



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy Petra Mikeše a soudců Milana Podhrázkého a Faisala Husseiniho v právní věci navrhovatele: **M. M.**, zast. Mgr. Davidem Zahumenským, advokátem se sídlem třída Kpt. Jaroše 1922/3, Brno, proti odpůrci: **Ministerstvo zdravotnictví**, se sídlem Palackého náměstí 375/4, Praha 2, o návrhu na zrušení opatření obecné povahy odpůrce ze dne 29. 12. 2021, čj. MZDR 14601/2021-34/MIN/KAN, v rozsahu čl. I bodu 3 písm. b), bodu 13 písm. b) a c) a bodu 15,

t a k t o :

- I. Návrh týkající se čl. I bodu 3 písm. b) opatření obecné povahy odpůrce ze dne 29. 12. 2021, čj. MZDR 14601/2021-34/MIN/KAN, **s e o d m í t á .**
- II. Návrh **s e** ve zbývajících částech **z a m í t á .**
- III. Žádný z účastníků **n e m á** právo na náhradu nákladů řízení.

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci

[1] Navrhovatel se návrhem na zrušení opatření obecné povahy podaným u Nejvyššího správního soudu dne 5. 1. 2022 domáhal zrušení mimořádného opatření odpůrce ze dne 29. 12. 2021, čj. MZDR 14601/2021-34/MIN/KAN, v rozsahu v rozsahu čl. I bodu 3 písm. b), bodu 13 písm. b) a c) a bodu 15. Toto mimořádné 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, ve znění účinném od 1. 5. 2020 (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, ve znění účinném do 14. 1. 2022 (dále „pandemický zákon“).

[2] Mimořádné opatření stanovilo s účinností od 3. 1. 2022 podmínky pro vstup osob do některých vnitřních a venkovních prostor nebo pro účast na hromadných akcích nebo na jiných činnostech. Pro možnost využití některých služeb, vstup do provozoven či účast na akcích bylo jednotlivými ustanoveními mj. vyžadováno naplnění podmínek dle čl. I bodu 15 mimořádného opatření. Těmito podmínkami jsou 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, a to 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 mimořádné opatření bylo s účinností od 17. 1. 2022 změněno mimořádným opatřením odpůrce ze dne 14. 1. 2022 čj. MZDR 1518/2022-1/MIN/KAN, a to v rozsahu čl. I bodu 10 a bodu 14. Dne 26. 1. 2022 odpůrce vydal mimořádné opatření čj. MZDR 2873/2022-1/MIN/KAN, kterým s účinností od 15. 2. 2022 změnil napadené mimořádné opatření ve znění mimořádného opatření ze dne 14. 1. 2022, a to tak, že omezil tzv. bezinfekčnost očkovaných osob na 270 dní, nebyla-li podána posilující dávka [čl. I bod 15 písm. b) mimořádného opatření]. Nejvyšší správní soud rozsudkem ze dne 2. 2. 2022, čj. 8 Ao 2/2022-53, č. 4313/2022 Sb. NSS, *tzv. bezinfekčnost u stravovacích a ubytovacích služeb*, zrušil k 10. 2. 2022 napadené mimořádné opatření v části čl. I bodu 3 písm. b) v rozsudku uvedených slovech a bodu 6 písm. b) odrážky i) ve slově „nebo“ a odrážky ii) a písm. d). K témuž datu odpůrce následně mimořádným opatřením ze dne 9. 2. 2022, čj. MZDR 1518/2022-2/MIN/KAN, zrušil celé napadené mimořádné opatření.

II. Obsah návrhu na zrušení mimořádného opatření

[4] Navrhovatel ke své aktivní procesní legitimaci uvedl, že prodělal covid-19 zřejmě na přelomu října a listopadu 2020. Dne 1. 12. 2020 měl pozitivní test na protilátky, přičemž toto testování pravidelně opakuje, vždy s kladným výsledkem. Dne 21. 10. 2021 si nechal vyšetřit i buněčnou imunitu s výsledkem 520,34 mlU/ml, přičemž hraniční mez je 100-200 mlU/ml. Navrhovatel považuje imunitu po proděláném onemocnění za komplexnější, než je imunita po očkování. Současné vakcíny jsou zaměřeny pouze proti Spike proteinu. Cítí se proto být diskriminován odlišným zacházením. Zatímco osoby, u kterých se protilátky pouze předpokládají na základě očkování nebo na základě pozitivního PCR testu, mohou využívat služby restaurací a kaváren a chodit do kina, navrhovatel tyto služby využít nemůže, přestože má opakovaně potvrzení o přítomnosti protilátek i T-buněčné imunity. V této souvislosti poukázal na to, že Švýcarsko průkaz o pozitivním nálezu protilátek uznává po dobu tří měsíců. U osoby s proděláným onemocněním covid-19 je nižší riziko zátěže zdravotního systému v případě reinfekce. Jsou-li očkovaní lidé vedeni jako bezinfekční bez časového limitu, pak i on chce být takto veden. Napadené opatření zasahuje závažným způsobem do jeho práva na svobodu pohybu a na ochranu soukromí, neboť nemůže využít celé řady služeb, aniž by se nechal očkovat. Navrhovatel byl zvyklý

pokračování

chodit do restaurace a navštěvovat kina a koncerty jako běžný spotřebitel. Tyto služby nemůže využívat, protože není očkovan, přestože má protilátky po prodělaném onemocnění i buněčnou imunitu. Napadeným opatřením je přímo dotčen, neboť je omezován v běžném životě.

[5] K samotným důvodům návrhu na zrušení mimořádného opatření navrhovatel uvedl, že je nedůvodně znevýhodněn jako osoba, která onemocnění covid-19 prodělala a je chráněna přirozenou imunitou, proti osobám, které se mohou prokázat negativním výsledkem PCR testu, proti očkovaným osobám a proti osobám, které prodělaly laboratorně potvrzené onemocnění covid-19 ve stanovené době. U těchto osob neexistuje důkaz o tom, že by byly bezinfekční. PCR test může být i falešně pozitivní. Osobě proto může být přiznána bezinfekčnost, přestože se s virem nesetkala. To je u navrhovatele vyloučeno s ohledem na množství a podrobnost vyšetření, které absolvoval. Očkovaným osobám je status bezinfekčnosti poskytován na neomezenou dobu bez ověření, zda u nich došlo k navození imunitní ochrany a zda tato ochrana trvá. Navrhovatel byl vyšetřen na přítomnost protilátek a i na přítomnost T-buněčné imunity. Navrhovatel odkázal na rozsudek NSS ze dne 30. 6. 2021, čj. 6 Ao 21/2021-23, č. 4240/2021 Sb. NSS, *uznávání protilátek I*, který postup odpůrce spočívající v nezahrnutí laboratorního vyšetření na protilátky mezi podmínky vstupu do některých prostor či k účasti na hromadných akcích bez řádného zdůvodnění označil za libovůli a diskriminaci. Napadené opatření podle navrhovatele v odůvodnění selektivně uvádí argumenty, které zpochybňují přirozenou imunitu a možnost jejího ověření laboratorními vyšetřeními. Zároveň však opomíjí odborné poznatky ohledně omezené délky trvání ochrany po očkování. Navrhovatel v této souvislosti odkazuje na odůvodnění mimořádného opatření odpůrce ze dne 26. 11. 2021, čj. MZDR 32150/2021-14/OLZP, k podání posilující dávky očkování. Účinnost očkování se posuzuje na základě hodnocení hladiny protilátek. To však odpůrce v odůvodnění napadeného opatření zamlčuje. V tom se projevuje diskriminační a neodborný postup odpůrce. Na jednu stranu tvrdí, že není možné s protilátkami a jejich hladinou pracovat, aby na druhou stranu v jiném opatření citoval, jak se měření protilátek používá při hodnocení účinnosti očkovacích látek. Navrhovatel odkázal na graf, ze kterého má vyplývat, že lidé, kteří prodělali onemocnění, v nemocnicích nejsou, na rozdíl od očkovaných, kteří onemocnění neprodělali.

[6] Evropské centrum pro prevenci nemocí (dále jen „ECDC“) vydalo v říjnu 2021 doporučení, aby indikace pro testování nerozlišovala mezi očkovanými a neočkovanými jedinci. Odpůrce toto doporučení nerespektuje, přestože na doporučení ECDC v opatřeních často dokazuje. Podle ECDC diskriminace mezi osobami, které se podrobily očkování, a osobami, které jsou chráněny z jiného důvodu, není ospravedlnitelná. Odpůrce podrobuje testování očkované osoby ve školách i ve firmách. Rovněž karanténa je znovu nařizována také očkovaným.

[7] Všeobecně uznávanou alternativou očkování je imunita získaná proděláním onemocnění. Zákon o ochraně veřejného zdraví v § 46 odst. 2 uvádí, že se pravidelné a zvláštní očkování neprovede při zjištění imunity vůči infekci. Není dán důvod, aby se v případě onemocnění covid-19 postupovalo odlišně. Imunolog Karel Drbal v pořadu Události Komentáře, ČT 24, 12. 11. 2021, uvedl, že vakcíny nebyly konstruovány tak, aby zabránily šíření viru. Izraelská studie *Comparing SARS-CoV-2 natural immunity to vaccine-*

induced immunity: reinfections versus breakthrough infections (dále jen „izraelská studie“) ze srpna 2021, kterou odpůrce ignoroval, srovnávala plně očkované osoby s osobami, které onemocněly prodělaly, a s osobami, které dostaly jednu dávku vakcíny. Výsledkem bylo, že přirozená imunita je mnohem silnější. Stejně tak na stránkách Českého zdravotního ústavu byl zveřejněn článek *Protilátky po prodělané infekci poskytují dostatečnou a dlouhodobou ochranu proti onemocnění COVID-19* se závěrem, že stanovení protilátek proti koronaviru je spolehlivou metodou prokazující prodělanou infekci, že se protilátky v krvi vyskytují minimálně 10 měsíců po proděláním onemocnění a že případná vzácná reinfekce bude mít velmi mírný průběh. Stejně závěry vyplývají z rozhovoru s imunologem V. T. Studie PROSECO potvrzuje, že vyšetření protilátek a jejich správná interpretace je přesnější než pouhý záchyt pozitivitu PCR testy. Ze studie M. P. zveřejněné v září 2021 vyplývá, že proděláním nemoci poskytuje velmi dobrou ochranu, která trvá přinejmenším rok. K tomu dále navrhovatel odkazuje na zprávu ze dne 25. 10. 2021 předloženou Státním zdravotním ústavem poslancům a senátorům. Navrhovatel dokládá odbornými studiemi, že účinnost očkování v čase klesá a že se i očkované osoby mohou nakazit a infekci dále šířit. Očkování má tedy malý vliv na to, jak je očkovaný člověk pro své okolí nakažlivý.

[8] Odpůrce si musel být těchto poznatků vědom, neboť sám v mimořádném opatření ze dne 25. 6. 2021 stanovil jako podmínku pro vstup do některých vnitřních a venkovních prostor při hromadných akcích časové omezení od očkování nejméně 22 dnů a nejvíce 9 měsíců při aplikaci dvou dávek, a 14 dnů až 9 měsíců při aplikaci jedné dávky. Také bývalý ministr zdravotnictví Roman Prymula se v médiích vyjádřil, že je třeba testovat i již naočkované osoby. Napadené opatření nerozlišuje mezi tím, zda je osoba očkována dvěma či třemi dávkami vakcíny, přestože ochrana dvou dávkami očkování proti variantě omikron je nízká. Nadto vzrůstají informace o škodlivých účincích očkování. V právním státě není možné, aby exekutiva vymáhala očkování u osob, u kterých dospěla k závěru, že pro ně očkování není povinné. Z hlediska boje s epidemií je nežádoucí, aby bylo očkování stanoveno jako doklad o bezinfekčnosti, jestliže bezinfekčnost nezajišťuje. Napadené opatření je proto v rozporu s čl. 4 odst. 4 Listiny základních práv a svobod.

[9] Napadené opatření není založeno na aktuálních odborných podkladech. Opatření odkazuje na stránky ECDC, kde se však lze dočíst i to, že ochrana poskytovaná očkováním je omezena na 6 měsíců, kdežto ochrana po proděláním nemoci činí 12 měsíců. To však odpůrce v napadeném opatření nezohledňuje. Není-li bezinfekčnost časově omezena u očkování, tím spíše není namístě její časové omezení u proděláním onemocnění. Švýcarsko jako doklad bezinfekčnosti uznává protilátky. Odpůrce nepostupuje v souladu se zásadou přiměřenosti. Osoby pravděpodobně chráněné proti reinfekci onemocnění covid-19 přirozeným proděláním nemoci totiž znevýhodňuje proti osobám, které se mohou prokázat negativním výsledkem PCR testu, proti očkovaným osobám a proti osobám, které prodělaly laboratorně potvrzené onemocnění covid-19 ve stanovené době.

[10] Dne 15. 1. 2022 navrhovatel doplnil návrh o studii *SARS-CoV-2 variants of concern and variants under investigation in England* ze dne 31. 12. 2021. Očkování nechrání před šířením nemoci a ochrana poskytovaná očkováním není trvalá, nýbrž trvá nejvýše několik měsíců. Očkovací látky mají proti variantě omikron nižší účinek. Půl roku po podání druhé dávky klesá účinnost očkovací látky téměř k nule. Rovněž po podání třetí dávky

pokračování

chrání očkování pouze krátce. Lidé, kteří se očkovali před více než půl rokem dvěma dávkami, již nemají žádnou ochranu před virem. Přesto jim opatření umožňuje navštěvovat provozovny a využívat služby. Navrhovatel má ověřenou buněčnou imunitu a protilátky, přesto může tak akorát sedět doma.

III. Vyjádření odpůrce

[11] Odpůrce k návrhu na zrušení opatření obecné povahy uvedl, že soud má být při posuzování přiměřenosti opatření obecné povahy zdrženlivý (rozsudek NSS ze dne 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 nejasností o šíření či vlastnostech koronaviru 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 na 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] Riziko reinfekce je u očkováných osob velmi nízké. Pokud se očkováná osoba setká s nakaženým člověkem, je riziko nákazy několikanásobně nižší než u neočkováných osob, které onemocnění neprodělaly. Současně je nižší pravděpodobnost závažného průběhu onemocnění a úmrtí. Dojde-li k nákaze očkové osoby, je tato osoba pravděpodobně méně infekční a je u ní zkrácena doba vylučování viru. Aby bylo možné uvažovat o diskriminaci, musely by se skupiny osob, s nimiž je zacházeno odlišně, nacházet ve stejném nebo srovnatelném postavení (nález Ústavního soudu ze dne 28. 3. 2006, sp. zn. Pl. ÚS 42/03). Očkováni a neočkováni osoby se však ve srovnatelném postavení nenacházejí. Očkování vytváří v organismu nepříznivé podmínky pro replikaci viru. Je-li očkováná osoba virem nakažena, je snížena pravděpodobnost vzniku mutací, které jsou více přenositelné na další osoby. Poznatky o epidemii onemocnění covid-19 se neustále vyvíjí, stejně tak znalosti o očkování proti němu. Při zahájení očkování nebylo možné s jistotou říci, jak dlouho účinky očkování trvají a zda a v jaké míře mohou očkování nemoc dále šířit. Od té doby proběhlo několik studií, přičemž napadené opatření bylo vydáno na základě stávajících vědeckých poznatků o získané imunitě a šíření onemocnění. V současné době bylo na základě odborné diskuze s ohledem na recentní studie a doporučení Evropské komise rozhodnuto o omezení platnosti očkovacích certifikátů na 9 měsíců, a to od 1. ledna 2022. Jde-li o izraelskou studii, odpůrce uvedl, že jde o předtisk studie, která neprošla oponentním posouzením. Její závěry proto nemají být použity pro klinickou praxi.

[13] Odpůrce odkázal na odůvodnění čl. I bodu 15 mimořádného opatření, které vysvětluje stanovení výjimky pro očkové osoby nebo pro osoby s prodělaným onemocněním a proč nelze uznat protilátky jako doklad o bezinfekčnosti. Na základě současného stavu vědeckého poznání o chování viru SARS-CoV-2 a lidské imunity po proděláním onemocnění covid-19 lze na fyzickou osobu po dobu 180 dnů od prvního pozitivního testu pohlížet jako na chráněnou proti tomuto onemocnění. Nehraje roli, zda osoba má v krvi protilátky a v jaké míře. Jde o jakousi fikci bezinfekčnosti, ze které

vychází i pro ČR závazné nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2021/953 ze dne 14. 6. 2021 o rámci pro vydávání, ověřování a uznávání interoperabilních certifikátů o očkování, o testu a zotavení v souvislosti s onemocněním COVID-19 (digitální certifikát EU COVID) za účelem usnadnění volného pohybu během pandemie COVID-19 (dále jen „nařízení o digitálních certifikátech“). To, že se osoba již s onemocněním setkala, neznámá, že se nemůže znovu nakazit. Virová nálož v populaci je velmi vysoká a kontakt s nakaženou osobou je velmi pravděpodobný. Postinfekční imunita má jinou povahu než imunita postvakcinační. Očkování poskytuje lepší ochranu. Očkováním osobám je imunita vyvolána přesně definovaným množstvím imunizujících látek, což vede k optimální imunitní odpovědi. Jde o bezpečnější cestu nabuzení imunity. V případě prodělání onemocnění není zřejmé, jaká imunitní reakce byla vyvolána. Navrhovatel odkazuje na několik webových stránek. Články z nich však nejsou odborné studie. Nelze proto jimi zpochybnit odborná východiska odpůrce. Důkazní břemeno leží na navrhovateli a je na něm, aby předložil podklady, které by měly dostatečnou odbornou úroveň, aby byly schopny vyvrátit podklady, z nichž vycházel odpůrce. Závěrem odpůrce navrhl, aby Nejvyšší správní soud návrh jako nedůvodný zamítl.

IV. Posouzení Nejvyšším správním soudem

IV.1 Odpadnutí části předmětu řízení

[14] Nejvyšší správní soud rozsudkem *tzv. bezinfekčnost u stravovacích a ubytovacích služeb* zrušil napadené mimořádné opatření mj. 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/15; provozovatelům uvedených provozoven se nařizuje u osoby, která musí splňovat podmínky podle bodu I/15, splnění těchto podmínek kontrolovat prostřednictvím mobilní aplikace Ministerstva zdravotnictví „čTečka“ 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/15 prokázat; v případě, že osoba splnění podmínek podle bodu I/15 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“.

[15] Nejvyšší správní soud podle § 103 o. s. ř. ve spojení s § 64 s. ř. s. kdykoliv za řízení přihlíží z úřední povinnosti k tomu, zda jsou splněny podmínky, za nichž může rozhodnout ve věci samé (podmínky řízení). Vzhledem k tomu, že navrhovatel mj. navrhl zrušení již zrušeného čl. I bodu 3 písm. b) (mimo věty „zakazuje zákazníkovi vstoupit do vnitřních a vnějších prostor provozovny, pokud vykazuje klinické příznaky onemocnění covid19“) mimořádného opatření zabýval se soud dále tím, zda jsou ve věci splněny podmínky řízení, na základě kterých by mohl v řízení o této části návrhu dále pokračovat.

[16] Jednou z podmínek řízení je mj. existence předmětu řízení. Odpadnutí předmětu řízení je neodstranitelným nedostatkem podmínek řízení, pro který soud návrh usnesením odmítne podle § 46 odst. 1 písm. a) s. ř. s. Pokud je vedeno řízení o zrušení opatření obecné

pokračování

povahy, pak k odpadnutí předmětu řízení může dojít tím, že správní soud v jiném řízení zruší návrhem napadené opatření obecné povahy nebo jeho část (§ 101d odst. 2 s. ř. s.). Zrušení opatření obecné povahy nebo jeho části soudem má totiž účinky *erga omnes* (vůči všem). Ačkoliv se totiž jedná o správní akt konkrétní co do předmětu, okruh jeho adresátů je vymezen obecně (rozsudek NSS ze dne 15. 12. 2010, čj. 7 Ao 6/2010-44, č. 2464/2012, *Správa národního parku Šumava*). Chybějící předmět řízení v důsledku zrušení návrhem napadeného mimořádného opatření nebo jeho části soudem proto představuje neodstranitelný nedostatek podmínek řízení, který vede k odmítnutí návrhu dle § 46 odst. 1 písm. a) s. ř. s. (usnesení NSS ze dne 27. 4. 2021, čj. 6 Ao 10/2021-35, č. 4198/2021 Sb. NSS).

[17] Soud proto návrh v souladu s § 46 odst. 1 písm. a) s. ř. s. ze shora uvedených důvodů odmítl, a to v části týkající se čl. I bodu 3 písm. b) v rozsahu, v jakém byl zrušen rozsudkem *tzv. bezinfekčnost u stravovacích a ubytovacích služeb* (viz bod [14] výše).

IV.2 Aktivní procesní legitimace navrhovatele

[18] Soud se dále zabýval tím, zda je navrhovatel aktivně procesně legitimován k podání návrhu na zrušení napadené části mimořádného opatření.

[19] Podle § 101a odst. 1 věty první s. ř. s. platí, že *návrh na zrušení opatření obecné povahy nebo jeho částí je oprávněn podat ten, kdo tvrdí, že byl na svých právech opatřením obecné povahy, vydaným správním orgánem, zkrácen*.

[20] Aktivní procesní legitimace představuje podmínku řízení, kterou musí obecně navrhovatel splňovat, aby byl oprávněn podat k soudu návrh na zrušení opatření obecné povahy. K jejímu splnění je zapotřebí, aby návrh obsahoval myslitelná a logicky konsekventní tvrzení o tom, že právní sféra navrhovatele (tj. jemu náležející subjektivní práva) byla napadeným opatřením obecné povahy dotčena. To, zda je dotčení podle povahy věci vůbec myslitelné, závisí na povaze a předmětu, obsahu a způsobu regulace prováděné konkrétním opatřením obecné povahy, napadeným návrhem na jeho zrušení (usnesení rozšířeného senátu NSS ze dne 21. 7. 2009, čj. 1 Ao 1/2009-120, č. 1910/2009 Sb. NSS, *územní plán Vysoká nad Labem*, bod 34; ve vztahu k mimořádným opatřením viz rozsudek NSS ze dne 14. 4. 2021, čj. 8 Ao 1/2021-133, č. 4187/2021 Sb. NSS, *povinnosti pozitivně testovaných*, bod 34). Není-li podmínka aktivní procesní legitimace splněna, soud návrh usnesením odmítne podle § 46 odst. 1 písm. c) s. ř. s.

[21] Většinová judikatura Nejvyššího správního soudu dovodila, že je zároveň nutné, aby měla napadená regulace přímý a nezprostředkovaný vztah k právům navrhovatele. To vylučovalo, aby omezení adresovaná provozovatelům či organizátorům mohl napadnout každý potenciální účastník, divák nebo zákazník (viz např. rozsudky NSS ze dne 21. 5. 2021, čj. 6 Ao 22/2021-44, č. 4272/2022 Sb. NSS, ze dne 21. 5. 2021, čj. 8 Ao 7/2021-44, ze dne 31. 8. 2021, čj. 8 Ao 8/2021-52, nebo usnesení ze dne 29. 7. 2021 čj. 9 Ao 6/2021-69). Nejvyšší správní soud nicméně v rozsudku ze dne 30. 6. 2021, čj. 3 As 2/2021-48, dospěl k opačnému závěru. Ze zákonné úpravy a ani z usnesení rozšířeného senátu *územní plán Vysoká nad Labem* podle něj totiž neplyne, že by byl nutný přímý a bezprostřední dopad do práv navrhovatele. K tomuto výkladu se přiklonil Ústavní soud v

nálezu ze dne 19. 7. 2022, sp. zn. IV. ÚS 2431/21, kterým zrušil usnesení NSS ze dne 3. 8. 2021, čj. 8 Ao 13/2021-65. Ústavní soud konkrétně v bodě 25 nálezu uvedl, že „[p]odle § 101a odst. 1 s. ř. s. je nutné, aby navrhovatel tvrdil, že byl na svých právech zkrácen. Z tohoto ustanovení neplyne, že je nutné dotčení přímé a bezprostřední, jak dovodila „přísnější“ judikaturní větve, ke které se přiklonil účastník řízení i v nyní přezkoumávaném usnesení. Zkrácení na právech nemůže být pouze teoretické, hypotetické či příliš vzdálené, musí mít určitou kvalitu a vztah k opatření obecné povahy. Posuzování toho, jak blízký vztah je dán mezi opatřením obecné povahy a tvrzeným zásahem do práv navrhovatele, zda je mezi nimi dána dostatečná příčinná souvislost, bude vždy záležet zejména na úvaze obecných soudů.“ Výklad zastávaný většinovou judikaturou Nejvyššího správního soudu totiž podle Ústavního soudu vylučuje ze soudního přezkumu ty navrhovatele, kterým nebyla uložena povinnost, avšak jejich práva byla zjevně ovlivněna. Výkladem respektujícím právo na soudní přezkum je proto dle Ústavního soudu takový výklad „podle kterého znemožňuje-li opatření obecné povahy faktickou realizaci obsahu dvoustranného (či vícestranného) právního vztahu, je nutné připustit aktivní procesní legitimaci všem stranám tohoto (potenciálního) právního vztahu, nejenom té, které byla uložena povinnost, nýbrž i straně, které bylo v důsledku uložení takové povinnosti odňato právo se něčeho domáhat. Toto kritérium odpovídá dikci § 101a odst. 1 s. ř. s. a umožňuje domoci se soudního přezkumu všem osobám, kterým bylo fakticky zasaženo do jejich práv.“ (nález sp. zn. IV. ÚS 2431/21, bod 27).

[22] Navrhovatel v návrhu ke své aktivní procesní legitimaci uvedl, že má protilátky a buněčnou imunitu proti onemocnění covid-19, přesto nemůže využívat služby a provádět činnosti regulované mimořádným opatřením. Je proto diskriminován proti osobám, které podle čl. I bodu 15 mimořádného opatření mohou prokázat svou tzv. bezinfekčnost. Napadené opatření zasahuje do jeho práva na svobodu pohybu a na ochranu soukromí, neboť nemůže využít celé řady služeb, aniž by se nechal očkovat. Navrhovatel byl zvyklý chodit do restaurace a navštěvovat kina a koncerty jako běžný spotřebitel. Tyto služby nemůže využívat, protože není očkován (blíže viz rekapitulaci v bodě [4] tohoto rozsudku).

[23] Jde-li o čl. I bod 13 písm. b) a c) mimořádného opatření, navrhovatel dovozuje aktivní procesní legitimaci k napadení této části mimořádného opatření z toho, že v důsledku čl. I bodu 15 mimořádného opatření nemůže navštívit kino a koncerty, které byl zvyklý navštěvovat, protože není očkován, přestože má protilátky a buněčnou imunitu proti onemocnění covid-19. Pravidla vyplývající z čl. I bodu 13 písm. b) a c) mimořádného opatření ve spojení s podmínkami prokázání tzv. bezinfekčnosti podle čl. I bodu 15 mimořádného opatření navrhovateli zakazují zúčastnit se promítání v kině a koncertního představení. Navrhovatel tak ve vztahu k tomuto ustanovení mimořádného opatření konsekventně a logicky tvrdí konkrétní dotčení na svých subjektivních právech. Právní sféra navrhovatele proto mohla být touto částí mimořádného opatření dotčena. Vzhledem k tomu, že se jedná o činnosti patřící k běžnému způsobu trávení volného času, neshledal soud žádný důvod, aby těmto tvrzením nevěřil (srov. bod 24 rozsudku *tzv. bezinfekčnost u stravovacích a ubytovacích služeb*). Současně není rozhodné, že návštěvy kin a koncertů podle čl. I bodu 13 písm. b) mimořádného opatření jsou umožněny i osobám nesplňujícím podmínky čl. I bodu 15 mimořádného opatření, jde-li o skupinu do 20 osob. Lze totiž jen stěží z pozice diváka ovlivnit, kolik osob organizátor na akci vypustí.

pokračování

[24] To, že čl. I bod 13 písm. c) mimořádného opatření obsahuje také úpravu, která ukládá povinnosti pouze organizátorům, nemá na posouzení aktivní procesní legitimace navrhovatele vliv. Organizátor je podle tohoto ustanovení mimořádného opatření povinen kontrolovat splnění podmínek podle čl. I bodu 15 mimořádného opatření u osob, které musí podmínky splňovat. Neprokáže-li je, je organizátorovi zakázáno tuto osobu na akci vpustit. Zakaz uložený organizátorům tak zjevně dopadá i na účastníky akce. Za takové situace je navrhovatel v souladu s nálezem sp. zn. IV. ÚS 2431/21 (viz bod [21] tohoto rozsudku) aktivně procesně legitimován k napadení čl. I bodu 13 písm. c) mimořádného opatření i v rozsahu povinností organizátorů.

[25] Pokud jde o čl. I bod 15 mimořádného opatření, navrhovatel namítá, že je diskriminován tím, že nemůže využívat služby restaurací a kaváren a chodit do kina, leda by se podrobil očkování proti onemocnění covid-19, přestože má protilátky po prodělaném onemocnění i buněčnou imunitu. Protože navrhovatel tvrdí, že patří do skupiny osob, kterým mimořádné opatření nijak neumožňuje prokázat svoji tzv. bezinfekčnost, v důsledku čehož je vyloučen z využívání zmíněných služeb, je k podání návrhu na zrušení tohoto bodu rovněž legitimován (srov. bod 25 rozsudku *tzv. bezinfekčnost u stravovacích a ubytovacích služeb*, bod 9 rozsudku *uznávání protilátek I* nebo rozsudek NSS ze dne 2. 9. 2021, čj. 9 Ao 13/2021-36, *uznávání protilátek II*, bod 9).

[26] Navrhovatel však není aktivně procesně legitimován k napadení čl. I bodu 3 písm. b) mimořádného opatření ve slovech „zakazuje zákazníkovi vstoupit do vnitřních a vnějších prostor provozovny, pokud vykazuje klinické příznaky onemocnění covid-19“. Netvrdí totiž, jak se dotýká jeho právní sféry to, že je zakázáno vstoupit do vnitřních a vnějších prostor provozovny stravovacích služeb zákazníkovi, který vykazuje klinické příznaky onemocnění covid-19.

[27] Z výše uvedeného tak plyne, že navrhovatel má aktivní procesní legitimaci k napadení čl. I bodu 13 písm. b) a c) a bodu 15 mimořádného opatření. V části týkající se čl. I bodu 3 písm. b) ve slovech „zakazuje zákazníkovi vstoupit do vnitřních a vnějších prostor provozovny, pokud vykazuje klinické příznaky onemocnění covid-19“ mimořádného opatření je namísto návrh odmítnout jako podaný osobou zjevně neoprávněnou v souladu s § 46 odst. 1 písm. c) s. ř. s. K tomu soud dodává, že v části týkající se čl. I. bodu 3 písm. b) byl návrh týkající se zbývajících částí textu odmítnut podle § 46 odst. 1 písm. a) s. ř. s. z důvodu jeho dřívějšího zrušení rozsudkem *tzv. bezinfekčnost u stravovacích a ubytovacích služeb* (viz bod [17] shora).

[28] Nejvyšší správní soud následně posoudil návrh v rozsahu, ve kterém nebyl odmítnut, a dospěl k závěru, že není důvodný.

IV.3 Výhodiska soudního přezkumu napadeného mimořádného opatření

[29] Podle § 101d odst. 1 s. ř. s., ve znění od 1. 1. 2012, platí, že *při rozhodování* (o návrhu na zrušení opatření obecné povahy – pozn. NSS) *je soud vázán rozsahem a důvody návrhu*. Vedle námitek uplatněných v návrhu se soud musí z úřední povinnosti zabývat případným nedostatkem pravomoci odpůrce vydat opatření obecné povahy nebo překročením jeho působnosti (usnesení rozšířeného senátu NSS ze dne 16. 11. 2010, čj. 1

Ao 2/2010-116, č. 2215/2011 Sb. NSS, *územní plán Moravany*, bod 28). Soud neshledal, že by napadené mimořádné opatření takovými vadami nad rámec návrhových bodů trpělo. Soud ho proto přezkoumal pouze z důvodů uvedených v návrhových bodech (viz níže).

[30] 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 (blíže viz bod [3] tohoto rozsudku), protože soud může vynést deklaratorní výrok určující jeho nezákonnost (bod 28 rozsudku *povinnosti pozitivně testovaných*). Nejvyšší správní soud v této souvislosti nepřihlížel k usnesení Ústavního soudu ze dne 23. 8. 2022, sp. zn. II. ÚS 1439/22, podle něhož není důvod věcně zkoumat mimořádná opatření, jež pozbyla účinnost. Jedná se totiž o názor v rozhodovací činnosti Ústavního soudu ojedinělý (rozsudek NSS ze dne 4. 1. 2023, čj. 2 Ao 19/2021-85, *uznávání protilátek IV*, bod 19).

[31] Předmětem sporu v nyní projednávané věci je s ohledem na uplatněné návrhové body otázka, zda byl navrhovatel mimořádným opatřením diskriminován proti osobám, které mohly prokázat tzv. bezinfekčnost podle čl. I bod 15 mimořádného opatření (viz bod [2] tohoto rozsudku), tím, že nemohl využívat služby a provádět činnosti regulované mimořádným opatřením, přestože měl přirozenou imunitu proti onemocnění covid-19. K této otázce navrhovatel předložil podklady, z nichž má vyplývat, že je přirozená imunita účinnější, že očkování mohou šířit vir a že účinnost očkování v čase klesá.

[32] K tomu soud poznamenává, že si je vědom odborné povahy podkladů, východisek i závěrů, na kterých je vystavěno odůvodnění napadeného mimořádného opatření. Soudní moci nepřísluší věcně rozhodovat namísto správních orgánů. Tím spíše to platí pro rozhodování otázek, které jsou sporné i ve vědecké komunitě, resp. vědecké poznání o nich doposud není ustálené. Jak již Nejvyšší správní soud vyslovil např. ve vztahu k otázce efektivity antigenního testování, soud se má zabývat tím, zda mimořádná opatření odpůrce vycházejí ze „solidních vědeckých základů“, nejsou „svévolná či nesmyslná“, přičemž nelze čekat na definitivní rozřešení určité vědecké otázky. Uzavřel v této souvislosti proto, že „je v souladu se zásadou předběžné opatrnosti, pokud ministerstvo volí určitou cestu boje s virem, je-li rozumná pravděpodobnost, že tato cesta může být efektivní. V každém případě to nejsou soudy, kdo by měl rozhodovat svou povahou vysoce odborné otázky tohoto typu. Naopak, v těchto otázkách, kde vědecká debata prodělává bouřlivý vývoj, sluší soudní moci zdrženlivost. Soudci tohoto soudu nevědí, zda je plošné antigenní testování tou nejlepší možnou cestou. Postačí, že ministerstvo ukáže, že jeho opatření v těchto věcech mají solidní vědeckou podporu a rozumnou cestu k dosažení cíle představují“ (rozsudek NSS ze dne 20. 5. 2021, čj. 10 Ao 1/2021-148, bod 76).

[33] Výše uvedená specifika soudního přezkumu mimořádných opatření odpůrce, která jsou vystavěna začasť na odborných podkladech a východiscích, nicméně nelze vykládat tak, že by soud neměl ověřovat, zda je odůvodnění napadeného opatření opřeno o relevantní zdroje, není vnitřně rozporné či nelogické apod. (a to samozřejmě i z hlediska odborného). Opačný výklad by totiž z povahy věci fakticky vylučoval soudní přezkum mimořádných opatření. Tato východiska tedy nelze vnímat tak, že by s odkazem na „přílišnou odbornost“ řešené problematiky mohl odpůrce vydávat opatření, která by

pokračování

nebyla opřena o aktuální vědecké poznatky, případně následně libovolně nahrazovat chybějící odůvodnění či teprve zpětně dohledávat podklady, které by souzněly s jím zvoleným řešením. Podstatné je, zda odpůrcem zvolené řešení má alespoň rámcovou oporu v odůvodnění napadeného mimořádného opatření, které je opřeno o odborné podklady svědčící zvolenému řešení. Pokud nejsou vědecké poznatky ustálené nebo se vědecké názory výrazně různí, pak je na odpůrci, který z obdobně relevantních vědeckých poznatků a názorů zvolí. I pokud by se soud domníval, že by se on sám přikláněl k jinému možnému řešení, nepřísluší mu, aby do této odborné úvahy odpůrce vstupoval. Tím by popíral dělbu moci, neboť by si osoboval právo věcně rozhodovat namísto toho, aby pouze přezkoumal zákonnost rozhodnutí odpůrce. Je proto na navrhovateli, aby svými argumenty postoje odpůrce vyvrátil. Navrhovatel musí předestřít dostatečně silné argumenty, případně předložit podklady (obsahem i formou) takové odborné úrovně, že budou s to vyvrátit podklady, z nichž vycházel odpůrce (rozsudek NSS ze dne 20. 10. 2021, čj. 8 Ao 22/2021-183, *uznávání protilátek III*, bod 36).

IV.4 Odůvodnění mimořádného opatření a východiska odpůrce

[34] Odpůrce v odůvodnění mimořádného opatření k imunitě po prodělaném onemocnění uvedl, že je odhadováno, že ochranný účinek předchozí infekce virem SARS-CoV-2 se pohybuje od 81 % do 100 % od 14. dne po první infekci po dobu pěti až sedmi měsíců. Přesná doba ochrany však dosud stanovena nebyla. Nižší titry protilátek byly pozorovány u osob s asymptomatickým nebo klinicky mírným průběhem onemocnění. Ochrana proti reinfekci je nižší také u osob ve věku 65 let a starších. Neutralizační protilátky chrání před reinfekcí homologním virem. Jejich neutralizační schopnost je však snížena proti některým novým variantám viru, a to zejména proti těm, které nesou mutaci E484K. Jedinci, kteří jsou znovu infikováni, mohou přenášet infekci na vnímavé kontakty. Pokles protilátek v rekonvalescenci však nemusí odrážet samotné slábnutí imunity, ale spíše stažení imunitní odpovědi s vývojem a přetrváváním B buněk v kostní dřeni (str. 17 a 18 odůvodnění mimořádného opatření). Podle stávajících mezinárodních doporučení ECDC a amerického Centra pro kontrolu a prevenci nemocí osoby s prodělaným onemocněním covid-19 mají v době do 180 dní od záchytu onemocnění dostatečnou imunitu, která ve většině případů ochrání před reinfekcí (str. 36 odůvodnění mimořádného opatření).

[35] K důvodům, proč nelze uznat přítomnost protilátek proti viru SARS-CoV-2 jako doklad tzv. bezinfekčnosti, odpůrce uvedl, že nepochybně imunita vzniklou na základě prodělaného onemocnění. V současnosti však rutinně používané laboratorní metody, kterými je hodnocena imunita proti tomuto onemocnění, nejsou dostatečně standardizované. Je proto diskutabilní, zda mohou být použity jako podklad pro rozhodování, zda je jedinec bezinfekční na základě naměřených protilátek, není-li důkaz o tom, že v minulosti onemocnění prodělal. Přítomnost protilátek v krvi, aniž by bylo zároveň laboratorně potvrzeno prodělaní onemocnění covid-19, proto nelze postavit na roveň laboratorně potvrzenému prodělaní tohoto onemocnění. Z hlediska současného stavu vědeckého poznání o chování viru SARS-CoV-2 a lidské imunity po prodělaní onemocnění je stále ve světě obecně přijímána skutečnost, že po prodělaní onemocnění lze na osobu po dobu 180 dní od prvního pozitivního testu pohlížet jako na imunní. V případě laboratorně potvrzeného onemocnění existuje výchozí bod, od něhož lze dobu 180 dní

počítat. Po uplynutí této doby se pak na danou osobu pohlíží jako na osobu, která onemocněla covid-19 neprodělala. Nehraje však roli, zda má po prodělání onemocnění v krvi přítomné protilátky či nikoliv. Jde o jakousi fikci bezinfekčnosti. Z té vychází i nařízení o digitálních certifikátech. Z hlediska mezinárodní definice je diagnóza onemocnění covid-19 definitivní pouze v případě průkazu přítomnosti viru prostřednictvím testu. Pouhá pozitivita protilátek v krvi proto nedokazuje z hlediska definice nemoci, že jde o stav po tomto onemocnění. V případě přítomnosti protilátek v krvi chybí výchozí bod, od kterého je možné počítat dobu 180 dní. To znamená, že v době podstoupení vyšetření na přítomnost protilátek nelze zjistit, kdy daná osoba onemocnění prodělala, a zda je tedy na počátku, uprostřed, či těsně před uplynutím doby 180 dní. Současný stav vědeckého poznání neumožňuje datum prodělání onemocnění zpětně stanovit. Množství vytvořených protilátek se totiž u jednotlivých osob liší a je i jiná doba, po kterou protilátky v krvi přetrvávají. Průběh onemocnění v tomto ohledu nehraje roli. Nikde ve světě dosud nebyla odbornými kruhy či uznávanými autoritami stanovena ochranná hladina protilátek, jejíž dosažení by znamenalo, že danou osobu lze považovat za chráněnou proti reinfekci. Není proto možné určit, zda je test na přítomnost protilátek v posuzovanou dobu ještě validní, tedy zda množství protilátek v krvi bude stejně vysoké jako v době testu, výrazně nižší nebo dokonce žádné. Zároveň nelze určit, zda testem prokázané množství protilátek je dostatečně účinné k ochraně před nákazou. Vyšetřením protilátek bez znalosti výchozího bodu onemocnění nelze stanovit i při pravděpodobnosti, že nemocný mohl onemocnění covid-19 prodělat, jak dlouho bude pravděpodobně ještě chráněn.

[36] Současný pohled na protilátky proti koronaviru ve smyslu ano/ne je zjednodušující. Imunita proti onemocnění je založena na kombinaci buněčné imunity a protilátek. Infekce virem iniciuje humorální imunitní odpověď, která vytváří protilátky proti specifickým virovým antigenům (nukleokapsidový protein nebo spike protein). Spike protein mají na povrchu všechny koronaviry a některé epitopy viru SARS-CoV-2 jsou sdílené i s běžnými koronaviry. Významná je i zkřížená reaktivita v případě N proteinu. V sérech odebraných před pandemií z let 2017 až 2018 proto s velkou pravděpodobností vyjde určité procento sér pozitivních na SARS-CoV-2. Zdá se, že protilátky proti běžným koronavirům mají určitou omezenou ochranu i proti onemocnění covid-19. Nikoliv však dlouhodobou. Tyto osoby se s virem SARS-CoV-2 nemusely vůbec potkat. Má-li proto osoba pozitivní výsledek testu na protilátky, je možné, že nedávno nebo v minulosti prodělala onemocnění covid-19. Je však možné, že pozitivní výsledek je nesprávný, neboť testy na protilátky mohou detekovat jiné koronaviry (například způsobující běžné nachlazení). Testy se zaměřují na specifické protilátky. Výsledky však poskytují pouze částečný obraz imunitní odpovědi, protože reakce zprostředkované T-buňkami nejsou brány v úvahu. Indukce paměťových T a B-buněk je důležitá pro dlouhodobou ochranu. Rutinně však nelze tento typ imunity vyšetřovat. Paměťové T-buňky mohou být přítomné, i když není měřitelné množství protilátek v séru. To komplikuje posouzení přítomnosti a trvání imunity na základě pouhé detekce protilátek. Pozitivní výsledek na protilátky může být důkazem minulé či nedávné infekce. Neposkytuje však údaje o době infekce a nemůže vyloučit ani současně probíhající infekci. Není proto absolutním důkazem, že osoba není infekční nebo že je chráněna před novou infekcí a nemůže virus dále přenášet. V laboratorní praxi jsou k dispozici různé testy k detekci protilátek. Srovnání jejich výsledku je obtížné kvůli jejich různorodosti a chybějící standardizaci. ECDC v této souvislosti konstatuje, že osoby

pokračování

s certifikáty vydanými na základě pozitivní sérologie mohou být mylně ujištěni, že mohou uvolnit své chování, které je důležité pro omezení rizika nákazy a jejího přenosu. Pozitivní sérologický výsledek může naznačovat předchozí infekci, nemusí však zaručit ochranu před reinfekcí nebo infekcí způsobenou nově se objevující variantou. Z těchto důvodů nelze potvrzení o absolvování testu na přítomnost protilátek postavit na roveň laboratorně potvrzenému prodělání onemocnění ve stanovené době, očkování, nebo negativnímu výsledku PCR testu. Podle doporučení pro implementaci a interpretaci serologického vyšetření protilátek není doporučeno používat protilátky pro hodnocení individuální imunity (str. 37 až 40 odůvodnění mimořádného opatření).

[37] Odpůrce tak vyšel při přijímání mimořádného opatření z následujících východisek stran přirozené imunity po prodělání onemocnění covid-19. Ochranný účinek po přechodu infekci trvá po dobu pěti až sedmi měsíců. Na osobu proto lze pohlížet jako na imunní po dobu 180 dní (šest měsíců) po prodělání onemocnění, což je ve světě obecně přijímáno a doporučuje to i ECDC a americké Centrum pro kontrolu a prevenci nemocí. Klíčovou roli v tomto ohledu hraje laboratorně potvrzené prodělání onemocnění covid-19 antigenním nebo PCR testem. To totiž umožňuje určit výchozí bod, od něhož lze dobu 180 dní, po kterou je osoba chráněna, počítat. Naopak z pozitivního výsledku na přítomnost protilátek proti onemocnění covid-19 v krvi nelze zpětně zjistit, kdy osoba onemocnění prodělala. Množství vytvořených protilátek se totiž u jednotlivých osob liší a liší se i doba, po kterou protilátky v krvi přetrvávají. Pozitivní výsledek na protilátky tak může být důkazem minulé avšak i nedávné infekce. Není proto možné určit, jak dlouho bude dána osoba ještě chráněna. Zároveň nebyla dosud zjištěna potřebná úroveň hladiny protilátek pro ochranu proti onemocnění covid-19. Přirozenou imunitu navíc ovlivňuje vedle protilátek i buněčná imunita. Tu však nelze rutinně vyšetřovat. Možnost uznávání protilátek jako dokladu tzv. bezinfekčnosti dále ztěžuje to, že neexistují v současné době standardizované laboratorní testy na měření protilátek a že testy mohou detekovat i protilátky jiných koronaviřů. Pozitivní výsledek na protilátky proto neprokazuje, že daná osoba je chráněna proti onemocnění covid-19, že není infekční a že nemůže vir dále přenášet. Z výše uvedeného tak vyplývá, že osoby s naměřenými protilátkami, u kterých však onemocnění covid-19 nebylo laboratorně prokázáno pozitivním testem, jsou mimořádným opatřením považovány za osoby, které onemocnění covid-19 neprodělaly.

[38] Nejvyšší správní soud v této souvislosti podotýká, že odpůrce v mimořádném opatření podrobně odůvodnil, proč nezahrnul do čl. I bodu 15 mimořádného opatření pozitivní výsledek laboratorního vyšetření na protilátky jako doklad tzv. bezinfekčnosti a proč bylo umožněno doložit tzv. bezinfekčnost pouze osobám, které prodělaly laboratorně potvrzené onemocnění covid-19, a to po dobu 180 dní od prvního pozitivního testu (bližší viz body [34] až [36] výše). Odkaz navrhovatele na rozsudek *uznávání protilátek I* proto není případný, neboť nyní napadené mimořádné opatření nedostatečným odůvodněním této otázky netrpí.

IV.5 K prokázání přirozené imunity navrhovatelem

[39] Nejvyšší správní soud se předně zabýval tím, zda navrhovatel prokázal, že onemocnění covid-19 prodělal, a že tedy má přirozenou imunitu proti reinfekci.

[40] Navrhovatel tvrdí, že má přirozenou imunitu, protože má pozitivní výsledky na protilátky proti onemocnění covid-19 v krvi a protože mu vyšel pozitivní výsledek na T-buněčnou imunitu. Svá tvrzení doložil výsledky laboratorních vyšetření. V této souvislosti odkázal na text *Protilátky po prodělané infekci poskytují dostatečnou a dlouhodobou ochranu proti onemocnění COVID-19* publikovaný na webu Zdravotního ústavu se sídlem v Ostravě dne 28. 7. 2021, ze kterého má vyplývat, že stanovení protilátek proti koronaviru je spolehlivou metodou prokazující prodělanou infekci. Studie PROSECO podle navrhovatele potvrzuje, že vyšetření protilátek a jejich správná interpretace je přesnější než záchyt positivity PCR testy. Poukázal na mezinárodní jednotky BAU/ml pro měření protilátek a na výsledek svého testu na protilátky, který byl na jiné druhy koronavirů negativní.

[41] Nejvyšší správní soud již v rozsudku *uznávání protilátek III*, část VI.3, dospěl k závěru, že nelze srovnávat postavení osob, u nichž jsou „pouze“ prokázány protilátky proti viru SARS-CoV-2, s osobami, které nemoc prodělaly, či s osobami očkovanými. Soud v této souvislosti uvedl, že „NSS především akceptoval náhled odpůrce, podle něhož imunitu proti onemocnění covid-19 nelze ztotožňovat s laboratorně naměřenými protilátkami proti uvedené nemoci, neboť imunita je komplexní reakcí organismu. Na tom, kdy již naměřené protilátky představují dostatečnou imunitu, není vědecká shoda a zároveň je měření protilátek problematické i z dalších důvodů. Mezi ně patří [...] mimo jiné nestandardizované postupy pro jejich měření, možná falešná pozitivita v návaznosti na nákazu jiným koronavirem (například běžné nachlazení) nebo to, že protilátky značí akutně probíhající infekci. Soud má v této souvislosti za to, že tento závěr odpůrce (jež má oporu i v samotném odůvodnění napadeného mimořádného opatření), není [...], svévolný či nesmyslný a lze pro něj najít oporu v podkladech, na nichž odpůrce založil odůvodnění napadeného mimořádného opatření či je předložil v řízení před soudem. Odpůrcem zvolené řešení je tedy opřeno i o vědecké poznatky“ (bod 51 rozsudku *uznávání protilátek III*). Z těchto předpokladů vyšel odpůrce i v odůvodnění nyní napadeného mimořádného opatření. K doložení toho, že osoba prodělala onemocnění covid-19, je třeba pozitivní výsledek antigenního nebo PCR testu. Od něj lze totiž určit výchozí bod, od kterého je osoba po určitou dobu s vysokou pravděpodobností chráněna proti reinfekci. Z pozitivního výsledku na protilátky nelze zpětně zjistit, kdy osoba onemocnění prodělala. Zároveň nebyla dosud zjištěna potřebná úroveň hladiny protilátek pro ochranu proti onemocnění covid-19. Neexistují standardizované laboratorní testy na měření protilátek. Ty mohou navíc detekovat i protilátky jiných koronavirů. Pozitivní výsledek na protilátky proto neprokazuje, že daná osoba je chráněna proti onemocnění covid-19. Přirozenou imunitu ovlivňuje vedle protilátek i buněčná imunita. Tu však nelze rutinně vyšetřovat (viz bod [37] výše).

[42] Navrhovateli se nepodařilo tato východiska odpůrce vyvrátit, a to z níže uvedených důvodů.

[43] Z odůvodnění mimořádného opatření vyplývá, že odpůrce opřel své závěry stran přirozené imunity a protilátek o analýzu ECDC *Risk of SARS-CoV-2 transmission from newly infected individuals with documented previous infection or vaccination* ze dne 29. 3. 2021, o doporučení americké federální agentury FDA (Food and Drug Administration) *Antibody Testing Is Not Currently Recommended to Assess Immunity After COVID-19*

pokračování

Vaccination: FDA Safety Communication ze dne 19. 5. 2021, o informace FDA *Antibody (Serology) Testing for COVID-19: Information for Patients and Consumers*, o doporučení ECDC *Immune responses and correlates of protective immunity against SARS-CoV-2* ze dne 8. 8. 2021, o zprávu ECDC *The use of antibody tests for SARS-CoV-2 in the context of Digital Green Certificates* ze dne 10. 5. 2021 a o odborný článek AACC *Practical Recommendations for Implementing and Interpreting SARS-CoV-2 Emergency Use Authorization and Laboratory-Developed Test Serologic Testing in Clinical Laboratories* ze dne 18. 8. 2021 publikovaný v časopise *Clinical Chemistry*.

[44] Odpůrce tak vyšel z doporučení a zpráv mezinárodně uznávaných autorit (FDA, ECDC a AACC). V takovém případě bylo na navrhovatel, aby předestřel dostatečně silné argumenty, případně předložil podklady (obsahem i formou) takové odborné úrovně, které by byly s to vyvrátit podklady, z nichž vyšel odpůrce (viz bod [33] výše). To se však nestalo. Navrhovatel (respektive jeho právní zástupce) naopak opakuje svá tvrzení z předchozích návrhů na zrušení mimořádných opatření (například viz rozsudek *uznávání protilátek IV*), aniž by jakkoliv reflektoval judikaturu Nejvyššího správního soudu (zejména rozsudek *uznávání protilátek III*).

[45] K textu *Protilátky po prodělané infekci poskytují dostatečnou a dlouhodobou ochranu proti onemocnění COVID-19* publikovaném na webu Zdravotního ústavu se sídlem v Ostravě Nejvyšší správní soud již v rozsudku *uznávání protilátek III* uvedl, že „[s] ohledem na východiska a specifika přezkumu mimořádných opatření odpůrce [viz část VI.1.b) tohoto rozsudku] je třeba konstatovat, že odpůrce v případě protilátek vycházel z doporučení FDA a ECDC, která v řízení před soudem doplnil ještě doporučením AACC. Zdravotní ústav se sídlem v Ostravě, při veškerém respektu k němu, nemůže být považován za srovnatelnou odbornou autoritu. Nebyla tak relevantně vyvrácena východiska odpůrce, pokud jde o postavení osob s naměřenými protilátkami a osob, které jsou očkovány nebo prodělaly onemocnění covid-19.“ Tyto závěry jsou plně použitelné i na nyní projednávanou věc, neboť odpůrce při přijímání mimořádného opatření rovněž vyšel z doporučení a zpráv mezinárodně uznávaných autorit (viz bod [43] výše). Tímto textem proto nemůže být relevantně vyvráceno východisko odpůrce, podle kterého imunitu proti onemocnění covid-19 nelze ztotožňovat s laboratorně naměřenými protilátkami proti této nemoci. Soudu v této souvislosti není zřejmé, proč zástupce navrhovatele tento argument opakovaně recykluje v návrzích na zrušení mimořádných opatření, jestliže mu Nejvyšší správní soud již jednou vysvětlil, proč není podle jeho přesvědčení důvodný. Pouhé opakování již jednou namítaného má v podstatě nulovou šanci na úspěch. Recyklace stále stejných argumentů navrhovatele či jeho právního zástupce má za následek toliko opakované zahlcení soudu již vyřešenými otázkami, aniž by návrh přinášel nový pohled, který by případně mohl názor soudu změnit.

[46] Jde-li o studii PROSECO *Dynamics of Seroconversion of Anti-Sars-Cov-2 Igg Antibodies in the Czech Unvaccinated Population: Nationwide Prospective Seroconversion (Proseco) Study* publikovanou dne 10. 8. 2021 na webu papers.ssrn.com, která podle navrhovatele potvrzuje, že vyšetření protilátek a jejich správná interpretace je přesnější než záchyt pozitivitu PCR testy, soud podotýká, že tato studie neprošla oponentním posouzením. Přes všechny stránky navrhovatelem doloženého textu studie je totiž napsáno „preprint not peer reviewed“. Pro přezkum nyní napadeného mimořádného opatření proto

tato studie není zjevně relevantní, jestliže odpůrce opřel svá východiska v souladu se zásadou předběžné opatrnosti o v dané době obecně přijímaná doporučení mezinárodně uznávaných autorit (viz bod [41] a [43] výše). Soud proto její obsah neprovedl pro nadbytečnost k důkazu.

[47] Pouhý odkaz na publicistické články publikované na webu zahranicni.hn.cz a novinky.cz o tom, že Švýcarsko začalo jako doklad o tzv. bezinfekčnosti uznávat protilátky, pak odborná východiska odpůrce stran protilátek nevyvrací (viz bod [33] tohoto rozsudku). Nadto Nejvyšší správní soud již v rozsudku *uznávání protilátek IV* dospěl s ohledem na analýzu opatření v Rakousku, Švýcarsku a Německu k závěru, že „[v] rozhodné době byla jiná než postvakcinační imunita v omezeném rozsahu uznávána zřejmě pouze ve Švýcarsku. Respektování této imunity jako dostatečné ochrany před onemocněním, jeho závažností a jeho šířením bylo místně i časově omezené a provázené pochybnostmi. Zjištěné poznatky o praxi v uvedených zemích tedy nijak nevyvrací odpůrcovo odůvodněné východisko, že v době před vydáním napadeného mimořádného opatření neexistovala vědecká shoda na účinnosti, trvalosti, potřebných hodnotách a metodách zjišťování předmětného typu imunity.“ (bod 44 rozsudku *uznávání protilátek IV*). Tyto závěry jsou použitelné i na nyní projednávanou věc a soud v podrobnostech odkazuje na body 37 až 44 citovaného rozsudku.

[48] Nejvyšší správní soud shledal nedůvodným i odkaz navrhovatele na jednotky vazebné aktivity na mililitr BAU/ml. Ty totiž nevypovídají nic o tom, zda jsou laboratorní testy z hlediska postupu jejich provádění standardizovány. Liché je rovněž tvrzení, že je vyloučena záměna s jinými koronaviry, jestliže výsledek testu na protilátky byl na jiné druhy koronavirů u navrhovatele negativní. Navrhovatel totiž nepředložil soudu žádné odborné podklady stran této otázky, které by vyvrátily východisko odpůrce, že laboratorní vyšetření mohou detekovat i jiné druhy koronavirů. Samotný výsledek laboratorního vyšetření navrhovatele pak nemůže vyvrátit východisko odpůrce opřené o závěry mezinárodně uznávaných autorit. Z tohoto důvodu jej nebylo potřeba provádět k důkazu.

[49] Nejvyšší správní soud v této souvislosti neshledal důvodnou námitku, podle které odpůrce účinnost očkování posuzuje na základě hodnocení hladiny protilátek, avšak na druhou stranu tvrdí, že s protilátkami a jejich hladinou není možné pracovat. Jak totiž uvedl odpůrce v odůvodnění mimořádného opatření „[v]ýzkum imunity proti infekci způsobené virem SARS-CoV-2 nadále pokračuje, ale stále ještě neposkytl dostatek důkazů k tomu, aby se v krvi našel jednoduchý a spolehlivý parametr určující úroveň imunity proti této infekci, od kterého by bylo možno odvinout protiepidemická opatření u daného jedince a stupeň jeho ochrany. V současné době vychází praktické doporučení pro implementaci a interpretaci serologického vyšetření protilátek [65], které odráží stav poznání v oblasti vyšetřování protilátek proti onemocnění covid-19. Toto doporučení říká, že indikace vyšetření protilátek proti tomuto onemocnění jsou pouze tyto: diferenciální diagnostika onemocnění covid-19, popř. stav po onemocnění z indikace lékaře, vyšetření dárců rekonvalescentní plasmy a seroprevaleční studie, tedy epidemiologické studie a výzkum zejména pro potřeby stanovení účinnosti vakcín. Není doporučeno používat protilátky pro hodnocení individuální imunity vyšetřovaného a pro rozhodnutí o vakcinaci. Medicínské indikace vyšetření protilátek jsou tedy významně omezené a výsledek by neměl sloužit k určení stupně imunity jedince proti onemocnění covid-19, ani k

pokračování

predikci, jak dlouho bude chráněn, popř. k načasování k načasování očkování.“ (str. 40 odůvodnění mimořádného opatření). Odpůrce tak logicky a přesvědčivě odůvodnil, proč je možné využít hladinu protilátek pro zkoumání účinnosti očkovacích látek a proč ji naopak není možné zohlednit při hodnocení, zda jsou osoby dostatečně chráněny proti onemocnění covid-19 (k tomu viz body [34] až [37] tohoto rozsudku). Toto východisko odpůrce však navrhovatel blíže nespornuje.

[50] Navrhovatel dále v návrhu poukázal na výsledek vyšetření T-buněčné imunity. K tomu odkázal na sdělení laboratoře, podle které je imunita po prodělaném onemocnění komplexnější než po očkování, a na web synlab.cz, ze kterého má vyplývat, že z testu na T-buněčnou imunitu lze zjistit, zda je imunita připravena dlouhodobě chránit proti onemocnění covid-19, a to bez ohledu na přítomnost protilátek. Nejvyšší správní soud k tomu uvádí, že sám odpůrce při přijímání mimořádného opatření vyšel z toho, že buněčná imunita proti onemocnění covid-19 hraje důležitou roli pro dlouhodobou ochranu. Není ji však možné rutinně vyšetřovat (viz str. 39 odůvodnění mimořádného opatření). Toto východisko však navrhovatel relevantně nezpochybnil. Toliko zůstal u konstatování, že T-buněčná imunita chrání proti onemocnění covid-19. Neuvádí však k tomu žádné podrobnější vědecké odůvodnění a ani odkaz na relevantní odborný podklad, ze kterého by vyplývalo, jaký vliv má T-buněčná imunita na ochranu proti reinfekci a jakým způsobem ji lze standardizovaně a rutinně testovat. Pouhé konstatování navrhovatele, že má T-buněčnou imunitu proti onemocnění covid-19 (byť doložené výsledkem laboratorního vyšetření), proto nemůže vést k závěru o prodělaní onemocnění, jestliže relevantním způsobem nedoložil, jakou roli hraje T-buněčná imunita v přirozené imunitě proti tomuto onemocnění.

[51] Nejvyšší správní soud tak uzavírá, že navrhovateli se nepodařilo vyvrátit východiska odpůrce, pro která bylo umožněno prokázat tzv. bezinfekčnost podle čl. I bodu 15 písm. c) mimořádného opatření pouze těm osobám s přirozenou imunitou, které prodělaly laboratorně potvrzené onemocnění covid-19, a to antigenním nebo PCR testem (viz bod [41] výše). Navrhovatel zejména nezpochybnil klíčové východisko, podle kterého je laboratorní potvrzení prodělaní onemocnění antigenním nebo PCR testem zásadní pro určení výchozího bodu, od kterého lze odvíjet dobu ochrany prostřednictvím přirozené imunity proti reinfekci. Tento výchozí bod pak podle odpůrce nelze stanovit zpětně na základě pozitivního výsledku na protilátky, což navrhovatel nezpochybnil. U osob s naměřenými protilátkami, které však nemají pozitivní výsledek testu o prodělaném onemocnění, proto nelze určit, po jak dlouhou dobu budou ještě proti reinfekci chráněny. Zároveň není zřejmé, jaká hladina protilátek je pro ochranu nezbytná. To, že PCR test může být falešně pozitivní, jak tvrdí navrhovatel, nemá na výše uvedené vliv. Navrhovatel totiž netvrdí, jakým jiným účinnějším způsobem by měl být tento bod určen. Určení počátku ochrany prostřednictvím pozitivního testu na onemocnění covid-19 se soudu naopak jeví jako logické. Reflektuje to totiž způsob zjišťování onemocnění covid-19 v populaci. Navrhovatel zároveň netvrdí, jak by bylo možné standardizovaně a rutinně zjišťovat přirozenou imunitu testem na protilátky v krvi nebo vyšetřením T-buněčné imunity, a ani relevantně nedoložil, jakou roli hraje T-buněčná imunita v ochraně proti onemocnění covid-19.

[52] Nejvyšší správní soud proto s ohledem na výše uvedené dospěl k závěru, že navrhovatel neprokázal prodělání onemocnění covid-19, neboť nedoložil soudu pozitivní výsledek antigenního nebo PCR testu (bod 38 rozsudku *tzv. bezinfekčnost u stravovacích a ubytovacích služeb*, bod 48 rozsudku *uznávání protilátek III* a usnesení NSS ze dne 12. 11. 2021, čj. 8 Ao 27/2021-72, bod 19). Doložené pozitivní výsledky na protilátky prodělání onemocnění covid-19 s ohledem na dostupné vědecké poznání jednoznačně prokázat nemohou, i kdyby je soud provedl k důkazu. Pokud jde o a výsledek laboratorního vyšetření T-buněčné imunity, pak k němu navrhovatel neunesl důkazní břemeno, že tento výsledek jednoznačně prokazuje prodělání nemoci, případně dostatečnou imunitu. Nejvyšší správní soud proto dále vyšel z toho, že navrhovatel není v postavení osoby, která onemocnění covid-19 prokazatelně prodělala. Nelze tedy bez dalšího vycházet z toho, že má přirozenou imunitu proti tomuto onemocnění.

IV.6 K námitkám stran přirozené imunity a očkování

[53] Navrhovatel namítá, že prodělání onemocnění covid-19 poskytuje neúčinnější ochranu před reinfekcí. Očkování proti onemocnění covid-19 nechrání dlouhodobě. Jeho účinnost v čase klesá, a to významně u varianty omikron. Očkované osoby se mohou nakazit a šířit onemocnění dál. Očkováním osobám je status *tzv. bezinfekčnosti* poskytován na neomezenou dobu bez ověření, zda u nich došlo k navození imunitní ochrany a zda ochrana trvá. Není-li *tzv. bezinfekčnost* časově omezena u očkování, tím spíše není namístě její časové omezení u prodělání onemocnění. V souvislosti s přirozenou imunitou dále namítl, že odůvodnění mimořádného opatření není založeno na aktuálních odborných podkladech. Tato tvrzení doložil publicistickými články a některými odbornými studiemi.

[54] Nejvyšší správní soud k těmto námitkám uvádí, že není-li navrhovatel v postavení osoby, která onemocnění covid-19 prokazatelně prodělala, pak se nijak nedotýká jeho právní sféry to, zda přirozená imunita poskytuje silnější ochranu proti tomuto onemocnění, to, že je *tzv. bezinfekčnost* z očkování mimořádným opatřením uznána na neomezenou dobu, kdežto z prodělané nemoci pouze na 180 dní, to, že očkování mohou infekci šířit, a to, že je údajně odůvodnění mimořádného opatření stran přirozené imunity založeno na neaktuálních odborných podkladech. Soud se proto těmito námitkami pro nadbytečnost nezabýval. Ze stejného důvodu pak neprovedl k důkazu předložené články a studie týkající se těchto námitek.

[55] Nad rámec výše uvedeného s ohledem na lamentování navrhovatele stran očkování Nejvyšší správní soud podotýká, že v době vydání napadeného mimořádného opatření bylo očkování proti onemocnění covid-19 pro značnou část obyvatelstva dobrovolné. Pouze určitým skupinám osob byla v této době stanovena vyhláškou č. 466/2021 Sb., kterou se mění vyhláška č. 537/2006 Sb., o očkování proti infekčním nemocem, ve znění pozdějších předpisů, povinnost podrobit se očkování proti onemocnění covid-19 do 28. 2. 2022. Tato vyhláška však není předmětem přezkumu v nyní projednávané věci a ani s ní jinak nesouvisí. Z odůvodnění mimořádného opatření současně nevyplývá, že by jeho cílem mělo být nepřímé donucení neočkovaných osob k očkování stanovením určitých zákazů a omezení (bod 84 rozsudku *tzv. bezinfekčnost u stravovacích a ubytovacích služeb*). Z pohledu přezkumu nyní napadeného mimořádného opatření tak bylo zcela na

pokračování

navrhovateli, zda se nechá očkovat či nikoliv. Má-li proto navrhovatel za to, že, je očkování nebezpečné s ohledem na nedostatek studií stran podávání třetích dávek, na informace o škodlivých účincích očkování a na odlišné údaje v příbalovém letáku k očkování, je na něm, aby si sám vyhodnotil, zda se nechá očkovat, či nikoliv (rozsudek NSS ze dne 21. 4. 2022, čj. 8 Ao 9/2022-101, bod 125, a ze dne 1. 6. 2022, čj. 8 Ao 11/2022-55, bod 23).

[56] V této souvislosti Nejvyšší správní soud neshledal důvodným odkaz navrhovatele na § 46 odst. 2 zákona o ochraně veřejného zdraví, podle kterého *před provedením pravidelného a zvláštního očkování je fyzická osoba povinná podrobit se v případech upravených prováděcím právním předpisem vyšetření stavu imunity (odolnosti). Pravidelné a zvláštní očkování se neprovede při zjištění imunity vůči infekci nebo zjištění zdravotního stavu, který brání podání očkovací látky (kontraindikace). O těchto skutečnostech poskytovatel zdravotních služeb uvedený v § 47a vystaví fyzické osobě potvrzení a důvod upuštění od očkování zapíše do zdravotnické dokumentace.* Tato právní úprava se totiž vztahuje k případům povinného pravidelného a zvláštního očkování. Je proto pro nyní projednávanou věc nepodstatné, že vyluka z povinného pravidelného a zvláštního očkování je podrobena zjišťování imunity dané osoby (rozsudek NSS ze dne 15. 6. 2022, čj. 2 Ao 24/2021-36, bod 26, a rozsudek *uznávání protilátek IV*, bod 32). Očkování proti onemocnění covid-19 totiž bylo pro navrhovatele dobrovolné.

IV.7 K namítané diskriminaci osob s přirozenou imunitou

[57] Navrhovatel dále namítá diskriminaci osob, které nemohou prokázat svoji tzv. bezinfekčnost podle čl. I bodu 15 mimořádného opatření, přestože mají laboratorně zjištěnou hladinu protilátek nebo T-buněčnou imunitu proti onemocnění covid-19. Navrhovatel se tedy zjevně domáhá toho, aby bylo umožněno prokázat tzv. bezinfekčnost i těmto osobám. Nezákonnost čl. I bodu 15 mimořádného opatření proto spatřuje v tom, že určitou oblast neupravuje.

[58] V podobné situaci Nejvyšší správní soud v rozsudku *uznávání protilátek I*, bod 16, dovodil, že „[t]o, že odpůrce opomněl do čl. I bodu 18 mimořádného opatření zahrnout nějakou podmínku pro vstup do některých vnitřních prostor a pro účast na hromadných akcích nebo naopak nějakou výjimku z takové podmínky, tedy může zakládat nezákonnost této části mimořádného opatření“. Dospěje-li proto soud k závěru, že určitá úprava v mimořádném opatření chybí, což je důvodem jeho rozporu se zákonem, tuto část mimořádného opatření pro nezákonnost zruší. Tento závěr Nejvyšší správní soud nicméně nespojil s nepřítomností jakékoli myslitelné úpravy v mimořádném opatření. Učinil jej v návaznosti na požadavky plynoucí z čl. 1 věty první Listiny, podle kterého *lidé jsou svobodní a rovní v důstojnosti i v právech*. Jedná se o princip rovnosti, jejímž pohledem rovnost v právech neznamená, že by každému muselo být přiznáno jakékoli právo, avšak právní rozlišování v přístupu k určitým právům nesmí být projevem libovůle (bod 18 rozsudku *uznávání protilátek I* a rozsudek NSS ze dne 16. 12. 2021, 9 Ao 28/2021-41 bod 26).

[59] Při posouzení, zda čl. I bodu 15 mimořádného opatření nezakládá v rozporu s čl. 1 Listiny nerovné podmínky pro osoby, které nemohou prokázat svoji tzv. bezinfekčnost potvrzením o imunitě, je třeba zkoumat „(1) zda jde o různé subjekty, které se nacházejí ve

stejně 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 ze dne 22. 1. 2019, sp. zn. Pl. ÚS 32/17). Pro posouzení dané otázky je dále významné, že „uvážovat 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 dvě situace, s nimiž právo zachází odlišně, jsou vsutku srovnatelné, tedy zda jsou relevantně podobné“ (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). Uvedené posouzení se musí podle citované judikatury Ústavního soudu dále opírat o kritérium relevance, přičemž to v sobě zahrnuje hodnotový úsudek, který předpokládá pochopení smyslu a účelu přezkoumávané úpravy. Jinak řečeno, pro účely nyní projednávané věci jde v návaznosti na výše uvedené o posouzení toho, zda se z hlediska regulace napadeného mimořádného opatření jedná v případě níže vymezených skupin osob o postavení srovnatelné, či nikoliv. Pokud by se totiž jednalo o nestejně zacházení s nestejnými skupinami osob, nemohla by být námitka diskriminace důvodná.

[60] Jak již uvedl soud v části IV.5 tohoto rozsudku, navrhovatel relevantně nevyvrátil východiska odpůrce, pro která bylo umožněno prokázat tzv. bezinfekčnost pouze těm osobám s přirozenou imunitou, které prodělaly laboratorně potvrzené onemocnění covid-19, a to po dobu 180 dní od prvního pozitivního antigenního nebo PCR testu. Za této situace soud dospěl k závěru, že nebylo prokázáno, že lze srovnávat postavení osob, které mají pozitivní test na protilátky nebo na T-buněčnou imunitu, s osobami, které nemoc prokazatelně prodělaly na základě pozitivního antigenního nebo PCR testu, nebo s očkovanými osobami. V případě navrhovatele totiž nebylo v řízení prokázáno, že onemocnění covid-19 prodělal, a že tak je dostatečně chráněn proti reinfekci.

[61] Navrhovatel se cítí být diskriminován i vůči osobám, které mohou prokázat svoji tzv. bezinfekčnost negativním výsledkem PCR testu podle čl. I bodu 15 písm. a) mimořádného opatření. V návrhu však k tomu neuvedl žádnou bližší argumentaci. Není úkolem soudu za stěžovatele domýšlet argumentaci (§ 101d odst. 1 s. ř. s.). Nejvyšší správní soud proto v mezích obecnosti této námítky uvádí, že se nenachází ve srovnatelném postavení ani s těmito osobami.

[62] Protože nebylo prokázáno, že se osoby s přirozenou imunitou, u nichž však nebylo onemocnění covid-19 laboratorně potvrzeno antigenním nebo PCR testem, nacházejí ve srovnatelném postavení, nejsou diskriminovány tím, že jim čl. I bodu 15 mimořádného opatření neumožňuje prokázat tzv. bezinfekčnost prostřednictvím potvrzení o hladině protilátek nebo o T-buněčné imunitě proti onemocnění covid-19, a tedy provádět činnosti a služby regulované mimořádným opatřením. Soud se proto nezabýval dalšími kroky testu diskriminace (viz bod [59] tohoto rozsudku).

[63] Na tento závěr nemá žádný vliv odkaz navrhovatele na doporučení ECDC COVID-19 surveillance guidance Transition from COVID-19 emergency surveillance to routine surveillance of respiratory pathogens z října 2021. Z navrhovatelem citovaného textu „[y]et, since vaccines aim at preventing severe disease while infection among vaccinated individuals

pokračování

can occur, virus circulation in the population is likely to continue requiring a more consistent surveillance approach to correctly monitor trends and identify areas of increased transmission and change in infection-severity, and impact. Therefore, it is important to ensure that indications for testing do not differ between vaccinated and unvaccinated individuals.“ totiž nevyplývá, že by nemělo být rozlišováno mezi očkovanými a neočkovanými jedinci z hlediska přístupu ke službám a činností s ohledem na jejich ochranu proti onemocnění covid-19. Naopak z navrhovatelem citované části doporučení vyplývá, že pokračující cirkulace viru v populaci vyžaduje konzistentnější přístup ve sledování ke správnému zjištění trendů a k identifikaci oblastí zvýšeného přenosu a změn v závažnosti infekce a jejího dopadu. Proto je důležité zajistit, aby se indikace k testování nelišily mezi očkovanými a neočkovanými jedinci. Doporučení ECDC se tedy týká sledování šíření viru v populaci, nikoliv hodnocení ochrany přirozené imunity a imunity po očkování proti reinfekci. Není proto v rozporu s východisky odpůrce (viz bod [37] tohoto rozsudku), pro které nebylo osobám, u nichž nebylo onemocnění covid-19 laboratorně potvrzeno testem, umožněno využívat služby a provádět činnosti regulované mimořádným opatřením.

[64] Není-li však navrhovatel ve srovnatelném postavení s osobami, které mohly prokázat svou tzv. bezinfekčností podle čl. I bodu 15 mimořádného opatření, je nedůvodná rovněž námitka, podle které je napadené mimořádné opatření nepřiměřené z důvodu znevýhodnění osob pravděpodobně chráněných přirozeným proděláním nemoci (bod 21 rozsudku sp. zn. 8 Ao 11/2022). Navrhovatel neprokázal proděláním onemocnění covid-19, nemohl proto být znevýhodněn z tohoto důvodu mimořádným opatřením.

[65] Nejvyšší správní soud proto uzavírá, že rovněž na základě nyní projednávaného návrhu neshledal nezákonnost čl. I bodu 15 mimořádného opatření. Citované ustanovení osoby neočkovévané, kterým nebylo onemocnění covid-19 laboratorně potvrzeno testem, nediskriminuje i v případě, kdy jim byly naměřeny protilátky nebo laboratorně zjištěna buněčná imunita proti tomuto onemocnění. Navrhovatel totiž relevantně nezpochybnil východiska odpůrce, podle nichž je u osob, které onemocnění prodělaly, nezbytné zjistit antigenním nebo PCR testem výchozí bod, od kterého lze odvozovat dobu, po kterou jsou chráněny proti reinfekci, a podle kterých v současné době neexistují standardizované laboratorní testy na měření protilátek, které navíc mohou detekovat protilátky i jiných koronaviřů. Zároveň navrhovatel netvrdil a relevantně neprokázal, že by vědeckou obcí byla již zjištěna potřebná úroveň hladiny protilátek proti onemocnění covid-19 a jakou roli v této ochraně hraje T-buněčná imunita.

V. Závěr a náklady řízení

[66] Nejvyšší správní soud s ohledem na výše uvedené neshledal návrh důvodným, a proto jej zamítl (§ 101d odst. 2 věta druhá s. ř. s.). Návrh v části týkající se čl. I bodu 3 písm. b) ve slovech „nebo, s výjimkou dítěte do dovršení 12 let věku, nesplňuje podmínky stanovené v bodu I/15; provozovatelům uvedených provozoven se nařizuje u osoby, která musí splňovat podmínky podle bodu I/15, splnění těchto podmínek kontrolovat prostřednictvím mobilní aplikace Ministerstva zdravotnictví „čTečka“ 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/15

prokázat; v případě, že osoba splnění podmínek podle bodu I/15 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“ mimořádného opatření odmítl pro odpadnutí předmětu řízení. Návrh v části týkající se čl. I bodu 3 písm. b) ve slovech „zakazuje zákazníkovi vstoupit do vnitřních a vnějších prostor provozovny, pokud vykazuje klinické příznaky onemocnění covid-19“ mimořádného opatření pak podle § 46 odst. 1 písm. c) s. ř. s. odmítl, neboť byl podán osobou k tomu zjevně neoprávněnou.

[67] 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, resp. navrhovatel ve stanovené lhůtě nevyjádřil nesouhlas s rozhodnutím věci bez nařízení jednání. 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. Jde-li o doporučení a zprávy mezinárodně uznávaných autorit (viz bod [43] tohoto rozsudku), Nejvyšší správní soud neprovedl jejich obsah k důkazu pro nadbytečnost. Navrhovatel totiž nedoložil soudu takové podklady, které by byly s to tyto odborné podklady odpůrce vyvrátit. Nebylo proto třeba se blíže zabývat jejich konkrétním obsahem.

[68] Podle § 60 odst. 3 s. ř. s. *žádný z účastníků nemá právo na náhradu nákladů řízení, bylo-li řízení zastaveno nebo žaloba odmítnuta.*

[69] Podle § 60 odst. 1 s. ř. s. *má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil, proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl.*

[70] Ve vztahu k části, v níž byl návrh odmítnut, proto nemá žádný z účastníků právo na náhradu nákladů řízení. Ve zbývajících částech rozhodl Nejvyšší správní soud o náhradě nákladů řízení podle § 60 odst. 1 věty první s. ř. s. Odpůrce měl ve věci plný úspěch, neboť ten se posuzuje podle osudu napadeného opatření obecné povahy (jeho části). Navrhovatel nebyl ve věci úspěšný, proto nemá právo na náhradu nákladů řízení. Odpůrci, jemuž by jinak právo na náhradu nákladů řízení svědčilo, soud náhradu nákladů řízení nepřiznal, neboť mu v řízení žádné náklady nad rámec jeho běžné úřední činnosti nevznikly (ani žádné nepožadoval).

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

V Brně 26. ledna 2023

Petr Mikeš
předseda senátu