

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedkyně JUDr. Marie Žiškové a soudců JUDr. Filipa Dienstbiera a JUDr. Tomáše Rychlého v právní věci žalobce: **JUDr. E. P.,** zastoupeného Mgr. Jiřím Hladíkem, advokátem se sídlem nám. 28. října 1898/9, Brno, proti žalovanému: **Státní úřad inspekce práce,** se sídlem Kolářská 13, Opava, o žalobě proti rozhodnutí žalovaného ze dne 5. 5. 2014, č. j. 918/1.30/14/14.3, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 13. 9. 2016, č. j. 36 Ad 39/2014 - 73,

takto:

I. Kasační stížnost **se zamítá.**

II. Žalobce **nemá** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

III. Žalovanému **se nepřiznává** náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

[1] Oblastní inspektorát práce pro Jihomoravský kraj a Zlínský kraj (dále jen „inspektorát“) provedl 17. 7. 2012 v areálu společnosti Vodňanská drůbež, a.s., na adrese Chrlická 522, Modřice, kontrolu dle § 5 odst. 1 písm. a) v rozsahu § 3 zákona č. 251/2005 Sb., o inspekci práce a dle § 125 v rozsahu § 126 zákona č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti. Při kontrole byli v areálu při výkonu práce zjištěni cizinci vietnamské státní příslušnosti, kteří do *„záznamů o skutečnostech zjištěných při kontrole totožnosti fyzicky osob podle ustanovení § 132 odst. 1, 2 zákona č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti*“ (dále jen „záznamy ze 17. 7. 2012“) uvedli, že práci (zpracování uzenin, porcování kuřat apod.) vykonávají pro žalobce.

[2] O výsledku kontroly byl 1. 11. 2012 pořízen protokol č. j. 17925/9.71/12/15.2, a to se závěrem, že uvedení cizinci, byť jako osoby samostatně výdělečně činné, vykonávali činnost, která vykazovala znaky závislé práce, a že tuto činnost vykonávali pro žalobce, který jim tak umožnil výkon nelegální práce. Žalobce následně požádal o přezkoumání protokolu o výsledku kontroly. Argumentoval především tím, že se nemohl dopustit příslušných správních deliktů, neboť cizinci byli stejně jako on účastníky sdružení dle § 829 a násl. zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník (dále jen „občanský zákoník z roku 1964“). Všichni se v souladu s cíli tohoto sdružení jakožto podnikatelé svou činností přičiňovali o naplnění a dosažení účelu sdružení; to také vylučovalo jakékoliv nadřízené postavení žalobce, osoby využily své smluvní autonomie. Inspektor však i nadále trval na znění protokolu v celém rozsahu. Žalobce proto využil možnosti podat námitky proti výsledku přezkoumání protokolu o výsledku kontroly, ty však byly vedoucím inspektorem inspektorátu zamítnuty.

[3] Dne 12. 6. 2013 bylo zahájeno správní řízení, ve kterém inspektorát vydal 15. 1. 2014 rozhodnutí, jímž byl žalobce uznán vinným, že se jako podnikající fyzická osoba dopustil správního deliktu dle § 140 odst. 1 písm. c) zákona o zaměstnanosti tím, že umožnil výkon nelegální práce, jak je definována v § 5 písm. e) bod 1 a 2 zákona o zaměstnanosti, neboť umožnil specifikovaným 23 fyzickým osobám, cizincům vietnamské státní příslušnosti, výkon závislé práce mimo pracovněprávní vztah, čímž porušil § 3 zákona č. 262/2006 Sb., zákoník práce, a to bez povolení k zaměstnání, čímž porušil § 89 zákona o zaměstnanosti. Za tento správní delikt byla žalobci uložena pokuta ve výši 7.300.000 Kč.

[4] Proti tomuto rozhodnutí podal žalobce odvolání, které se opíralo o obdobné argumenty a námitky, které uváděl již v kontrolním řízení (zejména o existenci sdružení podnikatelů bez právní subjektivity). Toto odvolání žalovaný v záhlaví označeným rozhodnutím zamítl.

II. Řízení před krajským soudem

[5] Proti rozhodnutí žalovaného brojil žalobce žalobou u Krajského soudu v Brně. Namítal zejména nesprávné posouzení otázky naplnění pojmu nelegální práce, dále se vyjádřil k povaze sdružení dle § 829 občanského zákoníku z roku 1964, neboť touto otázkou se dle něj správní orgány nezabývaly. Také uvedl, že u záznamů ze dne 17. 7. 2012, pořízených na základě § 132 zákona o zaměstnanosti, nelze uvažovat o tom, že by se jednalo o úkon odpovídající alespoň podání vysvětlení dle § 137 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád. O nepoužitelnosti záznamů svědčí i to, že pro „vyslýchané“ osoby nebyl zajištěn tlumočník. Na místě se nacházela pouze jakási osoba, v záznamu neuvedená, v podobě „styčné osoby pro inspektory“ poskytující něco jako tlumočnické služby. O svých právech přitom nebyly v tomto směru „vytěžované“ osoby nijak poučeny. Závěrem žalobce namítl, že uložená sankce je nepřiměřená. Smyslem a účelem správního trestání nemůže být majetková likvidace účastníků řízení.

[6] Krajský soud žalobu zamítl.

[7] Zabýval se přitom zejména povahou činnosti, jíž cizinci (členové sdružení) v areálu společnosti Vodňanská drůbež, a.s. vykonávali. Dospěl k závěru, že byť se formálně jednalo o osoby samostatně výdělečně činné, fakticky vykonávali závislou práci. Cizinci pracovali pro žalobce od pondělí do pátku osm hodin denně. Podkladem pro vyplácení odměny byl počet odpracovaných hodin, který se evidoval elektronicky, přičemž tyto odměny dostávali od žalobce na účet jedenkrát měsíčně. Jejich práce byla soustavná, vykonávaná na místě a způsobem, který jim určil někdo jiný, za použití pomůcek, které rovněž obstaral někdo jiný. Zároveň nešlo o žádnou specializovanou práci, ale naopak spíše o práci rutinní, odváděnou dle pokynů jiné osoby.

[8] Ani s námitkou, že cizinci vykonávali práci na základě smlouvy o sdružení, se soud neztotožnil. Uvedl, že toto sdružení bylo založeno v roce 2007, kromě žalobce smlouvu o sdružení uzavřelo dalších 270 osob, převážně vietnamské a ukrajinské národnosti (poté přistupovaly další osoby). Na základě této skutečnosti samotné sice nelze dovozovat neplatnost smlouvy, je však třeba vzít v potaz skutečný charakter vykonávané práce. Kdyby byl přijat paušální závěr o tom, že uzavřením smlouvy o sdružení je bez dalšího vyloučena nadřízenost a podřízenost zúčastněných subjektů, jakož i naplnění dalších znaků závislé práce, stala by se nevynutitelnou kogentně stanovená povinnost dle § 3 zákoníku práce. Při přijetí argumentace žalobce by uzavření smlouvy o sdružení představovalo legalizaci tzv. švarcsystému.

[9] K otázce dokazování a použitelnosti záznamů ze 17. 7. 2012 soud s odkazem na judikaturu správních soudů uvedl, že je namístě listiny pořízené v rámci kontroly pohlížet jako na listiny, které mohou být řádným podkladem pro rozhodnutí žalovaného. Podkladem pro rozhodnutí může být prakticky cokoliv, co bylo získáno v souladu se zákonem a může to přispět k zjištění stavu věci. Z výslechů svědků přitom nevyplývá, že by cizinci otázkám neporozuměli. Pro případ eventuelních nejasností byl inspektorům k dispozici pan D. H. S., zaměstnanec společnosti Vodňanská drůbež, a.s. Intenzita nejasností a neporozumění českému jazyku ze strany cizinců nebyla natolik výrazná, že by při odpovídání na relativně jednoduché otázky bylo třeba pomoci tlumočníka. Obsah výpovědí cizinců byl navíc potvrzen obsahem svědeckých výpovědí pořízených v průběhu správního řízení, jakož i z dalších podkladů, které svědčí o povaze jimi vykonávané práce.

[10] Ohledně výše sankce, která je dle žalobce likvidační, soud uvedl, že žalobce dostal během řízení několikrát možnost vyjádřit se ke svým majetkovým poměrům. Jelikož na tyto výzvy nijak nezareagoval, dobrovolně se vystavil značnému riziku uložení i likvidační pokuty. Správní orgány při stanovení výše sankce vycházely z kvalifikovaného odhadu žalobcových majetkových poměrů, což soud aproboval.

III. Kasační stížnost

[11] Žalobce (stěžovatel) brojí proti rozsudku krajského soudu kasační stížností.

[12] Tvrdí, že žalovaný i krajský soud nesprávně posoudili pojem *závislá práce*. Její základní znaky vymezil Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 13. 2. 2014, č. j. 6 Ads 46/2013 - 35. Jsou jimi soustavnost práce, její osobní výkon, nadřízenost a podřízenost

mezi zaměstnancem a zaměstnavatelem a existence hospodářské závislosti zaměstnance na zaměstnavateli.

[13] Soud nevzal dostatečně na zřetel odlišnost významu termínu „práce“ jako součást pojmu „závislá práce“ nebo „nelegální práce“ a „práce“ (v širším slova smyslu) jako faktického výkonu výdělečné činnosti, z níž jen její dílčí část je regulována normami pracovního práva. Soud extrémně objektivizoval pojem „závislá práce“ tak, že v podstatě každý výkon práce je prací závislou. Zcela přitom upozadil zásadní hledisko při zařazování práce pod „práci závislou“, a to hledisko subjektivní, tedy vůli zaměstnanců při uzavření závazku, jehož předmětem je výkon práce. Soud v podstatě považuje za závislou práci jakýkoliv výkon pracovní činnosti v oborech o nízké kvalifikaci, bez ohledu na další okolnosti.

[14] Další námitkou brojí stěžovatel proti posouzení charakteru smlouvy o sdružení dle § 829 občanského zákoníku z roku 1964. Dle žalobce jde o smluvní typ určený primárně k výkonu práce. Teprve náhradním plněním za tento druh závazku člena sdružení je plnění peněžité nebo jiné hmotné. Soud se s touto argumentací vypořádal odkazem na § 2 a § 3 zákoníku práce zakazující výkon závislé práce mimo pracovněprávní vztah. Tento přístup je značně kontroverzní, zvláště za situace, kdy v současnosti platný zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, smlouvu o sdružení nadále upravuje, a to obdobným způsobem jako občanský zákoník z roku 1964. Zákon dokonce výslovně upravuje odlišné postavení člena sdružení vkládajícího do něj majetkovou hodnotu nebo „činnost“. Zákon také zcela zjevně předpokládá, že postavení jednotlivých členů sdružení nemůže být rovné. Není tudíž namístě argumentace soudu, že odlišné postavení žalobce ve sdružení oproti jiným jeho členům vede k závěru o „nadřízeném postavení“ žalobce v něm.

[15] Dále soud dle stěžovatele jen zčásti odůvodnil neprovedení navrhovaných důkazů. Především nijak nereaguje na žalobcův důkazní návrh daňovými přiznáními účastníků sdružení, ač měl tento důkaz objektivizovat právě okolnosti hospodářské závislosti (resp. nezávislosti) zbylých účastníků sdružení na žalobci. K argumentaci soudu týkající se neprovedení důkazu spisem o kontrole společnosti Vodňanská drůbež, a.s., stěžovatel uvádí, že soud tento důkaz pominout nemohl, pokud se jednalo o kontrolu ve stejném místě a čase, reálně stejných osob a navíc subjektu, pro který měla být údajná nelegální práce vykonávána. Absurdní je odůvodnění, že spis navrhovaný k důkazu obsahuje citlivé údaje zaměstnanců, aniž by bylo označeno zákonné ustanovení, z něhož tato překážka vyplývá.

[16] Stěžovatel rovněž poukázal na nesprávný názor soudu ohledně přípustnosti důkazu záznamy o skutečnostech zjištěných při kontrole totožnosti ve smyslu § 132 zákona o zaměstnanosti. Obsah sdělení těchto osob ze 17. 7. 2012 adresovaných správnímu orgánu je nutno zachytit procesně nezpochybnitelným způsobem. Nelze se smířit s argumentem soudu, že z jím označených ustanovení zákona implicitně vyplývá oprávnění orgánů kontroly vyžadovat po fyzických osobách různé výpovědi a vysvětlení.

[17] Použitý záznam dle žalobce nedosahuje ani procesních kvalit záznamu o podaném vysvětlení ve smyslu § 137 správního řádu. Z literatury a judikatury vyplývá zákaz použití záznamu o podaném vysvětlení jako důkazního prostředku v následně zahájeném správním

řízení. To odpovídá i povaze záznamu jakožto dokumentu, který pořizuje správní orgán, aniž by osoba, která podává vysvětlení, měla na jeho obsah jakýkoliv vliv. Nestačí-li dle rozsudku sp. zn. 1 As 96/2008 v sankčním řízení, jakým řízení i v tomto případě je, k aprobaci obsahu úředního záznamu na podklad pro rozhodnutí ani doznání obviněného z přestupku, nemůže docházet k potvrzování jeho obsahu způsobem, že jsou vyslýchány osoby, jež takový záznam pořídily. Rovněž se nelze spokojit s tolerantním postojem soudu k opatřování důkazů ani v té rovině, že by snad osoby „vytěžené“ do záznamů dle § 132 zákona o zaměstnanosti měly ovládat český jazyk natolik, že zvládnou komunikaci s inspektory státního úřadu inspekce práce.

[18] Neobstojí ani závěr krajského soudu ohledně výše sankce uložené stěžovateli. Nezjistil-li správní orgán ohledně majetkových poměrů stěžovatele nic, je daná pokuta likvidační v podstatě pro každého. Judikatorní závěr, že může správní orgán stanovit poměry účastníka odhadem, neznamená, že je oprávněn stanovit zjevně nepřiměřenou sankci.

[19] Závěrem stěžovatel uvedl, že právní normy zakazující a postihující výkon a umožnění výkonu nelegální práce jsou nejednoznačné, přičemž judikatura dosud není jednoznačně ustálena tak, aby adresáti těchto zákonných norem mohli jednoznačně usoudit, že dopadají na daný konkrétní případ. Tato situace vede k tomu, že postih na základě takto uplatňovaných norem je vyloučen s ohledem na zásadu *nulla poena sine lege scritpa*.

[20] Žalovaný navrhl zamítnout kasační stížnost jako nedůvodnou.

IV. Doplnění právní argumentace stěžovatele

[21] Dne 7. 2. 2017 zaslal stěžovatel Nejvyššímu správnímu soudu podání nazvané *doplnění právní argumentace žalobce*. V tomto podání stěžovatel rozhojnil své kasační námitky a také uvedl některé námitky nové.

[22] K nepřímým důkazům týkajícím se subjektivní stránky závislé práce, tedy toho, zda cizinci chtěli vykonávat práci jako OSVČ, nebo z pozice zaměstnanců, považuje stěžovatel hodnocení krajského soudu za nedostatečné. Vietnamští státní příslušníci, kteří byli účastníky sdružení, již před vstupem na území České republiky jednoznačně vyjádřili svůj záměr, žádali-li o dlouhodobé vízum za účelem podnikání.

[23] Dále stěžovatel poukázal na rozhodnutí žalovaného ze dne 6. 3. 2014, č. j. 227/1.30/14/14.3, ve kterém dle něj v obdobné věci pojal posuzování výkonu nelegální práce zcela odlišně.

[24] Stěžovatel také doplnil argumentaci týkající se otázky přípustnosti užití sdělení kontrolovaných osob ze 17. 7. 2012. S odkazem na rozsudky ze dne 4. 5. 2016,

č. j. 36 Ad 36/2014 - 57, a ze dne 30. 6. 2014, č. j. 22 A 77/2013 - 50, uvedl, že krajský soud rozhoduje v obdobných věcech různě, v jeho případě špatně.

[25] V řízení vedeném pod sp. zn. 146/2012/9.71 zjistil kontrolní orgán, že v provozovně kontrolované osoby vykonávaly práci osoby podnikající, a to na základě smlouvy o dílo, kdy předmětem jejich „práce“ měla být výroba knedlíků a úklidové práce, přičemž tyto osoby vykonávaly typicky dělnické profese. Závěr kontrolního orgánu, při předložení téměř totožných smluvních podkladů, byl takový, že nebylo zjištěno žádné porušení dodržování zákazu výkonu nelegální práce.

[26] Soud také nepřihlédl k tomu, že si žalovaný učinil, v rozporu s § 57 odst. 1 písm. c) správního řádu, úsudek o předběžné otázce, aniž k tomu byl podle zákona oprávněn. Aby mohl správní orgán ve smyslu § 140 odst. 1 písm. c) zákona o zaměstnanosti usoudit, že stěžovatel „umožnil výkon závislé práce“, musí nezbytně skutkově a právně uzavřít, že třetí osoba vykonává nelegální práci. Nedošlo-li ke stíhání a potrestání jednotlivých účastníků sdružení pro přestupek ve smyslu § 139 odst. 1 písm. c) zákona o zaměstnanosti, nemohlo dojít k aplikaci § 140 odst. 1 písm. c), neboť nebylo pravomocně rozhodnuto o tom, že třetí osoby vykonávaly nelegální práci.

[27] Závěrem doplnění poukazuje stěžovatel na nepřezkoumatelnost závěru krajského soudu o tom, že na jedné straně považuje závazkové vztahy mezi účastníky sdružení za platné, a současně dospěje k závěru, že se jedná o jakýsi podpůrný faktor a rozhodující je primárně povaha vykonávané práce, z čehož lze usoudit na výkon nelegální práce. Účastníci sdružení vykonávali svou činnost na základě smlouvy o dílo, dle níž objednatel zadával pokyny k plnění díla. V návaznosti na to nemohl soud zamítnout návrh na provedení důkazu spisem vedeným žalovaným o kontrole společnosti Vodňanská drůbež, a.s. Není právně udržitelné, pokud by daný subjekt zákonem dovoleným způsobem zadával pracovní úkoly, přitom by za daný výkon nelegální práce měl být odpovědný jiný subjekt, který závazek, na jehož základě byly takové pokyny dle soudu ukládány, sjednal.

V. Posouzení věci Nejvyšším správním soudem

[28] Kasační stížnost je projednatelná, není však důvodná.

[29] Nejvyšší správní soud nejprve vymezil právní rámec dopadající na nyní projednávanou věc [*V.A)*], poté se zabýval charakterem vykonávané práce, tedy otázkou, zda je správný závěr žalovaného a krajského soudu o tom, že šlo o práci závislou [*V. B)*], dále námitkami týkajícími se tvrzení, že práce byla vykonávána na základě smlouvy o sdružení [*V. C)*], poté posuzoval dokazování před žalovaným a před krajským soudem [*V. D)*] a závěrem se zabýval výší uložené sankce [*V. E)*].

[30] Zabýval se přitom jak argumentací stěžovatele uplatněnou v doplnění kasační stížnosti, tak i jejím rozhojněním obsaženým v přípisu ze 7. 2. 2017. Nové kasační námitky, které stěžovatel v tomto podání uplatnil, však Nejvyšší správní soud do rámce svého přezkumu nezařadil. V souladu s § 106 odst. 3 s. ř. s. totiž platí: *„nemá-li kasační stížnost všechny náležitosti již při jejím podání, musí být tyto náležitosti doplněny ve lhůtě jednoho měsíce od doručení usnesení, kterým byl stěžovatel vyzván k doplnění podání. Jen v této*

lhůtě může stěžovatel rozšířit kasační stížnost na výroky dosud nenapadené a rozšířit její důvody.“ (podtržení doplněno soudem).

[31] Nejvyšší správní soud vyzval stěžovatele k doplnění kasační stížnosti usnesením ze dne 27. 10. 2016, č. j. 1 Ads 272/2016 - 19. Usnesení bylo stěžovateli doručeno 31. 10. 2016, měsíční lhůta, ve které mohl rozšířit kasační stížnost o nové důvody, uplynula 30. 11. 2016 (stěžovatel v této lhůtě kasační stížnost doplnil). Takový náhled na omezení možnosti uplatnit nové kasační námitky sdílí i Ústavní soud, který v nálezu ze dne 10. 8. 2006, sp. zn. I. ÚS 138/06, dospěl k závěru, že: „*pokud je stěžovatel vyzván k doplnění kasační stížnosti postupem dle § 106 odst. 3 s. ř. s., může rozšířit kasační stížnosti na výroky dosud nenapadené a rozšířit její důvody jen ve lhůtě jednoho měsíce v tomto ustanovení zakotvené, pokud nebyla na včasnou žádost stěžovatele z vážných důvodů soudem prodloužena*“.

[32] Proto se Nejvyšší správní soud více nezabýval námitkou správního řízení vedeného pod sp. zn. 146/2012/9.71, v němž měly správní orgány v podobném případě postupovat odlišně (srov. bod 25) a námitkou, že soud nepřihlédl k tomu, že si žalovaný učinil v rozporu s § 57 odst. 1 písm. c) správního řádu, úsudek o předběžné otázce, aniž k tomu byl podle zákona oprávněn (srov. bod 26).

V. A) Právní rámec projednávané věci

[33] Správního deliktu podle § 140 odst. 1 písm. c) zákona o zaměstnanosti se právnická osoba nebo podnikající fyzická osoba dopustí tím, že umožní výkon nelegální práce podle § 5 písm. e) bodu 1 nebo 2 zákona o zaměstnanosti. Podle § 140 odst. 4 písm. f) zákona o zaměstnanosti ve znění s účinností do 19. 10. 2014 (vyhlášení nálezu Ústavního soudu ze dne 9. 9. 2014, sp. zn. Pl. ÚS 52/13, ve Sbírce zákonů) platilo, že za správní delikt se uloží pokuta do 10.000.000 Kč, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. c) a e), nejméně však ve výši 250.000 Kč.

[34] Podle § 5 písm. e) bod 1 zákona o zaměstnanosti se nelegální prací rozumí výkon závislé práce fyzickou osobou mimo pracovněprávní vztah; podle § 5 písm. e) bod 2 zákona o zaměstnanosti se nelegální prací rozumí, „*pokud fyzická osoba-cizinec vykonává práci v rozporu s vydaným povolením k zaměstnání nebo bez tohoto povolení, je-li podle tohoto zákona vyžadováno, nebo v rozporu s povolením k dlouhodobému pobytu za účelem zaměstnání ve zvláštních případech (dále jen „zelená karta“) vydaným podle zvláštního právního předpisu nebo v rozporu s modrou kartou; to neplatí v případě převedení na jinou práci podle § 41 odst. 1 písm. c) zákoníku práce*“.

[35] Ohledně vymezení pojmu závislé práce a pojmu pracovněprávní vztah zákon o zaměstnanosti odkazuje na zákoník práce. Závislou prací je podle § 2 odst. 1 zákoníku práce, ve znění účinném od 1. 1. 2012, práce, která je vykonávána ve vztahu nadřízenosti zaměstnavatele a podřízenosti zaměstnance, jménem zaměstnavatele, podle pokynů zaměstnavatele a zaměstnanec ji pro zaměstnavatele vykonává osobně. Podle § 2 odst. 2 téhož zákona musí být závislá práce vykonávána za mzdu, plat nebo odměnu za práci, na náklady a odpovědnost zaměstnavatele, v pracovní době na pracovišti zaměstnavatele, popřípadě na jiném dohodnutém místě.

[36] Podle § 3 zákoníku práce „*závislá práce může být vykonávána výlučně v základním pracovněprávním vztahu, není-li upravena zvláštními právními předpisy. Základními pracovněprávními vztahy jsou pracovní poměr a právní vztahy založené dohodami o pracích konaných mimo pracovní poměr*“. Podle § 89 zákona o zaměstnanosti „*cizinec může být přijat do zaměstnání a zaměstnáván jen tehdy, má-li platné povolení k zaměstnání a platné povolení k pobytu na území České republiky nebo je-li držitelem zelené karty nebo modré karty, pokud tento zákon nestanoví jinak; za zaměstnání se pro tyto účely považuje i plnění úkolů vyplývajících z předmětu činnosti právnické osoby zajišťovaných společníkem, statutárním orgánem nebo členem statutárního nebo jiného orgánu obchodní společnosti pro obchodní společnost nebo členem družstva nebo členem statutárního nebo jiného orgánu družstva pro družstvo. Cizinec, kterému bylo vydáno potvrzení o splnění podmínek pro vydání zelené karty nebo modré karty, může být přijat do zaměstnání a zaměstnáván po dobu ode dne vydání tohoto potvrzení do ukončení řízení o jeho žádosti o vydání zelené karty nebo modré karty*“.

V. B) Charakter vykonávané práce

[37] Stěžovatel byl potrestán za to, že umožnil 23 osobám vietnamské státní příslušnosti výkon nelegální práce, tedy práce, pro kterou tyto osoby neměly potřebné povolení. Klíčovým pro posouzení, zda se stěžovatel tohoto deliktu dopustil, je charakter práce, jíž tyto osoby vykonávaly. Pouze tehdy, pokud by se jednalo o práci *závislou*, by se stěžovatel daného deliktu dopustil. Jestliže by osoby vykonávaly práci z pozice osob samostatně výdělečně činných, v souladu se svým povolením k pobytu za účelem podnikání, stěžovatel by se deliktu nedopustil.

[38] Vymezením znaků závislé práce ve světle právní úpravy účinné od 1. 1. 2012 se zabýval Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 13. 2. 2014, č. j. 6 Ads 46/2013 - 35, publ. pod č. 3027/2014 Sb. NSS. V tomto rozsudku vymezil znaky, jež musí být naplněny, aby se dalo hovořit o závislé práci ve smyslu § 2 odst. 1 zákoníku práce. Těmito znaky jsou: 1. soustavnost, 2. osobní výkon práce a 3. vztah nadřízenosti a podřízenosti mezi zaměstnavatelem a zaměstnancem (kdy je práce vykonávána jménem zaměstnavatele a dle jeho pokynů). Nejvyšší správní soud konstatoval, že „*společným rysem a jakýmsi leitmotivem všech znaků závislé práce vymezených (nově) v § 2 odst. 1 zákoníku práce, je osobní či hospodářská závislost zaměstnance na zaměstnavateli. Tyto znaky slouží k odlišení závislé práce od jiných ekonomických aktivit (zejména samostatného podnikání), ale také od aktivit jiného charakteru (zejména mezilidské výpomoci). Proto musí správní orgány při postihování nelegální práce v řízení obviněnému prokázat naplnění všech těchto znaků – zaměstnanec osobně a soustavně vykonává práci jménem zaměstnavatele a podle jeho pokynů, přičemž se vůči zaměstnavateli nachází v podřízeném vztahu*“.

[39] Co se týká znaku závislé práce spočívajícího ve vztahu nadřízenosti a podřízenosti, Nejvyšší správní soud v citovaném rozsudku uvedl, že „*vztah podřízenosti zaměstnance vůči zaměstnavateli představuje nutně subjektivní kategorii. Rozhodující je tedy zejména to, zda zaměstnanec sám vnímá své postavení jako podřízené a to je důvodem, proč respektuje pokyny zaměstnavatele. Pokud má ovšem správní orgán naplnění tohoto subjektivního znaku objektivně prokázat, musí zkoumat, zda je dána osobní závislost zaměstnance na zaměstnavateli a zejména co je její příčinou.*“

[40] Krajský soud se jednotlivými aspekty činnosti, kterou cizinci pro stěžovatele vykonávali, zabýval z hlediska těchto judikaturních závěrů v bodech 36 – 43 svého rozsudku. Dospěl přitom k závěru, že šlo o práci závislou. Nejvyšší správní soud se s takovým posouzením věci ztotožňuje. Cizinci vykonávali neodbornou, rutinní práci v podniku zpracovávajícím drůbež. Pro výkon této práce měli stanovenou osmihodinovou pracovní dobu od pondělí do pátku, jejich příchody na pracoviště a odchody z něj byly elektronicky evidovány, přičemž za odpracovanou dobu byli cizinci placeni. Práci vykonávali podle pokynů jiných osob, za pomoci nástrojů, které jim tyto osoby opatřily.

[41] Stěžovatel podotýká, že náhledem krajského soudu by bylo nutné jakoukoliv práci považovat za práci závislou. Tak tomu však není. Krajský soud naopak velmi pečlivě, z hlediska jednotlivých zákonem a judikaturou vymezených znaků závislé práce posoudil činnost, kterou cizinci vykonávali. Teprve na základě svých zjištění dovodil, že cizinci fakticky vykonávali závislou práci. Takový závěr by krajský soud, a ostatně ani Nejvyšší správní soud, neučinili, pokud by ve věci některý ze znaků závislé práce nebyl naplněn. Například pokud by jednotliví cizinci vykonávali práci, k níž jsou potřeba specifické dovednosti či talent, pokud by si sami opatřovali materiál či nástroje pro práci, sami by určovali časové úseky dne, které prací stráví atp. Tak tomu však v nyní projednávané věci nebylo.

[42] Stěžovatel zároveň podotýká, že krajský soud nevzal v potaz nejdůležitější hledisko závislé práce, a to hledisko subjektivní. Ani tato námitka však není důvodná. Krajský soud se subjektivním hlediskem, tedy vůlí a pocitem osoby vykonávající práci, zabýval v bodech 38 a 39 svého rozsudku. Zcela správně přitom odkázal na závěry rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 8. 9. 2011, č. j. 1 Afs 53/2011 - 208, dle kterého: *„o vůli osob (poplatníků) setrvávajících ve vztahu obdobném závislé činnosti [§ 6 odst. 1 písm. a) zákona č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů] lze usuzovat nejen z důkazů přímých (jejich svědeckých výpovědí), ale i z důkazů nepřímých, tvoří-li logický, ničím nenarušený a ucelený soubor vzájemně se doplňujících a na sebe navazujících nepřímých důkazů*“. V nyní projednávané věci nejsou sice aplikovány daňové zákony, ale zákon o zaměstnanost, nicméně závěry týkající se osobního hlediska při posuzování závislé práce lze vztáhnout i na nyní projednávanou věc.

[43] Vzhledem k výše uvedenému není kasační námitka důvodná. Krajský soud se charakterem práce pečlivě zabýval a dospěl ke správnému závěru, že šlo o práci závislou. Důvodná není ani stěžovatelova námitka, že neměl být za delikt potrestán, neboť judikatura týkající se závislé práce není ustálena, a trest je tak v rozporu se zásadou *nulla poena sine lege*. Právní úprava i judikatura je ve vztahu k posuzování závislé a nelegální práce poměrně jednoznačná. Skutečnost, že jednotlivé případy (i ty zmíněné stěžovatelem v doplnění kasační argumentace, srov. body 23 a 24 rozsudku) vykazují specifika, není známkou toho, že je nelze postihovat, ale že se jasně vymezené a prejudikované znaky závislé práce musí posuzovat vždy ve vztahu ke konkrétním skutkovým okolnostem.

V. C) Smlouva o sdružení

[44] Soud dle stěžovatele nesprávně posoudil charakter smlouvy o sdružení vytvořeného jím a (mimo jiné) cizinci pracujícími v areálu společnosti Vodňanská drůbež, a.s. Cizinci

jakožto členové sdružení vykonávali dle stěžovatele svou práci jako osoby samostatně výdělečně činné, i z tohoto důvodu tedy nešlo o závislou práci.

[45] Ani tuto námitku nepovažuje Nejvyšší správní soud za důvodnou. Skutečnost, že byla uzavřena smlouva o sdružení, neznamená, že by bylo v takovém případě namístě bez dalšího přijmout fakt, že sdružené osoby nevykonávají závislou práci. Čili i přes formální existenci sdružení bylo třeba zabývat se faktickou povahou cizinci vykonávané práce a až na základě těchto zjištění učinit závěr o tom, zda je tato práce prací závislou. Takto krajský soud také postupoval, Nejvyšší správní soud jeho postup výše aproboval.

[46] Takový pohled přitom neznamená, že by na jakoukoliv práci vykonávanou v rámci sdružení mělo být pohlíženo jako na práci závislou. Naopak, lze si představit mnoho podob sdružení, ve kterých budou sdruženy osoby samostatně výdělečně činné, z nichž bude každá odvádět „svůj“ díl práce, a to na své náklady, v čase, který si sama vymezí, případně s pomocí vlastních zaměstnanců vykonávajících ve vztahu k ní závislou práci. Například sdružení samostatně výdělečně činného instalatéra, zedníka a pokrývače pracující na stavbě rodinného domu či sdružení advokátů dle § 14 zákona č. 85/1996 Sb., o advokacii.

[47] Nejvyšší správní soud souhlasí se stěžovatelem v tom, že postavení jednotlivých členů sdružení nemusí být zcela rovné. Ovšem soud v projednávané situaci posuzoval, zda byla nebo nebyla fakticky vykonávána závislá práce, přičemž jedním z kritérií tohoto posouzení byl právě vzájemný vztah, tedy nadřízenost a podřízenost mezi stěžovatelem a pracujícími cizinci. Vzhledem k tomu, že jediný žalobce byl ve sdružení ve vztahu k ostatním cizincům „nerovný“, spatřoval soud v této skutečnosti zcela správně naplnění jednoho ze znaků závislé práce.

[48] Stěžovatel se ohrazuje také proti tomu, že krajský soud řešil kolizi mezi smlouvou o sdružení a ustanoveními regulujícími závislou práci pravidlem *lex specialis derogat legi generali* s tím, že speciálním pravidlem jsou pravidla pro závislou práci, ustanovení o sdružení se proto na věc neaplikují. Soud tento argument ve svém odůvodnění skutečně použil, avšak takový postup nebyl v dané situaci vůbec nutný, neboť tato ustanovení se nedostala do kolize, kterou by bylo potřeba vyřešit pomocí interpretační derogace jednoho z nich. Naopak, každé ustanovení reguluje specifický okruh společenských vztahů a často vedle sebe obstojí. Problém nastal za situace, kdy se stěžovatel snažil faktický výkon závislé práce formálně skrýt pod hlavičku sdružení osob samostatně výdělečně činných. Nicméně díky tomu, že proběhlo dokazování a bylo shledáno naplnění jednotlivých znaků závislé práce, nebylo vůbec třeba na právní vztahy mezi stěžovatelem a zjištěnými cizinci ustanovení o sdružení aplikovat.

V. D) Dokazování ve správním a soudním řízení

[49] Stěžovatel namítá, že záznamy ze 17. 7. 2012 nemohly být použity jako důkaz ve správním řízení, v dané věci nedosahují ani kvalit záznamu o podaném vysvětlené dle § 137 správního řádu. K potvrzení jeho obsahu nemohlo dojít způsobem, že byly vyslechnuty osoby, jež záznam pořídily.

[50] Tato námitka není důvodná.

[51] V řízení navazujícím na státní kontrolu má mimořádný význam ustanovení § 137 odst. 4 správního řádu, které označuje za nepřípustný důkazní prostředek záznam o podání vysvětlení. Samozřejmě nepřípustnost použití záznamu o podání vysvětlení není absolutní – jistě je možné se svědka v průběhu svědecké výpovědi dotazovat například na důvody odlišnosti jeho výpovědi od vysvětlení, které podal před zahájením správního řízení (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 13. 2. 2014, č. j. 6 Ads 46/2013 - 35). Nicméně k tomu, že čtením záznamu o podání vysvětlení nelze ve správním řízení plnohodnotnou svědeckou výpověď nahradit, existuje již bohatá judikatura zdejšího soudu (srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 9. 9. 2010 č. j. 1 As 34/2010 - 73, publikovaný pod č. 2208/2011 Sb. NSS).

[52] Naopak protokol o kontrole jakožto listinný důkaz je důkazním prostředkem přípustným, musí být ovšem řádně jako důkaz proveden, jak uzavřel Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 4 Ads 177/2011 - 120. V případě, ve kterém k tomuto závěru dospěl, přitom správní orgán ústní jednání vůbec nenařídil, neoznámil účastníkům řízení ani to, že bude provádět dokazování mimo ústní jednání. Zároveň však při svém rozhodování vycházel pouze z protokolu o kontrole a z protokolů o podaném vysvětlení (pořízených s kontrolovanými osobami). Za takové situace Nejvyšší správní soud rozhodnutí žalovaného zrušil, přičemž zároveň podotkl, že protokol byl navíc velice strohý a neobsahoval jakékoliv bližší údaje o kontrolních zjištěních. Zároveň soud poznamenal, že bylo namístě vyslechnout též kontrolní orgán k ověření a konkretizaci údajů v protokolu uvedených.

[53] Naproti tomu v nyní projednávané věci proběhla v rámci správního řízení dvě ústní jednání. Při prvním z nich, které se odehrálo 16. 7. 2013 a o němž byl sepsán protokol č.j. 10702/9.30/13/14.3-Prot., byly provedeny důkazy zejména těmito listinami:
1) seznamem kontrolovaných fyzických osob ze 17. 7. 2012,
2) záznamy o skutečnostech zjištěných při kontrole 17. 7. 2012 sepsané s jednotlivými cizinci,
3) smlouvou o dílo uzavřenou mezi stěžovatelem a společností Vodňanská drůbež, a.s.,
4) smlouvou o sdružení ze dne 2. 1. 2007,
5) nájemní smlouvou uzavřenou mezi stěžovatelem a společností Vodňanská drůbež, a.s.,
6) objednávkami zpracovaných kuřecích produktů od společnosti Vodňanská drůbež, a.s. učiněnými vůči stěžovateli a předávacími protokoly k těmto objednávkám,
7) živnostenskými listy zjištěných cizinců,
8) protokolem o výsledku kontroly ze dne 1. 11. 2012.

[54] V rámci druhého jednání, které proběhlo 21. 10. 2013 a byl o něm sepsán protokol č. j. 10702/3.30/13/14.3-Prot2., byly poté vyslechnuty dvě úřední osoby, které prováděly 17. 7. 2012 kontrolu, a na návrh stěžovatele také výrobní ředitel, který byl v areálu společnosti Vodňanské kuře, a.s. během kontroly přítomen.

[55] Dokazování, které proběhlo ve správním řízení, zcela naplnilo požadavky, které jsou na ně zákonem a judikaturou kladeny. Protokol o výsledku kontroly byl správným způsobem zařazen mezi důkazy v tomto správním řízení, a bylo tak možné ze závěrů

v něm obsažených vycházet. Také výslech úředních osob, které kontrolu prováděly, byl zcela namístě (jak ostatně upozornil Nejvyšší správní soud již ve výše citovaném rozsudku č. j. 4 Ads 177/2011 - 120).

[56] Další výhradou stěžovatele vůči dokazování je skutečnost, že v řízení před správními orgány nebylo provedeno dokazování spisem o kontrole společnosti Vodňanská drůbež, a.s. Krajský soud k tomu v bodech 64 – 66 rozsudku uvedl, že stěžovatel tuto námitku neuplatnil v odvolání, proto není možné seznat v tomto ohledu nepřezkoumatelnost rozhodnutí žalovaného. Zároveň dospěl k závěru, že uvedený důkaz nebylo nutné provést. Kontrola společnosti Vodňanská drůbež, a.s. se týkala tohoto subjektu a jeho případného deliktu, nikoliv žalobce. Ve správním řízení vedeném se žalobcem byl dostatečný prostor pro zjišťování skutkového stavu; ani případná zjištění vyplývající z navrhovaného spisu by stěžovatele odpovědnosti za správní delikt nezbavovala.

[57] S tímto závěrem se ztotožňuje i Nejvyšší správní soud. Důkazy opatřené a provedené ve správním řízení jsou z hlediska prokázání žalobcovy odpovědnosti za správní delikt dostatečné. Z podkladů pro správní řízení vyplývá, že mezi stěžovatelem a společností Vodňanská drůbež, a.s., byla uzavřena smlouva o nájmu prostor, v nichž byli během kontroly zjištěni pracující cizinci, a smlouva o dílo, na základě které stěžovatel dodával společnosti Vodňanské kuře, a.s. zpracované drůbeží produkty. Z hlediska deliktní odpovědnosti stěžovatele nebylo rozhodné, zda někteří zaměstnanci společnosti Vodňanská drůbež, a.s. zadávali cizincům pracovní pokyny, neboť tyto okolnosti nejsou v rozporu s odpověďmi stěžovatele, který fakticky vystupoval v postavení agentury práce.

[58] Z hlediska dokazování stěžovatel krajskému soudu vytýká také to, že nezareagoval na přiložené důkazy – jeho daňová přiznání. K tomu je však nutno podotknout, že stěžovatel v žalobě na tato daňová přiznání v souvislosti s žádnou žalobní námitkou neodkázal, proto není zcela jasné, co jimi mělo být prokazováno. Vzhledem k tomu, že byla přiložena spolu s oznámením České správy sociálního zabezpečení o výši důchodu, se lze domnívat, že měla prokázat majetkové poměry stěžovatele, a tím neúměrnost uložené pokuty. Zde je však namístě odkázat na zcela přiléhavou argumentaci krajského soudu o tom, že stěžovateli byl ve správním řízení dán prostor pro objasnění jeho finanční situace, který však nevyužil. Správní orgány při stanovení výše pokuty nepochybily (k tomu blíže srov. nadcházející bod *V. E* rozsudku).

V. E) Výše sankce

[59] Stěžovatel se ohrazuje také proti výši sankce, která mu byla ve správním řízení uložena. Jak ovšem uvedl již krajský soud, stěžovateli byla opakovaně dána možnost vyjádřit se ke svým majetkovým poměrům tak, aby pro něj sankce nebyla likvidační. Vzhledem k tomu, že stěžovatel této možnosti nevyužil, stanovil inspektorát výši pokuty na základě odhadnutých majetkových poměrů stěžovatele. Takový postup je zcela v souladu s judikaturou Nejvyššího správního soudu (srov. usnesení rozšířeného senátu ze dne 20. 4. 2010, č. j. 1 As 9/2008 - 133, publ. č. 2092/2010 Sb. NSS).

[60] Judikatura, na níž stěžovatel k podpoře svého názoru, že nemusel poskytovat součinnost, odkazuje, na tomto závěru nic nemění. Stěžovatel součinnost poskytnout nemusel, musí ovšem za tento svůj postup nést následek v podobě toho, že jeho majetkové poměry budou správními orgány odhadnuty, čemuž bude odpovídat výše sankce.

VI. Závěr a náklady řízení

[61] Žalobce se svými námitkami neuspěl; jelikož Nejvyšší správní soud neshledal důvod pro zrušení napadeného rozsudku z úřední povinnosti (§ 109 odst. 4 s. ř. s.), zamítl kasační stížnost jako nedůvodnou (§ 110 odst. 1 s. ř. s.).

[62] O náhradě nákladů řízení bylo rozhodnuto podle § 60 odst. 1 za použití § 120 s. ř. s. Žalobce nemá právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti, neboť neměl ve věci úspěch. Žalovanému žádné náklady nad rámec jeho běžné úřední činnosti nevznikly.

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

V Brně dne 15. února 2017

JUDr. Marie Žišková
předsedkyně senátu