

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Miluše Doškové a soudců JUDr. Karla Šimky a Mgr. Evy Šonkové v právní věci žalobce: **Ing. A. O.,** zast. JUDr. Vítem Rybářem, advokátem se sídlem 28. října 1610/95, Ostrava - Moravská Ostrava, proti žalovanému: **Státní úřad inspekce práce,** se sídlem Kolářská 451/13, Opava, proti rozhodnutí žalovaného ze dne 20. 6. 2016, č. j. 2576/1.30/16-3, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Ostravě ze dne 20. 12. 2017, č. j. 22 Ad 14/2016 - 30,

takto:

I. Rozsudek Krajského soudu v Ostravě ze dne 20. 12. 2017, č. j. 22 Ad 14/2016 - 30, **se zrušuje.**

II. Rozhodnutí Státního úřadu inspekce práce ze dne 20. 6. 2016, č. j. 2576/1.30/16-3, **se zrušuje** a věc **se vrací** žalovanému k dalšímu řízení.

III. Žalovaný **je povinen** zaplatit žalobci náhradu nákladů řízení o žalobě ve výši 24 456 Kč do třiceti dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám jeho zástupce advokáta JUDr. Víta Rybáře.

Odůvodnění:

[1] Nejvyššímu správnímu soudu byla dne 23. 1. 2017 doručena kasační stížnost žalobce (dále jen „stěžovatel“), kterou se domáhá zrušení shora označeného rozsudku (dále jen „napadený rozsudek“) Krajského soudu v Ostravě (dále jen „krajský soud“), kterým byla zamítnuta jeho žaloba proti rozhodnutí žalovaného ze dne 20. 6. 2016, č. j. 2576/1.30/16-3. Žalovaný tímto rozhodnutím zamítl žalobcovo odvolání a potvrdil rozhodnutí Oblastního inspektorátu práce pro Moravskoslezský kraj a Olomoucký kraj (dále jen „inspektorát“) ze dne 19. 2. 2016, č. j. 15344/10.30/15-4, o uložení pokuty ve výši 30 000 Kč za správní delikt

podle § 140 odst. 1 písm. c) zákona č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o zaměstnanosti“).

[2] Podkladem pro rozhodnutí byla kontrola provedená u žalobce inspektorátem dne 29. 8. 2013 na pracovišti „Nástavba Domu zdraví“ v Havířově. Tam byl zastižen L. M., který brousil podlahu objektu a uvedl, že pracuje pro pana O. na základě objednávky zednických a stavebních prací ze dne 2. 3. 2013. Dále uvedl, že pro něho pracuje pravidelně, má stanovenou pracovní dobu od 7.00 do 17.00 hod., rozbrušovačku má od pana O. Do práce jezdí denně s dalšími živnostníky ze Slovenska služebním autem pana O., sjednanou odměnu 140 Kč za hodinu měsíčně fakturuje a peníze dostává na konci měsíce v hotovosti; faktury z roku 2013 byly následně předloženy. Zjištěné skutečnosti inspektorát posoudil jako závislou práci. Žalobce ve svém vyjádření ke kontrole uvedl, že nikoho nezaměstnává a pan M. pro něho pracoval na základě objednávky. Předložená objednávka ze dne 2. 3. 2013 obsahovala text, že na základě ústní dohody se u pana M. objednávají zednické a stavební práce v roce 2013, přičemž jejich rozsah včetně platebních podmínek bude upřesněn při nástupu na jednotlivé zakázky. Dohoda byla uzavřena na dobu od 1. 3. 2013 do 31. 12. 2013. Podepsána je za firmu žalobce a je podepsáno její převzetí panem M. Byla předložena i Smlouva o dílo č. 230013039/001 uzavřená mezi S-O-D Facility, s. r. o., a žalobcem dne 15. 5. 2013 na zakázku „Nástavba domu zdraví“, podle níž práce na této stavbě měly být zahájeny 13. 5. 2013. Opatřeny byly živnostenské listy žalobce i pracovníka M. Tyto skutečnosti byly podchyceny v protokole o výsledku kontroly ze dne 10. 9. 2013, č. j. 15471/10.71/13/15.2.

[3] Inspektorát o věci rozhodl nejprve příkazem, jímž vymezil dobu páchání deliktu od 2. 3. 2013 do 29. 8. 2013. Po podaném odporu opakovaně nařídil ústní jednání, a to na den 28. 8. 2014 (zástupce účastníka se omluvil a svědek M. zaslal potvrzení o pracovní neschopnosti) a na den 27. 8. 2015, na něž se předvolaný svědek M. nedostavil. Při jednání za účasti účastníkova zástupce byly konstatovány opatřené doklady a protokol o výsledku kontroly. O pokutě rozhodl inspektorát dne 19. 2. 2016, přičemž doba spáchání deliktu byla omezena na dobu od 1. 7. 2013 do 29. 8. 2013; důvodem omezení doby byla obava z vlivu běhu lhůty při předpokládané délce dalšího řízení. V rozhodnutí inspektorát konstatoval kontrolní zjištění a ostatní opatřené podklady. Inspektorát při své úvaze zohlednil zjištěné skutečnosti, jimiž byly denní výkon práce s pevnou pracovní dobou, vztah podřízenosti a udělování pokynů k práci, poskytování pracovních pomůcek, sjednaná hodinová odměna s pravidelným měsíčním příjmem a zajištění dopravy na pracoviště; z toho všeho dovodil, že se jednalo o nelegální práci, a tedy delikt podle § 140 odst. 1 písm. c) zákona o zaměstnanosti. Rozhodnutí rovněž obsahuje úvahu o výši pokuty. Žalobcovo odvolání proti rozhodnutí inspektorátu mířilo na nedostatečně zjištěný skutkový stav, jenž vycházel pouze z protokolu o kontrole. Žalovaný v rozhodnutí o odvolání ze dne 20. 6. 2016, č. j. 2576/1.30/16-3, poukázal i na další podklady rozhodnutí jako faktury a smlouvy, a na zjištění, že žalobce nebyl veden v evidenci OSSZ jako zaměstnavatel. Zdůraznil obsah tvrzení L. M. při kontrole, který mj. uvedl, že takto pro pana O. pracuje už od roku 2004, což při denním výkonu práce naznačuje i hospodářskou závislost na něm a zpochybňuje tvrzené postavení samostatně podnikajícího živnostníka. Za konkludentní potvrzení skutkového děje plynoucího ze záznamu označil vyjádření stěžovatelova zástupce v řízení o kontrole, že panu M. jako osobě nepříliš aktivní při zajišťování zakázek a bez organizačních schopností a personálního a technického vybavení

je vykonávání závislé práce přijatelnější než samostatné podnikání. K použití kontrolního protokolu jako důkazu žalovaný poukázal na četnou judikaturu správních soudů. Ztotožnil se i s úvahou o výši pokuty při užití zákona o zaměstnanosti ve znění po novele provedené zákonem č. 136/2014 Sb. v souvislosti s nálezem Ústavního soudu ze dne 9. 9. 2014, sp. zn. Pl. ÚS 52/2013.

[4] Stěžovatel i v žalobě namítal nepřípustnost užití protokolu o kontrole jako jediného důkazu, popřel tvrzení o svém souhlasu s kontrolním zjištěním, naopak zdůraznil, že se proti němu od počátku ohrazoval. Krajský soud v napadeném rozsudku tomuto názoru nepřisvědčil. Poukázal na další podklady rozhodnutí a na nemožnost zajištění výslechu svědka. K judikatuře, o niž se stěžovatel opíral, uvedl, že se jedná o odlišné skutkové okolnosti. Naopak zdůraznil rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 4. 2014, č. j. 5 Ads 75/2014 - 40. Uzavřel, že veškeré zjištěné okolnosti nasvědčují naplnění skutkové podstaty deliktu.

[5] Stěžovatel v kasační stížnosti namítá nesprávné posouzení právní otázky soudem a nedostatky ve zjištění skutkového stavu, pro které měl krajský soud napadené rozhodnutí zrušit. Konkrétně nepovažuje za správný postup žalovaného, jehož jediným podkladem pro rozhodnutí byl kontrolní protokol; k tomu poukazuje na rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 4. 2012, č. j. 4 Ads 177/2011 - 120, a ze dne 7. 4. 2011, č. j. 5 As 7/2011 – 48. Správní orgán prakticky vůbec neprováděl dokazování a vyšel jen z protokolu o kontrole od počátku stěžovatelem zpochybňovaného tvrzením, že se jednalo o běžnou obchodní spolupráci dvou živnostníků. Obsah protokolu o kontrole také nezachycoval vlastní zjištění kontrolních pracovníků, ale vyjádření L. M.; protokol tedy obsahoval záznam vyjádření, které nebylo následně potvrzeno svědeckou výpovědí. Takový protokol je podle judikatury správních soudů pouze záznamem o podání vysvětlení a podle § 137 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, může být podkladem pro zahájení řízení, ale ne důkazem. Zjištěním kontrolních pracovníků pak bylo pouze to, že se pan M. nacházel na místě kontroly, brousil podlahu, a že předložil objednávku zednických a stavebních prací ze dne 2. 3. 2013. Pokud se správnímu orgánu nepodařilo tuto osobu vyslechnout jako svědka, ocitl se v důkazní nouzi v otázce viny a měl postupovat podle zásady *in dubio pro reo.* Ve správním řízení nebylo prokázáno, že pan M. vykonával pro stěžovatele či jeho jménem nějaké práce, že by od něho dostával pracovní prostředky, že by byl ve vztahu podřízenosti, měl pevnou pracovní dobu, že by stěžovatel byl jeho jediným odběratelem, ani nebyla prokázána doba, po kterou se tak mělo dít. Správní rozhodnutí bylo založeno na nezákonném důkazu a nic z vyjádření pana M. nebylo prokázáno řádnými důkazy. Stěžovatel nebyl kontrole přítomen, neví, jaké otázky byly panu M. kladeny a zda jim porozuměl, zda nebyl pod tlakem apod. Z měsíční fakturace nelze dovozovat, že se jednalo o mzdu. Bez vysvětlení podaného panem M. by žádný z ostatních důkazů neosvědčoval naplnění skutkové podstaty deliktu. Stěžovateli je podsouváno, že tvrzení pana M. nikdy nezpochybnil, což neodpovídá skutečnosti, protestoval již proti kontrolnímu zjištění. Stěžovatel vždy tvrdil, že se jedná o spolupráci dvou živnostníků a že pan M. takto chtěl pracovat, což znaky závislé práce vyvrací. Krajský soud se s žalobními námitkami vypořádal velmi stručně a zejména neobjasnil, proč považoval vysvětlení podané panem M. za dostatečný důkaz. Ze všech těchto důvodů stěžovatel navrhuje zrušení rozsudku krajského soudu a vrácení věci tomuto soudu k dalšímu řízení.

[6] Žalovaný ve svém vyjádření ke kasační stížnosti odkázal na své vyjádření k žalobě a na odůvodnění správních rozhodnutí. Navrhuje zamítnutí kasační stížnosti.

[7] Nejvyšší správní soud se nejprve zabýval posouzením přípustnosti kasační stížnosti. Kasační stížnost směřuje proti pravomocnému rozhodnutí krajského soudu ve správním soudnictví. Byla podána osobou k tomu oprávněnou, neboť stěžovatel byl účastníkem řízení, ze kterého napadený rozsudek vzešel. Stěžovatel se jejím prostřednictvím domáhá zrušení napadeného rozsudku, a to z důvodů podřaditelných pod ustanovení § 103 odst. 1 písm. a) a b) zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále jen „s. ř. s."). Kasační stížnost je tudíž přípustná a projednatelná. Vzhledem k tomu, že byly naplněny i další podmínky řízení, přistoupil Nejvyšší správní soud k posouzení důvodnosti kasační stížnosti.

[8] Kasační stížnost je důvodná.

[9] Stěžovatel se měl dopustit správního deliktu podle § 140 odst. 1 písm. c) zákona o zaměstnanosti tím, že umožnil výkon nelegální práce podle § 5 písm. e) bodu 1. Podle tohoto ustanovení se nelegální prací rozumí výkon závislé práce fyzickou osobou mimo pracovněprávní vztah. Závislou prací pak je podle § 2 odst. 1 zákona č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů, práce, která je vykonávána ve vztahu nadřízenosti zaměstnavatele a podřízenosti zaměstnance, jménem zaměstnavatele, podle pokynů zaměstnavatele a zaměstnanec ji pro zaměstnavatele vykonává osobně. Podle odst. 2 téhož ustanovení 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. Podle § 3 zákoníku práce může být závislá práce 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.

[10] V prvé řadě je třeba posoudit důvodnost kasační námitky podle § 103 odst. 1 písm. b) s. ř. s., neboť stěžovatel tvrdí, že mu spáchání správního deliktu nebylo prokázáno zejména proto, že jako důkaz byl užit protokol o kontrole. Ve vztahu k této základní otázce poukazují účastníci řízení i krajský soud na judikaturu správních soudů, a to s různým až opačným vyústěním. Vyhodnocení této judikatury ovšem nenasvědčuje její rozpornosti; odlišné vyznění totiž vždy vychází z odlišností skutkového stavu.

[11] Stěžovatel považuje protokol o kontrole za pouhý záznam o podání vysvětlení ve smyslu § 137 odst. 1 správního řádu, který podle odst. 4 téhož ustanovení nelze užít jako důkazní prostředek. Tak je tomu proto, že proti jeho obsahu nelze podat námitky ani se proti němu bránit jinými zákonnými opravnými prostředky. I za této situace ovšem z judikatury plyne použitelnost záznamů o podání vysvětlení ve správním řízení. To plyne z rozsudků Nejvyššího správního soudu ze dne 9. 10. 2010, č. j. 1 As 34/2010 - 73, a ze dne 4. 2. 2015, č. j. 3 As 155/2014 - 54, v nichž tento soud řešil podmínky výjimečné použitelnosti úředního záznamu o podání vysvětlení při dokazování v přestupkových řízeních. Na tato rozhodnutí poukazuje žalovaný s tím, že dané podmínky splnil. V daném případě je však podstatné, že se jednalo o vyjádření podané při kontrole, které se stalo

součástí protokolu o kontrole, přičemž proti němu se na rozdíl od podaného vysvětlení lze bránit. V rozhodné době mohla kontrolovaná osoba požádat o přezkoumání protokolu podle § 41 odst. 1 zákona č. 251/2005 Sb., o inspekci práce, a podle odst. 2 téhož ustanovení mohla proti výsledku přezkoumání podat námitky (pozn. NSS: nyní tak může učinit podle § 13 zákona č. 255/2012 Sb., kontrolní řád); stěžovatel tehdejší zákonné možnosti přezkumu protokolu také využil.

[12] Pokud jde o použití protokolu o kontrole jako důkazu ve správním řízení, opírá se žalovaný o rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 13. 2. 2014, č. j. 6 Ads 46/2013 - 35, ze dne 30. 9. 2014, č. j. 5 Ads 75/2014 - 40, a ze dne 20. 8. 2015, č. j. 1 Ads 33/2015 - 64. Ve všech těchto případech se jednalo o pokuty uložené za umožnění nelegální práce a ve všech tento soud akceptoval přípustnost použití protokolů o kontrole za situace, kdy osoby vyjadřující se při kontrole nebyly ve správním řízení vyslechnuty. Možnost vycházet z protokolu o kontrole v následujícím správním řízení byla podmíněna nezpochybněním obsahu protokolu v podaných námitkách, nesoučinností účastníka správního řízení, a dále provedením důkazu protokolem o kontrole za účasti účastníka řízení. Tyto rozsudky dopadají na tento případ pouze zčásti, neboť stěžovateli skutečně nelze vytýkat nesoučinnost v řízení či pasivitu vůči kontrolnímu zjištění. Lze také konstatovat, že uvedené rozsudky na jedné straně akceptují důkazní hodnotu protokolu o kontrole včetně vyjádření kontrolovaných osob, které toto vyjádření podepsaly (za splnění uvedených podmínek), na druhé straně nevylučují možnost zpochybnění tohoto důkazu tak jako každého jiného.

[13] Pokud stěžovatel argumentuje rozsudkem ze dne 7. 4. 2011, č. j. 5 As 7/2011 - 48, je pravdou, že ten vyloučil užití kontrolního protokolu z dokazování; důvodem k tomu ovšem bylo, že se jednalo o jediný důkaz, který byl navíc pořízen jiným orgánem, než který vedl správní řízení. O takový případ se zde nejedná. Nejasný je odkaz stěžovatele na rozsudek „č. j. 5 As 7/2011, publ. pod č. 2421/2011 Sb. NSS“. Označený rozsudek se týká řízení o správním vyhoštění a možnosti navrhování důkazů v odvolacím řízení, pod uvedeným číslem Sb. NSS pak je publikován jiný rozsudek, a to rozsudek ze dne 11. 5. 2011, č. j. 1 As 40/2011 - 90, týkající se doručování kasační stížnosti a vyznačení zániku platnosti víza.

[14] Lze uzavřít, že protokol o kontrole „sám o sobě“ není vyloučen z důkazů ve správním řízení. Stěžovateli proto nelze přisvědčit v názoru, že z judikatury správních soudů plyne závěr, že protokol o kontrole je vyloučen z důkazních prostředků, a to bez ohledu na to, zda zachycuje vlastní zjištění kontrolních pracovníků, či zda je záznamem výpovědí kontrole podrobených osob.

[15] Krajský soud se pak opřel zejména o rozsudek tohoto soudu č. j. 5 Ads 75/2014 – 40, v němž protokol o kontrole zachycoval výpověď několika osob přítomných kontrole (nelegálních pracovníků), které nebyly ve správním řízení vyslechnuty, přičemž tamní stěžovatel nezpochybňoval věcný obsah výpovědí a byl v průběhu řízení zcela pasivní. V daném případě situace není zcela shodná, výpověď pracovníka M. je ojedinělá, obsahuje tvrzení o tom, že je živnostníkem, a stěžovateli nelze přičítat souhlas s kontrolním zjištěním ani pasivitu v kontrolním či správním řízení.

[16] Je proto třeba výslovně vyhodnotit skutkové okolnosti tohoto případu z hlediska, zda je závěr o spáchání správního deliktu dostatečně podložen. Pan M. při kontrole předložil objednávku zednických a stavebních prací v roce 2013, kterou u něho učinil stěžovatel, přičemž oba dva jsou živnostníky v oboru stavebních prací. Tutéž objednávku ve správním řízení předložil i stěžovatel. Opatřená smlouva o dílo uzavřená mezi S-O-D Facility s. r. o. a stěžovatelem přitom nestanovila provedení prací výhradně stěžovatelem (k tomu srovnej rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 5. 2007, sp. zn. 6 Ads 55/2005). Mezi stěžovatelem a panem M. se tedy mohlo jednat o stěžovatelem tvrzenou smlouvu o dílo (ve smyslu § 2586 občanského zákoníku č. 89/2012 Sb.), která nemusí být uzavřena písemně; tedy i její konkrétní podmínky mohly být ujednány pouze ústně. Smlouva o dílo, přičemž dílem je třeba rozumět činnost či práce podle smlouvy, se odlišuje od uzavření pracovního poměru tím, že práce vykonávaná podle ní je vykonávána samostatně, dle vlastního rozvrhu, vlastními prostředky, na vlastní riziko a bez soustavného dozoru či řízení objednatele. To koresponduje opačnému vymezení závislé práce v zákoníku práce (viz výše odst. 9). Inspekce se nezabývala možným naplněním podmínek smlouvy o dílo; zřejmě ji považovala za vyloučenou svým názorem o splnění podmínek závislé práce.

[17] Smlouva o dílo není vyloučena ani tím, že je mezi smluvními stranami dohodnut rozsah práce v jednotlivých dnech, že je sjednána hodinová odměna za vykonanou práci a že je měsíčně fakturována shodná cena provedených prací či že je práce vykonávaná pouze pro jednoho odběratele. Není rovněž vyloučeno, aby práce na základě smlouvy o dílo byly prováděny na pracovišti stěžovatele, pracovními nástroji stěžovatele; tedy zjištění, že v den kontroly pan M. brousil podlahu stěžovatelovou rozbrušovačkou, rovněž samo o sobě neprokazuje závislou práci, a už vůbec ne v celém období, které je stěžovateli kladeno za vinu. Skutečnost, že stěžovatel podle evidence OSSZ nebyl zaměstnavatelem, nedokazuje nic podstatného; stěžovatel netvrdil, že by pan M. byl jeho zaměstnancem, a z vyjádření pana M. to rovněž jednoznačně neplyne – uvedl, že je živnostník, a to bylo také doloženo výpisem ze živnostenského registru Slovenské republiky. Je pravdou, že s tímto vyjádřením a tvrzeními stěžovatele poněkud nekoresponduje vyjádření stěžovatelova zmocněnce pana P. při projednání kontroly. Z ničeho ovšem není patrné, zda a jaké postavení ve stěžovatelově firmě tento zmocněnec zastával, a tedy jakou měl sám znalost o situaci. Při určité kolizi jeho vyjádření s tvrzeními stěžovatele pak je třeba považovat za relevantní tvrzení stěžovatele samotného, zejména pokud pan P. nebyl vyslechnut ve správním řízení k tomu, jakou má znalost o situaci, co bylo podkladem jeho vyjádření či zda se jednalo o jeho vlastní nepodloženou úvahu.

[18] Je tak zřejmé, že většina skutečností označených za podklad pro závěr o nelegální práci takovou povahu nemá, neboť se může vyskytovat jak v pracovním poměru, tak i při konání práce na základě smlouvy o dílo. Zde je třeba poukázat na usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 11. 2010, č. j. 6 Ads 48/2009 - 87, publ. pod č. 2216/2011 Sb., který k možnosti smluvní volby vyslovil, že je na vůli stran, zda zvolí smluvní typ přinášející zaměstnanci benefit spočívající v účasti na veřejnoprávním sociálním pojištění, avšak zároveň s tím spojenou povinnost zaměstnance a zaměstnavatele platit pojistné na sociální zabezpečení a příspěvek na státní politiku zaměstnanosti, či zda zvolí smluvní typ oproštěný těchto benefitů, ovšem jinak pro ně výhodnější. V rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 2. 2005, č. j. 2 Afs 62/2004 - 70, publ. pod č.

572/2005 Sb. NSS, se tento soud zabýval kritérii závislé práce z pohledu daňového a za jedno z hledisek označil, že neuzavření pracovněprávního vztahu ve vztahu k zaměstnanci musí být v konečném důsledku poškozujícím. Poukázat lze i na rozsudek tohoto soudu ze dne 15. 1. 2009, č. j. 7 Afs 72/2008 - 97, podle něhož: *„je naprosto nepochybné, že i mezi podnikateli vznikají vztahy trvající povahy. Může se tak dít z důvodu oboustranné prospěšnosti nebo proto, že v okolí těchto podnikatelů není k dispozici jiný vhodný smluvní partner. To, že se jedná o vztah trvající povahy, ještě neznamená, že se nutně musí jednat o závislou činnost.*“ (...) *„Na uvedeném nic nemění ani fakturace za provedení díla podle hodin, které na něm zhotovitel pracoval, neboť stanovení platebních podmínek je podle obchodního zákoníku plně v dispozici smluvních stran. Aby mohla být činnost považována za závislou, musí být vztah podřízenosti založen přímo, tj. obsahem dvoustranného právního vztahu*“.

[19] Naplnění skutkové podstaty předmětného správního deliktu předpokládá prokázání všech znaků nelegální práce (k tomu srovnej rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 8. 2014, č. j. 6 Ads 46/2013 – 35, publ. pod č. 3027/2014 Sb. NSS). V daném případě zbývá posouzení vztahů nadřízenosti a podřízenosti, odpovědnosti zaměstnavatele a vykonávání práce jménem zaměstnavatele. Na vztah nadřízenosti a podřízenosti se kontrolní orgán pana M. vůbec nedotázal, ani nebyla jinak zjišťována. Uvedl-li pan M. při kontrole, že za výsledky jeho činnosti odpovídá pan O., je tato odpověď neurčitá. Mohl tím myslet nejen odpovědnost za svou práci jako zaměstnance, ale i odpovědnost dodavatele zadavateli, kterou ten nesl i za svého poddodavatele, což pracovnímu poměru nenasvědčuje.

[20] Stěžovateli lze proto přisvědčit, že v daném případě nebyly bez pochyb prokázány všechny znaky nelegální práce. Nejvyššímu správnímu soudu je známo, že někteří podnikatelé vyžadují od svých zaměstnanců opatření živnostenských listů a fingovanými dohodami zastírají faktický pracovní poměr (k tomu viz např. rozsudky tohoto soudu ze dne 13. 4. 2010, č. j. 1 Afs 124/2009 - 75, či ze dne 13. 10. 2010, č. j. 1 Afs 71/2010 – 136). Je však na kontrolním orgánu a následně na správním orgánu, aby shromáždily dostatek důkazů, jimiž to prokážou. V případě kontroly na pracovišti, kdy práci vykonává cizí státní příslušník, a je tedy vysoce pravděpodobné, že se v následujícím správním řízení nepodaří zajistit jeho výslech a bude nutno vycházet z protokolu o kontrole, je třeba soustředit dotazy na všechny znaky vykonávané práce tak, aby závěr byl nepochybný. Stejně tak je na místě při kontrole zjistit další osoby na pracovišti přítomné, které by se mohly k věci vyjádřit a případně být později vyslechnuti jako svědci (v daném případě se to nabízelo s ohledem na tvrzení pana M., že s ním denně dojíždí několik dalších pracovníků). Byť tedy v daném případě nelze vyloučit, že se fakticky jednalo o nelegální práci, nebylo to bez pochyb prokázáno. Za takové situace nelze přisvědčit žalovanému, že byla naplněna skutková podstata správního deliktu podle § 140 odst. 1 písm. c) zákona o zaměstnanosti.

[21] Bylo proto na krajském soudu, aby z tohoto důvodu napadené rozhodnutí žalovaného zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení, nikoliv aby s poukazem na ne zcela přiléhavé rozhodnutí Nejvyššího správního soudu žalobu zamítl. Byl naplněn kasační důvod podle § 103 odst. 1 písm. b) s. ř. s., přičemž posouzení kasačního důvodu podle § 103 odst. 1 písm. a) je tak bezpředmětné.

[22] Nejvyšší správní soud proto podle § 110 odst. 1 s. ř. s. zrušil napadený rozsudek krajského soudu a v souladu s ustanovením § 110 odst. 2 písm. a) s. ř. s., zrušil současně i rozhodnutí žalovaného, neboť pro takový postup byly důvody již v řízení před krajským soudem.

[23] O náhradě nákladů řízení rozhodl Nejvyšší správní soud podle § 60 odst. 1 s. ř. s. za použití § 120 s. ř. s. Podle 110 odst. 3 věty druhé s. ř. s. zároveň rozhodl i o nákladech řízení o žalobě. Stěžovatel byl v řízení o žalobě i v kasačním řízení zastoupen advokátem. Náklady řízení procesně úspěšného žalobce činí za řízení o žalobě částku 3000 Kč za zaplacený soudní poplatek, 3 x 3100 Kč za tři úkony právní služby [převzetí a příprava věci, žaloba, replika k vyjádření žalovaného - § 11 odst. 1 písm. a), d) zákona č. 177/1996 Sb., advokátní tarif], 3 x 300 Kč jako náhrada hotových výdajů advokáta podle § 13 odst. 3 advokátního tarifu. Náklady řízení o žalobě činí celkem částku 13 200 Kč. V kasačním řízení byl zaplacen soudní poplatek ve výši 5000 Kč a další náklady tvoří částka 3100 Kč za jeden úkon právní služby [kasační stížnost - § 11 odst. 1písm. d) advokátního tarifu] a 300 Kč jako náhrada hotových výdajů advokáta podle § 13 odst. 3 advokátního tarifu. Náklady kasačního řízení činí celkem částku 8400 Kč. Advokát je plátcem daně z přidané hodnoty, proto je třeba k nákladům připočíst tuto daň ve výši 2856 Kč. Žalovanému proto bylo uloženo částku 24 456 Kč ve stanovené lhůtě zaplatit žalobci k rukám jeho zástupce.

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

V Brně dne 30. srpna 2018

JUDr. Miluše Došková
předsedkyně senátu