

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy senátu JUDr. Tomáše Langáška (soudce zpravodaj) a soudců JUDr. Petra Průchy a JUDr. Ladislava Derky v právní věci žalobkyně: **Ing. E. O.,** zastoupená JUDr. Josefem Kopřivou, advokátem, sídlem Vodičkova 709/33, Praha 1, proti žalovanému: **Generální ředitel Hasičského záchranného sboru České republiky**, sídlem Kloknerova 26, Praha 414, týkající se žaloby proti rozhodnutí žalovaného ze dne 29. července 2013, č. j. MV-72812-7/PO-N-2012, v řízení o kasační stížnosti žalobkyně proti rozsudku Městského soudu v Praze ze dne 20. dubna 2017, č. j. 6 Ad 20/2013 - 51,

takto:

I. Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 20. dubna 2017, č. j. 6 Ad 20/2013 - 51, a rozhodnutí Generálního ředitele Hasičského záchranného sboru České republiky ze dne 29. července 2013, č. j. MV-72812-7/PO-N-2012, **se ruší** a věc **se vrací** žalovanému k dalšímu řízení.

II. Žalovaný **je povinen** zaplatit žalobkyni náhradu nákladů řízení o žalobě a o kasační stížnosti ve výši **40 912 Kč** k rukám zástupce žalobkyně JUDr. Josefa Kopřivy, advokáta, do jednoho měsíce od právní moci tohoto rozsudku.

III. Žalovaný **nemá** právo na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění:

I. Vymezení případu

[1] Rozhodnutím ze dne 17. května 2013 č. j. SP-ZS-32/2013 propustil ředitel Hasičského záchranného sboru hl. m. Prahy žalobkyni ze služebního poměru příslušníka Hasičského záchranného sboru České republiky (dále jen „HZS ČR“). Důvodem byla

podnikatelská činnost žalobkyně provozovaná na základě živnostenského oprávnění – vedení účetnictví pro společenství vlastníků jednotek, jehož je žalobkyně členkou. Podle § 48 odst. 2 zákona č. 361/2003 Sb., o služebním poměru příslušníků bezpečnostních sborů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o služebním poměru"), nesmí příslušník HZS ČR vykonávat jinou výdělečnou činnost než službu podle tohoto zákona. Odvolání žalobkyně proti tomuto rozhodnutí zamítl žalovaný rozhodnutím označeným v záhlaví.

[2] Žalobkyně se následně domáhala zrušení rozhodnutí žalovaného žalobou k Městskému soudu v Praze (dále jen „městský soud"), který ji v záhlaví označeným rozsudkem zamítl. V prvé řadě nepřisvědčil námitce prekluze práva žalovaného rozhodnout o propuštění žalobkyně ze služebního poměru, neboť dvouměsíční subjektivní prekluzivní lhůta počala běžet až ve chvíli, kdy se žalovaný ze živnostenského rejstříku dozvěděl, že žalobkyně je držitelkou živnostenského oprávnění, a objektivní lhůta nezačala běžet vůbec. Městský soud se neztotožnil ani s tvrzením, že žalobkyně pouze vykonávala správu vlastního majetku, která je ze zákazu podle § 48 odst. 2 zákona o služebním poměru vyňata na základě interního aktu žalovaného. Vzal za prokázané, že žalobkyně vykonávala na základě živnostenského oprávnění činnost, za kterou pobírala odměnu ve výši 14 000 Kč ročně. Tento příjem vykazovala žalobkyně v daňovém přiznání jako příjem osoby samostatně výdělečně činné. Tím dávala najevo, že se věnuje podnikání a nikoli správě vlastního majetku. To, že byl žalobkyni za účinnosti předchozí úpravy udělen souhlas k provozování živnosti ani že žalobkyně disponuje bezpečnostní prověrkou, nepovažoval městský soud za relevantní. Tvrzení žalobkyně, že příčinou jejího propuštění byly ve skutečnosti spory, které se žalovaným dlouhodobě vede, označil městský soud za nepodložené a nepřípadné, neboť bylo prokázáno, že žalobkyně vykonávala zakázanou výdělečnou činnost.

II. Kasační stížnost a průběh řízení o ní

[3] Proti rozsudku městského soudu podala žalobkyně (dále též „stěžovatelka") včas kasační stížnost, jíž se domáhala jeho zrušení a vrácení věci městskému soudu k dalšímu řízení. Stěžovatelka nejprve podrobně zrekapitulovala dosavadní průběh řízení a svoji argumentaci. Zdůraznila, že smyslem § 48 odst. 2 zákona o služebním poměru není zakázat příslušníkům bezpečnostních sborů výdělek z jiné činnosti, než je služba, ale zamezení střetu osobních zájmů se zájmy služby. Činnosti vyňaté ze zákazu lze provozovat v jakékoli formě, tedy i podnikáním. Propuštění stěžovatelky ze služebního poměru kvůli správě vlastního majetku, kterou vykonávala řadu let a kterou měla do roku 2007 povolenou, odporuje principu proporcionality i spravedlnosti. Vzhledem k výši odměny, kterou stěžovatelka za vedení účetnictví společenství vlastníků jednotek dostávala, nelze tvrdit, že tak činila za účelem dosažení zisku.

[4] Stěžovatelka je i nadále přesvědčena, že žalovanému uplynula lhůta k jejímu propuštění ze služebního poměru dva měsíce po nabytí účinnosti zákona o služebním poměru, neboť již v této době věděl, že stěžovatelka spornou činnost provozuje. Rovněž poukázala na shovívavost, s jakou městský soud posoudil „zkrácené" řízení o jejím propuštění, které trvalo pouhé dva dny, aniž by se zabýval povinností žalovaného vést řízení podle zákona o služebním poměru.

[5] Stěžovatelka navrhla provést dokazování řadou listin, které jsou součástí správního spisu, napadeným rozsudkem městského soudu, Pokynem generálního ředitele HZS ČR ze dne 28. března 2013, č. 22/2013 a komentářem JUDr. Petra Tomka k zákonu o služebním poměru k 1. červenci 2012 (druhé aktualizované vydání).

[6] Žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti uvedl, že výdělečné podnikání nelze považovat za správu majetku. Živnostenské oprávnění navíc není pro správu vlastního majetku nutné. To, že Národní bezpečnostní úřad vydal stěžovatelce osvědčení pro stupeň utajení „Důvěrné“, tedy nepovažoval její činnost za újmu zájmům České republiky, nepředstavuje překážku pro propuštění stěžovatelky ze služebního poměru. Po nabytí účinnosti zákona o služebním poměru žalovaný předpokládal, že stěžovatelka v souladu s jeho přechodnými ustanoveními do té doby povolenou podnikatelskou činnost ukončila. Lhůta k propuštění stěžovatelky ze služebního poměru tedy nemohla začít běžet již od nabytí účinnosti tohoto zákona. Zákon ve spojení s pokynem generálního ředitele HZS ČR taxativně vymezuje okruh výdělečných činností, které příslušníci bezpečnostních sborů mohou vykonávat, činnost stěžovatelky však do tohoto okruhu nespadá.

[7] V replice k vyjádření žalovaného stěžovatelka argumentovala, že je-li možné za účelem správy vlastního majetku – která není podnikáním – zřídit obchodní společnost, musí být také možné si za tímto účelem opatřit živnostenské oprávnění. Stěžovatelka nesouhlasí s názorem žalovaného, že není rozhodné, v jakém rozsahu výdělečnou činnost vykonávala. Opakovaně též zdůraznila, že v minulosti jí služební funkcionář správu účetnictví pro společenství vlastníků jednotek povolil, tato činnost tudíž nekoliduje se zájmy služby. Tvrzení žalovaného, že její propuštění nijak nesouvisí s minulými řízeními, označila stěžovatelka za nepřesvědčivé.

[8] Nejvyšší správní soud při projednávání věci dospěl k závěru, že omezení výdělečné činnosti příslušníků bezpečnostních sborů na základě § 48 odst. 2 zákona o služebním poměru odporuje článku 26 odst. 2 a článku 44 ve spojení s článkem 4 odst. 2 a 4 Listiny základních práv a svobod, neboť zcela eliminuje právo příslušníků bezpečnostních sborů podnikat a provozovat jinou výdělečnou činnost. Zmocnění pro ředitele příslušného bezpečnostního sboru stanovit výjimky z tohoto zákazu – tedy meze základního práva příslušníka bezpečnostního sboru podnikat a provozovat výdělečnou činnost – překračuje ústavní limity pro delegaci normotvorby podle článku 79 odst. 3 ve spojení s článkem 15 Ústavy. Zákon o služebním poměru totiž nestanoví žádný základ a hranice, které by měl ředitel bezpečnostního sboru respektovat při vydávání interního aktu řízení (sic!) omezujícího základní právo příslušníka. Vzhledem k tomu, že Nejvyšší správní soud nenalezl způsob, jak uvedený rozpor překlenout ústavně konformním výkladem, usnesením ze dne 30. srpna 2017, č. j. 6 As 176/2017 - 43 přerušil řízení a předložil Ústavnímu soudu návrh na zrušení § 48 odst. 2 zákona o služebním poměru.

[9] Ústavní soud nálezem ze dne 11. září 2018, sp. zn. Pl. ÚS 24/17, veřejně vyhlášeným dne 18. září 2018, návrhu Nejvyššího správního soudu vyhověl a § 48 odst. 2 zákona o služebním poměru (ve znění zákona č. 530/2005 Sb., kterým se mění zákon č. 361/2003 Sb., o služebním poměru příslušníků bezpečnostních sborů, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 362/2003 Sb., o změně zákonů souvisejících s přijetím zákona o služebním poměru příslušníků bezpečnostních sborů, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění pozdějších předpisů, a zákon č. 153/1994 Sb.,

o zpravodajských službách České republiky, ve znění pozdějších předpisů), zrušil uplynutím dne 30. června 2019. Ústavní soud odkázal na svůj nález ve věci elektronické evidence tržeb (ze dne 12. prosince 2017, sp. zn. Pl. ÚS 26/16, vyhlášený pod č. 8/2018 Sb.), kdy vyhodnotil jako protiústavní příliš obecné a nedostatečné meze, které zákon dával vládě pro stanovení konkrétních výjimek z povinnosti elektronicky evidovat tržby, a dovodil, že tím spíše nemůže z ústavního pohledu obstát napadené ustanovení zákona o služebním poměru, které pro podzákonné omezení práva příslušníka bezpečnostního sboru podnikat neobsahuje kritéria vůbec žádná. Výhradu zákona nelze obcházet tím, že se na úrovni zákona zcela znemožní výkon základního práva a poté se prostřednictvím normativních aktů exekutivy stanovují výjimky, které rozsah základního práva opět rozšiřují a v konečném důsledku jeho meze obecně stanovují. Odložením derogačních účinků nálezu do 30. června 2019 dal Ústavní soud zákonodárci možnost formulovat napadené ustanovení ústavně konformně a též zohlednit, že nevykonávání jiné výdělečné činnosti je jednou z podmínek pro přijetí do služebního poměru příslušníka bezpečnostního sboru. Obecné soudy Ústavní soud zavázal, aby v mezidobí od vyhlášení nálezu do přijetí nové právní úpravy nacházely spravedlivou rovnováhu mezi zájmem na řádném výkonu služby v bezpečnostních sborech a právy příslušníků a přitom dočasně samy nalézaly limity základního práva dle článku 26 Listiny.

[10] Usnesením ze dne 25. září 2018, č. j. 6 As 176/2017 - 86 Nejvyšší správní soud vyslovil, že se v řízení pokračuje, a zároveň účastníky řízení vyzval, aby se vyjádřili k závěrům, které Ústavní soud vyslovil v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 24/17.

[11] Stěžovatelka uvedla, že považuje za ústavně významné i to, že fakticky k vedení účetnictví společenství vlastníků jednotek živnostenské oprávnění nepotřebovala. Pokud by živnostenský list neměla, nemohl by nikdo její činnost označit za výdělečnou. Její propuštění ze služebního poměru tak v podstatě vyvolala pouhá existence živnostenského oprávnění a drobný příjem, který řádně zdanila. To je zcela v rozporu s účelem příslušné právní úpravy, kterou proti stěžovatelce žalovaný v podstatě zneužil.

[12] Žalovaný zdůraznil, že výdělečná činnost je překážkou již samotného přijetí do služebního poměru, která trvá po celou dobu trvání služebního poměru, existují z ní však výjimky. Tyto výjimky z obecného zákazu výdělečné činnosti vymezil žalovaný v rozsahu odpovídajícím závěrům Ústavního soudu. Vstup do služebního poměru a přijetí podmínek jeho výkonu jsou dobrovolné. Služební poměr nelze stavět na roveň klasickému pracovněprávnímu vztahu. V případě naplnění podmínek pro propuštění příslušníka ze služebního poměru nemá žalovaný žádný prostor pro uvážení. Odkázal na rozsudek Krajského soudu v Ústí nad Labem ze dne 15. dubna 2015, č. j. 15 Ad 11/2014 - 35, z něhož vyplývá, že není podstatné, zda zakázaná výdělečná činnost příslušníka negativně ovlivňuje plnění jeho služebních povinností. V nynějším případě, kdy bylo jednoznačně prokázáno, že stěžovatelka dlouhodobě a nepřetržitě provozovala živnostenské podnikání, tak neměl žalovaný jinou možnost než ji ze služebního poměru propustit. Žalovaný též zopakoval, že činnost stěžovatelky nelze považovat za správu vlastního majetku. Žalovaný trvá na tom, že nevybočil z rozsahu svých pravomocí a postupoval v souladu se smyslem a účelem zákona o služebním poměru.

III. Posouzení kasační stížnosti Nejvyšším správním soudem

[13] Nejvyšší správní soud kasační stížnost posoudil a dospěl k závěru, že je důvodná.

[14] Na úvod Nejvyšší správní soud konstatuje, že nepovažoval za nutné nařizovat jednání a provést stěžovatelkou navržené důkazy, neboť zjištěný skutkový stav nebyl mezi účastníky řízení sporný. Listiny, které stěžovatelka jako důkazy navrhla, již byly předmětem dokazování v předcházejících fázích řízení, a Nejvyšší správní soud tedy může ze skutkových zjištění žalovaného a městského soudu vycházet.

[15] Nejprve Nejvyšší správní soud zhodnotil přezkoumatelnost rozhodnutí žalovaného. Stěžovatelka sice námitku nepřezkoumatelnosti tohoto rozhodnutí pro nedostatek důvodů vznesla ve velice obecné rovině a spíše na okraj, jedná se však o vadu, k níž by Nejvyšší správní soud musel přihlédnout z úřední povinnosti [§ 109 odst. 4 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.")]. Je pravda, že žalovaný své rozhodnutí odůvodnil poměrně stručně a výslovně nereagoval na některé argumenty stěžovatelky, z jeho rozhodnutí je však zřejmé, že správu účetnictví společenství vlastníků jednotek na základě živnostenského oprávnění považoval za činnost zakázanou ustanovením § 48 odst. 2 zákona o služebním poměru. Jelikož argumentace stěžovatelky směřovala prakticky pouze k vyvrácení tohoto závěru, nelze rozhodnutí žalovaného za nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů označit.

[16] Dále Nejvyšší správní soud posoudil námitku uplynutí prekluzivní lhůty k propuštění stěžovatelky ze služebního poměru. Stěžovatelka byla propuštěna na základě § 42 odst. 1 písm. f) zákona o služebním poměru. Podle § 42 odst. 4 tohoto zákona musí být v takovém případě rozhodnutí o propuštění *příslušníkovi doručeno do 2 měsíců ode dne, kdy služební funkcionář důvod propuštění zjistil, nejpozději však do 1 roku ode dne, kdy tento důvod vznikl*. Podle § 209 zákona o služebním poměru jinak zaniká právo žalovaného stěžovatelku ze služebního poměru propustit, což žalovaný zohledňuje z úřední povinnosti.

[17] Je tedy nutné určit okamžik, kdy důvod pro propuštění stěžovatelky vznikl, popřípadě kdy se o něm příslušný služební funkcionář dozvěděl. Důvod pro propuštění stěžovatelky z objektivního hlediska vznikl s nabytím účinnosti zákona o služebním poměru, neboť od tohoto dne již nebylo možné vykonávat podnikatelskou či výdělečnou činnost ani na základě souhlasu služebního funkcionáře. Nejvyšší správní soud však již v minulosti dovodil, že objektivní lhůta pro propuštění příslušníka ze služebního poměru neskončí (respektive fakticky nezačne běžet), pokud protiprávní stav, který je důvodem k propuštění, stále trvá (rozsudek ze dne 24. listopadu 2010, č. j. 3 Ads 104/2010 - 57). Jelikož stěžovatelka i v době rozhodování žalovaného účetnictví společenství vlastníků jednotek spravovala, nemohla být možnost žalovaného ji ze služebního poměru propustit prekludována.

[18] Počátek dvouměsíční subjektivní lhůty zákon o služebním poměru vztahuje k okamžiku, kdy služební funkcionář důvod propuštění zjistil. Je jisté, že tento okamžik mohl nastat nejdříve s účinností zákona o služebním poměru, dřívější právní úprava umožňovala provozování živnosti se souhlasem služebního funkcionáře [§ 152 odst. 2 písm. b) zákona č. 186/1992 Sb., o služebním poměru příslušníků Policie České republiky,

ve spojení s § 10 odst. 1 zákona č. 238/2000 Sb., o Hasičském záchranném sboru České republiky a o změně některých zákonů]. Dále je třeba zdůraznit, že pro počátek běhu subjektivní prekluzivní lhůty podle § 42 odst. 4 zákona o služebním poměru je rozhodné, kdy služební funkcionář důvod k propuštění příslušníka bezpečnostního sboru skutečně zjistil, nikoli kdy jej mohl zjistit (viz např. rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 22. května 2013, č. j. 9 Ad 18/2010 - 33).

[19] Žalovaný byl přitom oprávněn předpokládat, že stěžovatelka, stejně jako další příslušníci bezpečnostních sborů, respektovala povinnost, kterou jí uložil § 220 zákona o služebním poměru, a bez zbytečného odkladu učinila úkony směřující k ukončení podnikatelské nebo živnostenské činnosti, ke které jí byl podle dosavadních právních předpisů udělen souhlas. Pokud se tak nestalo, byl oprávněn učinit šetření potřebná ke zjištění, zda stěžovatelka zákaz vykonávat výdělečnou činnost porušila. K tomuto kroku však mohl přistoupit až ve chvíli, kdy získal určité podezření, že stěžovatelka stále vykonává výdělečnou činnost.

[20] Za den, kdy žalovaný důvod k propuštění stěžovatelky zjistil ve smyslu § 42 odst. 4 zákona o služebním poměru, je tedy třeba považovat den, kdy získal konkrétní informaci o tom, že stěžovatelka (i nadále) vykonává činnost zapovězenou ustanovením § 48 odst. 2 citovaného zákona. Nejdříve se tak mohlo stát dne 26. března 2013, kdy žalovaný nahlédl do veřejně přístupné části živnostenského rejstříku, z níž zjistil, že stěžovatelka je držitelkou živnostenského oprávnění pro činnost účetních poradců, vedení účetnictví a vedení daňové evidence. Dvouměsíční prekluzivní lhůta uplynula dne 26. května 2013. Rozhodnutí ředitele Hasičského záchranného sboru hl. m. Prahy bylo stěžovatelce doručeno dne 17. května 2013, právo žalovaného k propuštění stěžovatelky tedy nebylo prekludováno.

[21] Stěžovatelka dále namítala, že řízení o jejím propuštění trvalo neobvykle krátkou dobu, čímž žalovaný porušil její procesní práva. Toto řízení bylo zahájeno dne 15. května 2013. Téhož dne se stěžovatelka seznámila se spisovým materiálem a byla jí dána možnost vyjádřit se k podkladům rozhodnutí, čehož využila. Následujícího dne byly do spisu doplněny listinné důkazy předložené stěžovatelkou a její písemné vyjádření, zároveň jí byla opět dána možnost seznámit se s obsahem spisu a vyjádřit se k němu. Prvostupňové rozhodnutí bylo vydáno dne 17. května 2013.

[22] Nejvyšší správní soud souhlasí se stěžovatelkou, že vydání rozhodnutí třetí den poté, co bylo ve věci zahájeno řízení, je poněkud neobvyklé, žalovaný však respektoval právo stěžovatelky vyjádřit se k podkladům rozhodnutí vyplývající z § 174 odst. 1 písm. b) zákona o služebním poměru i svou povinnost zjistit spolehlivě skutkový stav (§ 180 odst. 1 zákona o služebním poměru). Vzal totiž v úvahu veškerá tvrzení stěžovatelky i jí předložené listiny. Skutkové okolnosti případu navíc mezi stěžovatelkou a žalovaným nebyly sporné. Rychlý průběh řízení o propuštění stěžovatelky nelze považovat za vadu, která by mohla mít vliv na zákonnost rozhodnutí ve věci.

[23] Zbývá posoudit, zda stěžovatelka vykonávala zakázanou výdělečnou činnost.

[24] Podle § 48 odst. 2 věty za středníkem se omezení výdělečné činnosti příslušníků bezpečnostních sborů nad rámec služby nevztahuje mimo jiné *na další činnosti stanovené*

interními akty vydanými řediteli bezpečnostních sborů. Článek 1 odst. 1 písm. f) pokynu generálního ředitele HZS ČR ze dne 28. března 2013, k provedení § 48 odst. 2 zákona č. 361/2003 Sb., o služebním poměru příslušníků bezpečnostních sborů, ve znění zákona č. 530/2005 Sb. (dále jen „pokyn"), potom příslušníkům bezpečnostních sborů umožňuje vykonávat správu vlastního majetku, a to mimo výkon služby s tím, že tak nebude narušován výkon služby či připravenost k výkonu služby či jinak způsobován střet se zájmy HZS ČR, snížena důvěra veřejnosti v HZS ČR či veřejnou správu vůbec (odst. 2).

[25] Právní řád České republiky pojem „správa vlastního majetku" užívá v řadě předpisů, aniž by vymezil jeho obsah. Nejvyšší soud se k tomuto pojmu nepřímo vyjádřil v rozsudku ze dne 21. května 2008, sp. zn. 29 Cdo 152/2007, když posuzoval, zda může být jediným předmětem podnikání obchodní společnosti právě správa vlastního majetku. Tehdy vyslovil názor, že „*správa vlastního majetku není podnikáním, a nemůže proto být ani předmětem podnikání obchodní společnosti. Jde o činnost, jež je vlastní každé obchodní společnosti, neboť je nezbytná k jejímu řádnému fungování. Ke správě vlastního majetku není třeba žádného úředního povolení.*" Nejvyšší správní soud je přesvědčen, že uvedené je třeba chápat i tak, že podnikání nemůže nikdy být správou vlastního majetku (v opačném případě by byl popřen závěr Nejvyššího soudu, neboť část činností považovaných za správu vlastního majetku by byla zároveň podnikáním; mezi množinami činností zastřešenými těmito pojmy tedy musí být vztah disjunkce). To je velice důležité, neboť obsah pojmu „podnikání", český právní řád, na rozdíl od „správy vlastního majetku", jednoznačně definuje.

[26] V době rozhodování žalovaného byl ještě účinný zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů, který v § 2 odst. 1 vymezoval podnikání jako soustavnou činnost prováděnou podnikatelem vlastním jménem a na vlastní odpovědnost za účelem dosažení zisku. Podnikatelem přitom podle tohoto zákona byla mimo jiné osoba, která podniká na základě živnostenského oprávnění [§ 2 odst. 2 písm. b) obchodního zákoníku]. Také ze současné právní úpravy, tedy z § 420 odst. 1 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, lze dovodit, že podnikáním je výdělečná činnost vykonávaná na vlastní účet a odpovědnost živnostenským nebo obdobným způsobem se záměrem činit tak soustavně za účelem dosažení zisku. Ustanovení § 421 odst. 2 občanského zákoníku potom stanoví vyvratitelnou domněnku, že osoba disponující živnostenským oprávněním je podnikatelem. Zbývá uvést, že podle § 2 zákona č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání (živnostenský zákon), ve znění pozdějších předpisů, je živností *soustavná činnost provozovaná samostatně, vlastním jménem, na vlastní odpovědnost, za účelem dosažení zisku a za podmínek stanovených tímto zákonem.*

[27] Nejvyšší správní soud je přesvědčen, že otázku, zda příslušník bezpečnostního sboru vykonává zakázanou výdělečnou činnost, je nutné posuzovat spíše z materiálního hlediska – tedy zda takovou činnost skutečně vykonává, nikoli zda disponuje oprávněním umožňujícím mu takovou činnost vykonávat (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 18. září 2003, č. j. 5 A 121/2002 - 42, č. 285/2004 Sb. NSS). To ostatně vyplývá i z citovaných soukromoprávních předpisů, dle nichž je podnikatelem pouze taková osoba se živnostenským oprávněním, která živnost skutečně vykonává. Dílčí závěr městského soudu, že stěžovatelka má živnostenské oprávnění, a proto podniká, je tedy poněkud zkratkovitý. Stěžovatelka však nejenže měla příslušné živnostenské oprávnění, ale

účetnictví společenství vlastníků jednotek skutečně dlouhodobě vedla, a to za každoročně vyplácenou odměnu. Naplnila tedy všechny znaky podnikání, a proto její činnost nemůže být správou vlastního majetku.

[28] Podpůrně lze uvést, že za účinnosti předchozí právní úpravy vykonávala stěžovatelka svoji činnost na základě souhlasu služebního funkcionáře vydaného podle § 152 odst. 2 písm. b) zákona o služebním poměru příslušníků Policie České republiky ve spojení s § 10 odst. 1 zákona o HZS ČR. Tento souhlas byl přitom vydáván právě *k provozování živnosti nebo účasti na živnostenském podnikání nebo k vykonávání jiné výdělečné činnosti v pracovním nebo obdobném poměru*, nikoli ke správě vlastního majetku (k níž nebyl souhlas zapotřebí). Je přitom oprávněné domnívat se, že co bylo živností či živnostenským podnikáním (tedy podnikáním podle obchodního zákoníku) před účinností zákona o služebním poměru, si tento charakter zachovalo i nadále, neboť definice této činnosti se ani s nabytím účinnosti občanského zákoníku z roku 2012 nezměnila.

[29] Činnost, kterou stěžovatelka vykonávala, je tedy živnostenským podnikáním, což zároveň vylučuje posoudit ji jako správu vlastního majetku, jak stěžovatelka žádala. Výjimka ze zákazu výdělečné činnosti stanovená v čl. 1 odst. 1 písm. f) pokynu se zde tudíž neuplatní. Stěžovatelka nicméně namítala i to, že svou činností nenarušila plnění svých služebních povinností a důvěru v HZS ČR, pročež bylo její propuštění neproporcionální.

[30] Žalovaný má pravdu v tom, že mu text zákona o služebním poměru nedával žádný prostor pro zvážení, zda je výdělečná činnost vykonávaná příslušníkem bezpečnostního sboru ve střetu se zájmy služby. Podle § 48 odst. 2 tohoto zákona příslušník *nesmí* vykonávat jinou výdělečnou činnost než službu (až na výjimky stanovené zákonem a interními akty ředitelů bezpečnostních sborů). Pokud příslušník toto omezení poruší, *musí* být propuštěn [§ 42 odst. 1 písm. f) zákona o služebním poměru].

[31] Nejvyšší správní soud nicméně nemohl přehlédnout, že § 48 odst. 2 zjevně zasahuje do práva podnikat garantovaného čl. 26 odst. 1 Listiny základních práv a svobod (dále jen „Listina“). Podle čl. 44 Listiny může zákon příslušníkům bezpečnostních sborů omezit právo na podnikání a jinou hospodářskou činnost, přičemž zákonodárce v tomto směru není omezen souvislostí s výkonem služby, jako je tomu u práv dle čl. 18, 19 a 27 odst. 1 až 3 Listiny. Na druhou stranu, i takové omezení musí být stanoveno zákonem (čl. 4 odst. 2 Listiny), musí šetřit podstaty a smyslu práva podnikat a nesmí být zneužíváno k jiným účelům, než k jakému bylo stanoveno (čl. 4 odst. 4 Listiny).

[32] Právě přesvědčení o rozporu § 48 odst. 2 zákona o služebním poměru s uvedenými ustanoveními Listiny vedl Nejvyšší správní soud k návrhu Ústavnímu soudu na jeho zrušení. Ústavní soud tomuto návrhu vyhověl a napadené ustanovení pro nepřípustnou delegaci normotvorby omezující rozsah základního práva na interní akt žalovaného zrušil, derogační účinky nálezu sp. zn. Pl. ÚS 24/17 však odsunul až ke dni 30. června 2019. To však Nejvyššímu správnímu soudu nebrání zohlednit, že právní úprava, kterou by měl na posuzovanou věc aplikovat, je v rozporu s ústavním pořádkem. Ostatně i Ústavní soud v závěrečné části svého nálezu uvedl, že *„v mezidobí od vyhlášení tohoto nálezu až do doby účinnosti nové právní úpravy pak jsou správní soudy sice formálně povinny aplikovat napadené ustanovení jakožto platnou součást právního řádu, zároveň však jsou povinny s ohledem na čl. 4 Ústavy poskytovat ochranu základním právům účastníků řízení a nacházet spravedlivou*

rovnováhu mezi zájmem na řádném výkonu služby v bezpečnostních sborech na straně jedné a právy příslušníků bezpečnostních sborů, která jsou zrušenou právní úpravou omezována, na straně druhé. Hlediska, která mohou být brána na zřetel, jsou kupř. obsažena [ve vládním návrhu zákona č. 530/2005 Sb.]. *Pokud zákonodárce rezignoval na vyvážení těchto zájmů, resp. práv tím, že limity základního práva dle čl. 26 Listiny, resp. též dalších ústavně zaručených práv, sám nevymezil, nýbrž stanovení těchto mezí bez dalšího delegoval na interní akty řízení, jsou soudy povinny tyto hranice dočasně nalézat do doby, než je stanoví sám zákonodárce přijetím nové právní úpravy.*"

[33] Ústavní soud tedy správní soudy zavázal, aby v každém konkrétním případě zvážily, zda výkon základního práva podnikat či provozovat jinou výdělečnou činnost dle čl. 26 Listiny ze strany příslušníka bezpečnostního sboru narušil veřejný zájem na řádném výkonu služby natolik, aby ospravedlnil propuštění příslušníka ze služebního poměru. Jinými slovy správním soudům uložil, aby spory ohledně propuštění příslušníka bezpečnostního sboru na základě porušení § 48 odst. 2 zákona o služebním poměru posoudily pomocí testu proporcionality.

[34] Test proporcionality se standardně skládá ze tří kroků – testu vhodnosti, potřebnosti a přiměřenosti v užším slova smyslu (srov. nález Ústavního soudu ze dne 12. října 1994, sp. zn. Pl. ÚS 4/94, č. 214/1994 Sb., a navazující judikaturu). Nejprve je však nutno identifikovat legitimní cíl omezení základního práva (zde práva podnikat), jímž zpravidla bývá ochrana jiného základního práva či veřejného zájmu. Každé omezení základního práva musí nějaký legitimní cíl sledovat, v opačném případě by se zákonodárce (popřípadě orgán aplikující zákonnou úpravu) dopustil nepřípustné svévole. Z nálezu Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 24/17 přitom vyplývá, že cílem omezení práva příslušníka bezpečnostního sboru podnikat je zajištění řádného výkonu služby. Stejný závěr lze učinit na základě právní úpravy regulující postavení vojáků z povolání, kteří na základě článku 44 Listiny podléhají stejným omezením jako příslušníci bezpečnostních sborů.

[35] Podle § 47 odst. 1 zákona č. 221/1999 Sb., o vojácích z povolání, ve znění pozdějších předpisů, smí voják *výjimečně vykonávat výdělečnou činnost pouze s písemným souhlasem služebního orgánu, neovlivní-li tato činnost výkon jeho služby nebo jiný důležitý zájem služby*. Zákon o vojácích z povolání tedy výslovně stanoví jako cíl omezení práva vojáka podnikat zájem na řádném výkonu služby či jiný důležitý zájem služby. Nejvyšší správní soud nevidí důvod, proč by mělo být na příslušníky bezpečnostních sborů podle zákona o služebním poměru nahlíženo jinak – opačný přístup by naopak vyvolával neodůvodněnou nerovnost. Lze se tedy domnívat, že omezením práva příslušníků bezpečnostních sborů podnikat sledoval zákonodárce právě ochranu zájmu na řádném výkonu služby a plnění služebních povinností, zachování důvěry veřejnosti v bezpečnostní sbory a zamezení střetu zájmů příslušníka se zájmy služby. Že tento cíl nevyjádřil výslovně v textu zákona o služebním poměru, lze považovat za nedůslednost, nikoli však za potvrzení toho, že by smyslem právní úpravy mělo být omezit příslušníkům bezpečnostních sborů právo podnikat bez dalšího. Jak již bylo řečeno, takový výklad zákona by byl protiústavní. Pokud by zákon žádný konkrétní cíl nesledoval, byla by tím znemožněna soudní kontrola v tom směru, zda není omezení práva na podnikání v konkrétním případě zneužito k jiným účelům, než pro který bylo stanoveno, jak požaduje čl. 4 odst. 4 Listiny.

[36] Takový závěr podporuje i právě projednávaný případ. Formálně vzato stěžovatelka totiž zákon o služebním poměru opravdu porušila, neboť – jak Nejvyšší správní soud dovodil výše – vykonávala podnikatelskou činnost. Na druhou stranu však v této činnosti nelze spatřovat ohrožení zájmu, který § 48 odst. 2 zákona o služebním poměru chrání, tedy zájmu na řádném výkonu služby příslušníka HZS ČR. Činnost, kterou žalovaný stěžovatelce vytýká, se omezovala na vedení účetnictví společenství vlastníků jednotek, jehož je stěžovatelka členkou. Stěžovatelka se podle všeho nesnažila rozšířit své podnikání a přivydělat si vedením účetnictví dalších subjektů, i když by jí to její kvalifikace umožňovala. Ze zjištěného skutkového stavu nevyplývá, že by vedení účetnictví společenství vlastníků jednotek jakkoliv narušovalo řádné plnění služebních povinností stěžovatelky.

[37] Na základě uvedeného lze usoudit, že propuštění stěžovatelky z bezpečnostního sboru nesledovalo žádný legitimní cíl. Nelze proto ani posuzovat, zda bylo omezení (či spíše vyloučení) jejího práva podnikat proporcionální, neboť chybí ono hledisko, vůči němuž by měla být přiměřenost takového opatření posuzována. Nejvyšší správní soud opět zdůrazňuje, že k propuštění příslušníka bezpečnostního sboru může dojít pouze tehdy, pokud jeho výdělečná činnost ohrožuje zájem chráněný zákonem o služebním poměru, jímž je zajištění řádného výkonu služby, ochrana důvěry veřejnosti v bezpečnostní sbory a zamezení střetu zájmů příslušníka se zájmy služby. Jelikož stěžovatelka žádný z těchto zájmů neohrozila (resp. nebylo to v řízení prokázáno), zasáhl žalovaný svým rozhodnutím do jejích základních práv v rozporu s článkem 1 odst. 2 a 4 Listiny. Nejvyšší správní soud na závěr podotýká, že pouze tento závěr vyhovuje požadavkům, jež na soudní rozhodnutí klade Ústavní soud. Ten totiž v nálezu ze dne 13. března 2013, sp. zn. IV. ÚS 1241/12 (N 42/68 SbNU 425) konstatoval, že „*spravedlnost je hodnotovým principem, který je společný všem demokratickým právním řádům [srov. nález sp. zn. I. ÚS 643/04 ze dne 6. 9. 2005 (N 171/38 SbNU 367), nález sp. zn. II. ÚS 3168/09 ze dne 5. 8. 2010 (N 158/58 SbNU 345), bod 25]. Nad každým utvářením soudního rozhodnutí klene se dvojí imperativ: rozhodnutí musí být nejen zákonné, ale především spravedlivé. Úkolem soudu je právě rozpoznat skrze zákon spravedlnost.*“

[38] Na tomto závěru nemůže nic změnit ani argumentace žalovaného. Tvrzením, že vstup do služebního poměru včetně omezení a zákazů, které z něj vyplývají, je dobrovolný, v daném případě žalovaný přehlíží, že stěžovatelka v takové situaci nebyla. Ustanovení § 13 odst. 1 písm. i) zákona o služebním poměru se vztahuje na přijímání do služebního poměru a nikterak se netýkalo stěžovatelky, která již ve služebním poměru byla; ke změně právní úpravy, o níž žalovaný opřel její propuštění do služebního poměru, došlo za trvání jejího služebního poměru. Vedle toho, uchazeči o přijetí do služebního poměru a již přijatí příslušníci samozřejmě mají zachovánu možnost svobodně se rozhodnout, zda vstoupí do služebního poměru či v něm setrvají za cenu, že pak musí akceptovat omezení vyplývající pro ně z čl. 44 Listiny. To však samozřejmě jen potud, pokud jsou tato omezení v souladu s podmínkami omezení základních práv, které Listina předepisuje. Jak je zřejmé z citovaného nálezu Ústavního soudu, ustanovení § 48 odst. 2 zákona o služebním poměru podmínky omezení základních práv vyplývající mimo jiné z § 44 Listiny nesplňuje. To, že se někdo „dobrovolně“ podrobí protiústavnímu právnímu režimu nebo v něm „dobrovolně“ setrvává, protiústavnost bez dalšího nekonvaliduje.

IV. Závěr a náklady řízení

[39] Z výše uvedených důvodů Nejvyšší správní soud zrušil nejen rozsudek městského soudu, ale též rozhodnutí žalovaného a věc mu vrátil k dalšímu řízení. Pravomoc Nejvyššího správního soudu k současnému zrušení rozhodnutí správního orgánu není vázána na návrh stěžovatelky. V daném případě je zřejmé, že rozhodnutí správního orgánu mělo být městským soudem pro nezákonnost zrušeno a že nepřichází v úvahu jakékoliv doplnění řízení či vypořádání dalších žalobních námitek městským soudem. Městský soud by s odkazem na tento rozsudek pouze přenesl závazný právní názor svým novým rozsudkem správnímu orgánu. Nejvyšší správní soud proto podle § 110 odst. 1 s. ř. s. zrušil kasační stížností napadený rozsudek městského soudu. Věc mu však nevrátil k dalšímu řízení, neboť podle § 110 odst. 2 písm. a) s. ř. s. současně zrušil žalobou napadené rozhodnutí žalovaného. Žalovanému také podle § 78 odst. 4 s. ř. s. věc vrací k dalšímu řízení, v němž je podle odstavce 5 téhož ustanovení vázán právním názorem v tomto rozsudku vysloveným.

[40] Nejvyšší správní soud tak je posledním soudem, který o věci rozhodl, proto musí rozhodnout též o náhradě nákladů celého soudního řízení. Podle § 60 odst. 1 s. ř. s., aplikovaného na základě § 120 s. ř. s., má úspěšný stěžovatel právo na náhradu důvodně vynaložených nákladů proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Stěžovatelka uhradila soudní poplatky ve výši 3 000 Kč za podání žaloby a 5 000 Kč za podání kasační stížnosti [položky 18 a 19 přílohy k zákonu č. 549/1991 Sb., o soudních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů]. V obou stupních byla zastoupena advokátem. Pokud jde o úkony právní služby, soud vycházel ze skutečností zjevných ze soudního spisu. Za zastoupení v řízení před městským soudem přísluší odměna za pět úkonů právní služby v plné výši: převzetí a příprava zastoupení, sepsání žaloby, replika k vyjádření žalovaného ze dne 17. ledna 2014, vyjádření s návrhem na doplnění dokazování ze dne 12. dubna 2017 a účast na jednání městského soudu dne 20. dubna 2017 [§ 11 odst. 1 písm. a), d) a g) vyhlášky č. 177/1996 Sb., o odměnách advokátů a náhradách advokátů za poskytování právních služeb (advokátní tarif), ve znění pozdějších předpisů]. Za zastoupení v řízení před Nejvyšším správním soudem přísluší odměna za tři úkony právní služby v plné výši, a to sepsání kasační stížnosti, repliku k vyjádření žalovaného ze dne 31. července 2017 a stanovisko k nálezu Ústavního soudu ze dne 9. října 2018 [§ 11 odst. 1 písm. d) advokátního tarifu]. Celkem jde tedy o osm úkonů právní služby hrazené v plné výši. Odměna za jeden úkon činí podle § 7 bodu 5, aplikovaného na základě § 9 odst. 4 písm. d) advokátního tarifu, 3 100 Kč. Podle § 13 odst. 3 advokátního tarifu je třeba k odměně za každý úkon přičíst 300 Kč na úhradu hotových výdajů. Celkem se tedy jedná o částku 27 200 Kč odpovídající nákladům na právní zastoupení stěžovatelky. Protože zmocněný advokát je plátcem daně z přidané hodnoty, zvyšuje se tento nárok o částku 5 712 Kč odpovídající dani ve výši 21 %, kterou je advokát povinen z odměny za zastupování odvést podle zákona č. 235/2004 Sb., o dani z přidané hodnoty, ve znění pozdějších předpisů. Celkovou náhradu nákladů řízení pro žalobkyni tedy představuje částka 40 912 Kč.

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

V Brně dne 24. října 2018

JUDr. Tomáš Langášek
předseda senátu