Poukázat lze v této souvislosti např. na odpůrcem uváděný příklad provozovatele restauračního zařízení

pokračování

a zjišťování věku osob, kterým prodává alkohol (§ 11 odst. 5 zákona č. 65/2017 Sb., o ochraně zdraví před škodlivými účinky návykových látek). Obdobně lze odkázat na zpřístupnění pyrotechnických výrobků pouze osobám, která dosáhly určitého věku [§ 5 odst. 1 zákona č. 206/2015 Sb., o pyrotechnických výrobcích a zacházení s nimi a o změně některých zákonů (zákon o pyrotechnice)], povinnost dopravců dopravovat ze třetích zemí pouze osoby s cestovním dokladem nebo vízem, je-li vzhledem k účelu a cíli cesty potřebné nebo je-li podmínkou pobytu v tranzitním prostoru letiště (§ 104 odst. 1 a 2 zákona č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky) nebo řadu kontrolních povinností stanovených např. finančním a úvěrovým institucím nebo provozovatelům hazardních her a dalším soukromým osobám v zákoně č. 253/2008 Sb., o některých opatřeních proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu.“ (srov. odst. [21] rozsudku sp. zn. 8 Ao 29/2021). V rozsudku ze dne 28. 1. 2022, č. j. 9 Ao 24/2021 - 90, pak NSS k protiargumentu, že povinnost provozovatelů kontrolovat podmínky pro prodej alkoholu je zakotvena přímo v zákoně, zatímco zde až v mimořádném opatření, uvedl: „to však platí pro všechny povinnosti, které jsou různým osobám konkrétně uloženy až v mimořádném opatření na základě obecného zmocnění obsaženého v pandemickém zákoně a zákoně o ochraně veřejného zdraví. Povinnost kontrolovat splnění podmínek podle čl. I. bodu 16 [v projednávané věci čl. I. bodu 17] v tomto směru není výjimkou, neboť jak bylo vyloženo výše, je pouze jednou z řady povinností ukládaných mimořádným opatřením, nikoli delegací výkonu státní správy, jak tvrdí navrhovatel. Postavení navrhovatele lze připodobnit postavení škol při organizaci testování žáků a studentů, (příčemž) rozšířený senát v bodě 55 rozsudku č. j. 9 As 264/2020 - 51 (na nějž poukazuje i navrhovatel), výslovně vyloučil, že by školy vykonávaly veřejnou správu. (...) Skutečnost, že má navrhovatel podle nyní přezkoumávaného mimořádného opatření znemožnit vstup do vnitřních prostor osobě, která splnění podmínek bodu 16 neprokáže, nelze považovat za oprávnění „sankcionovat“ ostatní osoby.“ Tyto závěry jsou dle Nejvyššího správního soudu plně aplikovatelné i na nyní řešenou věc, neboť se jedná o totožně konstruovanou povinnost provozovatelů služeb.

[36] Navrhovatelé též tvrdí, že není zřejmé, jak mají provozovatelé dálkovým způsobem ověřovat údaje uvedené na certifikátech (obzvláště pokud je odpůrce nevybavil odpovídajícím přístrojem); provozovatelé neovládající anglický jazyk pak dle nich nemohou kontrolovat tzv. zahraniční očkovací certifikát. Nejvyšší správní soud předně poukazuje na to, že dle čl. I bodu 17 písm. b) napadeného opatření splní podmínku tzv. bezinfekčnosti osoba, která „byla očkovaná proti onemocnění covid-19 a doloží národním certifikátem o provedeném očkování nebo certifikátem o provedeném očkování vydávaným podle nařízení Evropské unie o digitálním certifikátu EU COVID [viz Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2021/953 a 2021/954 ze dne 14. 6. 2021], za podmínky, že uplynulo nejméně 14 dní od dokončeného očkovacího schématu; za národní certifikát o provedeném očkování se považuje písemné potvrzení vydané alespoň v anglickém jazyce oprávněnou osobou působící v třetí zemi, jehož vzor je zveřejněn v seznamu uznaných národních certifikátů na internetových stránkách Ministerstva zdravotnictví; písemné potvrzení musí obsahovat údaje o očkované osobě, podaném typu vakcíny, datu podání vakcíny, identifikaci osoby, která potvrzení vydala, a tyto údaje musí být možné ověřit dálkovým přístupem přímo z písemného potvrzení“. Z citovaného ustanovení je dle soudu zřejmé, že certifikát představoval písemné potvrzení, toliko jehož držení zákazník měl provozovatel (nahlédnutím do něj) zkontrolovat; možnost ověřitelnosti na něm uvedených údajů dálkovým způsobem byla upravena jako požadavek formy samotného potvrzení, nikoliv jako (další) povinnost

stanovená provozovatelům ke kontrole. NSS již v odst. [22] rozsudku sp. zn. 8 Ao 29/2021 uvedl: „kontrolování tzv. bezinfekčnosti nevyžaduje žádné speciální znalosti, způsobilost či vybavení a nejedná se ani o provádění epidemiologického šetření. Jedná se pouze o ověření, zda je určitá osoba schopna doložit splnění mimořádným opatřením stanovených podmínek, které ji opravňují k účasti na dané akci. Jestliže odpůrci navrhovatel vytýká, že k takové činnosti jej nevybavil žádnými „nástroji“, lze pouze dodat, že k přechzení předloženého certifikátu či potvrzení nejsou žádné speciální nástroje potřeba“ (shodně srov. odst. [25] rozsudku sp. zn. 9 Ao 24/2021). Nejvyšší správní soud dodává, že povinnost kontrolovat splnění podmínek tzv. bezinfekčnosti prostřednictvím mobilní aplikace Ministerstva zdravotnictví „čTečka“ byla odpůrcem stanovena až později [mimořádným opatřením ze dne 29. 12. 2021, čj. MZDR 14601/2021-34/MIN/KAN], když odpůrce teprve tehdy poprvé uvedl, že „všude, kde se provozovatelům zařízení, poskytovatelům služeb a organizátorům akcí nařizuje kontrolovat splnění podmínek podle bodu I/15, nařizuje se činit tak prostřednictvím mobilní aplikace Ministerstva zdravotnictví „čTečka“, neboť se jedná o způsob zaručující spolehlivé ověření pravosti a platnosti prokazovaného dokladu obsahujícího QR kód, a to i vzhledem k rostoucímu množství zpráv o prokazování se nepravdivými, resp. falešnými potvrzeními“ (viz str. 26 daného opatření). Pokud jde o tzv. zahraniční očkovací certifikáty vyhotovené v anglickém jazyce, soud se ztotožňuje s odpůrcem, že pro kontrolu spočívající výhradně v tom, zda předložená písemnost obsahuje požadované údaje (jméno a příjmení, datum narození, datum vydání, informaci o očkovací látce, testu či prodělání nemoci a jedinečný identifikátor), není znalost daného jazyka nezbytně nutná.

[37] Kontrolování splnění podmínek tzv. bezinfekčnosti ze strany provozovatelů je dle navrhovatelů evidencí osobních údajů ve smyslu čl. 4, resp. zvláštní kategorie citlivých osobních údajů dle čl. 9 odst. 1 GDPR. NSS odkazuje na odst. [24] rozsudku sp. zn. 8 Ao 29/2021, v něm konstatoval: „napadená část mimořádného opatření stanovuje povinnost ověřit, zda osoba účastníci se akce splňuje podmínky tzv. bezinfekčnosti stanovené v čl. I bodě 16 [v projednávané věci čl. I. bod 17]. Taková povinnost je zcela nepochybně naplněna nahlédnutím do předloženého certifikátu o absolvovaném očkování, potvrzení o absolvovaném testu či prodělání nemoci (ať už v písemné či elektronické podobě). Nejvyšší správní soud se ztotožňuje s odpůrcem v tom, že na plnění povinnosti v této podobě nedopadá nařízení GDPR. Jeho věcná působnost je v čl. 2 odst. 1 vymezena tak, že se vztahuje na zcela nebo částečně automatizované zpracování osobních údajů a na neautomatizované zpracování těch osobních údajů, které jsou obsaženy v evidenci nebo do ní mají být zařazeny. Při výše popsaném způsobu kontroly tzv. bezinfekčnosti dle napadeného mimořádného opatření k automatizovanému zpracování osobních údajů docházet nemá a v případě neautomatizovaného zpracování není splněna podmínka vedení evidence takto zjištěných osobních údajů (tím se nyní posuzovaná věc liší od rozsudku NSS ze dne 14. 3. 2021, č. j. 8 Ao 1/2021 - 133, v němž se zabýval otázkou ochrany osobních údajů v souvislosti s evidováním provedených testů u zaměstnanců)“ (shodně srov. odst. [26] rozsudku sp. zn. 9 Ao 24/2021). Povinnost provozovatelů (tak jak byla nastavena napadeným opatřením, tedy nikoliv prostřednictvím mobilní aplikace „čTečka“) ověřit, zda zákazník splňuje podmínky tzv. bezinfekčnosti, nepředstavuje zpracování osobních údajů ve smyslu GDPR. Je-li totiž prováděna pouhým nahlédnutím do předloženého certifikátu či potvrzení, nedochází k žádnému automatizovanému zpracování osobních údajů (a to ani částečnému). O neautomatizovaném zpracování údajů by pak bylo možno uvažovat, pokud by provozovatelům bylo nařízeno, aby zjištěné osobní údaje nějakým způsobem

pokračování

evidovali; taková povinnost však stanovena nebyla. Napadené opatření provozovatelům služeb tedy neukládalo zpracovávat citlivé osobní údaje o zdravotním stavu zákazníků, jak tvrdí navrhovatelé; povinnost kontroly tzv. bezinfekčnosti proto nebyla stanovena v rozporu s předpisy na ochranu osobních údajů. Přisvědčit nelze ani argumentaci navrhovatelů, že ověřování podmínek tzv. bezinfekčnosti (které lze splnit u některých osob předložením negativního výsledku PCR testu, jinak předložením certifikátu o očkování nebo potvrzení o proděláním onemocnění covid-19 před méně než 180 dny) představovalo nepřiměřený zásah do soukromí kontrolovaných osob. Provozovatel totiž nekontroloval zdravotní stav zákazníků ani se neseznamoval s (lékařskými) záznamy o něm, pouze mu byl předkládán k nahlédnutí písemný dokument s informací, že zákazník splňuje některou z podmínek čl. I bodu 17 napadeného opatření; provozovatel navíc tuto informaci neuchovával ani neevidoval. K odkazu navrhovatelů na rozhodnutí Ústavního soudu sp. zn. SPR. ÚS 1003/21 pak Nejvyšší správní soud uvádí, že bylo vydáno podle informačního zákona a týkalo se neposkytnutí informace o proočkovanosti soudců daného soudu, pročez není v projednávané věci (pro problematiku prokazování tzv. bezinfekčnosti příjemci služeb) relevantní.

[38] Navrhovatelé dále poukazují na to, že napadené opatření není přiměřené, neboť povinnost provozovatelů kontrolovat tzv. bezinfekčnost svých zákazníků je nepřiměřeně zatěžuje (přináší administrativní zátěž a nařizuje jim odmítat část potenciálních zákazníků). V odst. [89] rozsudku sp. zn. 8 Ao 2/2022 NSS, byť ve vztahu k přiměřenosti takové regulace vůči zákazníkům, vyslovil, že *„je proto logické, že odpůrce při zvažování toho, zda uzavřít provozovny nebo úplně znemožnit poskytování služeb, nebo zda omezit z jejich využívání pouze rizikové osoby, přistoupil na variantu, která má nižší ekonomické a společenské dopady a která je současně schopná ochránit systém zdravotní péče. Zvolil tedy omezení pouze těch osob, které pro chybějící očkování nebo imunitu z prodělané nemoci představují největší riziko, včetně toho, že vypustil nejméně ohroženou skupinu dětí do 12 let. (...) Soud proto považuje s ohledem na tyto okolnosti za ještě přiměřené, že došlo oproti dřívějšímu stavu ke zpřísnění podmínek, za kterých je možné využívat některé služby a účastnit se některých akcí. Jestliže totiž existuje podle odpůrce relativně účinná ochrana proti těžkému průběhu onemocnění (byť není vyloučeno, že se jím člověk i přes očkování nakazí), není důvod k úplnému uzavření provozoven a služeb, tak jak tomu bylo např. na jaře 2021. Naopak je namísto regulaci směřovat vůči těm osobám, které mohou být tímto onemocněním nejvíce ohroženy a mohou tak následně ohrozit zdravotní systém. Jednak tím dochází k minimalizaci zásahu do práv a právem chráněných zájmů provozovatelů podniků a služeb, jednak je tím dosaženo ochrany zdraví neočkovaných osob a fungování zdravotního systému jako celku.“* Citované závěry jsou dle Nejvyššího správního soudu přiléhavé taktéž pro posouzení přiměřenosti napadeného opatření ve vztahu k provozovatelům služeb. Jakkoli je nezpochybnitelné, že povinnost kontrolovat tzv. bezinfekčnost zákazníků jim přinášela určitou zátěž a s tím související příkaz neposkytnout službu zájemcům nesplnivším stanovené podmínky také ekonomické ztráty, nejednalo se s ohledem na tehdejší epidemiologickou situaci a legitimní snahu odpůrce o ochranu veřejného zdraví (především zájem na zabránění kolapsu zdravotního systému a přeplněnosti nemocnic, zejména JIP a ARO oddělení) o nepřiměřenou regulaci. Jak shora uvedeno, alternativa v podobně úplného uzavření provozoven (tzv. „lockdown“) by byla pro provozovatele služeb daleko více omezující. Problematika finančních kompenzací ekonomických ztrát provozovatelů

(existence kompenzačních programů, jejich skladba, výše a případné další nároky na náhradu škody) nejsou předmětem tohoto řízení.

[39] Navrhovatelé taktéž vytýkají odpůrci, že povinnost kontrolovat tzv. bezinfekčnost zákazníků byla nařízena provozovatelům služeb uvedených v čl. I bodě 2 napadeného opatření, avšak nebyla uložena provozovatelům taxislužby, kosmetických salonů či v obchodech s oblečením. Nejvyšší správní soud nepřehlédl, že v některých svých rozhodnutích (týkajících se jiných mimořádných opatření odpůrce) deklaroval nezákonnost takového ustanovení, jež provozovateli (obdobně jako v nyní napadeném opatření) nařizovalo při vstupu do vnitřních prostor kontrolovat u zákazníka splnění podmínek tzv. bezinfekčnosti, neboť tato povinnost byla bez patřičného odůvodnění stanovena pouze některým provozovatelům služeb regulovaných mimořádným opatřením [viz např. rozsudky NSS sp. zn. 8 Ao 29/2021 a sp. zn. 9 Ao 24/2021 - navrhovatel společnosti vlastníků jednotek (dále též „SVJ“); sp. zn. 8 Ao 30/2021 a sp. zn. 9 Ao 20/2021 - navrhovatel provozovatelé kin]. K námitce tvrzené diskriminace spočívající v tom, že SVJ byla (jiným) mimořádným opatřením uložena povinnost kontrolovat tzv. bezinfekčnost, zatímco jiným provozovatelům (restauracím, veřejné dopravě nebo nákupním centřům) nikoliv, zdejší soud v odst. [26] rozsudku sp. zn. 8 Ao 29/2021 uvedl: *„odkaz navrhovatele na provoz veřejné dopravy a nákupních center není přílehlavý. V případě veřejné dopravy je třeba především zdůraznit, že její provoz nepředstavuje činnost, jež by napadenému opatření podléhala (a to z hlediska stanovení povinností provozovatelům ani z hlediska omezení „zákazníků“). Provoz nákupních center pak sice napadené opatření regulovalo (viz čl. I bod 4), povaha návštěvy nákupního centra i jeho provozu na straně jedné a zasedání (volby) orgánů právnických osob na straně druhé je však na první pohled zcela odlišná. Zasedání orgánů právnických osob totiž ze své povahy předpokládají delší a intenzivnější kontakt určitého (uzavřeného) okruhu osob, tedy jedná se z hlediska bránění dalšímu šíření epidemie o aktivitu svou povahou z hlediska likvidace epidemie zásadně odlišnou. To však již bez dalšího nemůže platit pro navrhovatelem zmiňovaný provoz restaurací (...) jak nicméně plyne z čl. I bodu 3 napadeného mimořádného opatření [jiného znění než nyní], toto ustanovení z hlediska dodržení podmínek tzv. bezinfekčnosti (včetně jejího prokazování) stanoví v případě provozoven stravovacích služeb povinnosti pouze zákazníkům [viz písm. b) daného ustanovení]. Provozovatel v případě stravovacích služeb je 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 tzv. bezinfekčnost přímo kontrolovat kvalitativně zcela odlišná a z hlediska zásahu do práv provozovatele stravovacích služeb mnohem méně významnější.“* Regulace stanovená přezkoumávaným opatřením je odlišná od shora poukazovaných rozhodnutí. V nyní napadeném opatření bylo všem provozovatelům služeb (vč. restaurací) recipročně uloženo, aby u svých zákazníků (kteří mají povinnost splňovat podmínky tzv. bezinfekčnosti) jejich dodržení kontrolovali; nejedná se tedy o situaci, kdy by docházelo k neodůvodněné odlišnému zacházení s jednotlivými provozovateli regulovaných služeb. Navrhovatelé zmiňují provoz taxislužby, který však není do napadeného opatření vůbec zahrnut [viz čl. I bod 1 – *„jde-li o provoz v maloobchodních prodejnách zboží a služeb a provozovněch těchto služeb, s výjimkou činností uvedených v bodu I/12 a vozidel taxislužby nebo jiné individuální smluvní přepravy osob“*]. Co se týče obchodů s oblečením, ty také explicitně do napadeného opatření zahrnuty nebyly; jistá omezení se týkala pouze nákupních center přesahujících určitou prodejní plochu (viz čl. I bod 4). Soud však, stejně jako ve věci

pokračování

sp. zn. 8 Ao 29/2021, naznal, že povaha návštěvy nákupního centra (včetně obchodu s oblečením) je z hlediska epidemiologické rizikovosti na první pohled odlišná od poskytování masérských služeb, při nichž dochází k dlouhodobému a velmi blízkému kontaktu osob, jenž představuje vysoké riziko nákazy. Jde-li o kosmetické salony, na ty naopak dopadá zcela shodná regulace jako na provozovatele masérských služeb (taktéž je jim uloženo u svých zákazníků kontrolovat tzv. bezinfekčnost), neboť obě tyto činnosti byly zahrnuty ve stejném ustanovení napadeného opatření [viz čl. I bod 2 – „*jde-li o provoz holičství, kadeřnictví, pedikúry, manikúry, solárií, kosmetických, masérských a obdobných regeneračních nebo rekondičních služeb a provozování živnosti, při níž je porušována integrita kůže*“].

[40] K tvrzené legislativní chybě spočívající v nejasném vztahu pravidel upravených v čl. I bodě 2 písm. b) a c) napadeného opatření soud poukazuje na to, že navrhovatelé i odpůrce se společně shodují na tom, že povinnost provozovatelů kontrolovat splnění podmínek tzv. bezinfekčnosti nedopadá na děti do dovršení 12 let věku; za této situace soud nepovažoval za nezbytné se zabývat precizností formulace daného ustanovení. Případné pochybení odpůrce při formulaci daného pravidla by totiž bylo odstranitelné jeho výkladem, a tudíž nezavdávalo důvod pro zrušení, resp. deklaraci jeho nezákonnosti.

IV. Závěr a náklady řízení

[41] Nejvyšší správní soud s ohledem na výše uvedené návrhy v části odmítl pro odpadnutí předmětu řízení (výrok I.); ve zbytku je, v návaznosti na svoji předchozí rozhodovací praxi v obdobných věcech, shledal zjevně neopodstatněnými, a proto je podle § 13 odst. 3 věty první pandemického zákona odmítl jako zjevně neopodstatněné (výrok II.).

[42] Rozhodnutí o nákladech řízení vychází u odmítnutých částí z § 60 odst. 3 s. ř. s. (podle něž žádný z účastníků nemá právo na náhradu nákladů řízení, byl-li návrh odmítnut) a u částí odmítnutých pro zjevnou neopodstatněnost z principu úspěchu ve věci v souladu s § 60 odst. 1 větou první s. ř. s. (k tomu srov. usnesení rozšířeného senátu NSS ze dne 25. 3. 2021, č. j. 8 As 287/2020 - 33, část III.4). Navrhovatelé (na základě zjednodušeného posouzení věci) v řízení úspěch neměli, proto nemají právo na náhradu nákladů řízení. Procesně úspěšnému odpůrci v řízení žádné náklady nad rámec běžné úřední činnosti nevznikly, proto mu soud jejich náhradu nepřiznal.

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

V Brně 19. srpna 2022

JUDr. Miluše Došková
předsedkyně senátu

