ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy Petra Mikeše a soudců Milana Podhrázkého a Jitky Zavřelové v právní věci navrhovatelky: **Mgr. J. N.**, zast. doc. JUDr. Zdeňkem Koudelkou, Ph.D., advokátem se sídlem Optátova 874/46, Brno, proti odpůrci: **Ministerstvo zdravotnictví**, se sídlem Palackého náměstí 375/4, Praha 2, o návrhu na zrušení opatření obecné povahy odpůrce ze dne 29. 12. 2021, čj. MZDR 14601/2021-34/MIN/KAN, v rozsahu čl. I bodu 3 písm. b), bodu 6 písm. b) až d) a bodu 15,

takto:

I. Opatření obecné povahy odpůrce ze dne 29. 12. 2021, čj. MZDR 14601/2021-34/MIN/KAN, **se** v části čl. I bodu 3 písm. b) ve slovech *„nebo, s výjimkou dítěte do dovršení 12 let věku, nesplňuje podmínky stanovené v bodu I/15; provozovatelům uvedených provozoven se nařizuje u osoby, která musí splňovat podmínky podle bodu I/15, splnění těchto podmínek kontrolovat prostřednictvím mobilní aplikace Ministerstva zdravotnictví „čTečka“ při vstupu do prostor nebo v případě, že kontrolu při vstupu neumožňují provozní podmínky provozovatele, nejpozději před poskytnutím služby; osobě se nařizuje provozovateli splnění podmínek podle bodu I/15 prokázat; v případě, že osoba splnění podmínek podle bodu I/15 při vstupu neprokáže, zakazuje se provozovateli takovou osobu vpustit do prostor provozovny; pokud ke kontrole dochází před poskytnutím služby, provozovateli se zakazuje poskytnout takové osobě službu; tyto podmínky se nevztahují na provozovny stravovacích služeb, které neslouží pro veřejnost, a na prodej jídla s sebou s tím, že osobě se zakazuje takto zakoupené jídlo konzumovat ve vnitřních i vnějších prostorech provozovny“*, a bodu 6 písm. b) odrážky i) ve slově *„nebo“* a odrážky ii) a písm. d) **ruší** uplynutím sedmého dne od právní moci tohoto rozsudku.

II. Návrh týkající se čl. I bodu 15 opatření obecné povahy odpůrce ze dne 29. 12. 2021, čj. MZDR 14601/2021-34/MIN/KAN, **se zamítá**.

III. Návrh týkající se čl. I bodu 6 písm. c) opatření obecné povahy odpůrce ze dne 29. 12. 2021, čj. MZDR 14601/2021-34/MIN/KAN, **se odmítá**.

IV. Žádný z účastníků **nemá** právo na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

[1] Navrhovatelka se návrhem na zrušení opatření obecné povahy podaným u Nejvyššího správního soudu dne 3. 1. 2022 domáhá zrušení čl. I bodu 3 písm. b) mimo věty *„zakazuje zákazníkovi vstoupit do vnitřních a vnějších prostor provozovny, pokud vykazuje klinické příznaky onemocnění covid-19“*, bodu 6 písm. b) odrážky i) v rozsahu slova *„nebo“* a odrážky ii), písm. c) a d), a bodu 15 mimořádného opatření odpůrce ze dne 29. 12. 2021, čj. MZDR 14601/2021-34/MIN/KAN. Toto mimořádné opatření bylo vydáno k ochraně obyvatelstva před dalším rozšířením onemocnění covid-19 na základě § 69 odst. 1 písm. i) a odst. 2 zákona č. 258/2000 Sb., o ochraně veřejného zdraví a o změně některých souvisejících zákonů, ve znění účinném od 1. 5. 2020 (dále jen „zákon o ochraně veřejného zdraví“), a § 2 odst. 2 písm. b) až e) a písm. i) zákona č. 94/2021 Sb., o mimořádných opatřeních při epidemii onemocnění COVID-19 a o změně některých souvisejících zákonů (dále „pandemický zákon“).

[2] Mimořádné opatření stanoví s účinností od 3. 1. 2022 podmínky pro vstup osob do některých vnitřních a venkovních prostor nebo pro účast na hromadných akcích nebo na jiných činnostech. Pro možnost využití některých služeb, vstup do provozoven či účast na akcích je jednotlivými ustanoveními mj. vyžadováno naplnění podmínek dle čl. I bodu 15 mimořádného opatření. Těmito podmínkami jsou a) absolvování RT-PCR vyšetření na přítomnost viru SARS-CoV-2 s negativním výsledkem nejdéle před 72 hodinami, jde-li o i) osobu do dovršení 18 let věku, ii) osobu, která se nemůže podrobit očkování proti onemocnění covid-19 pro kontraindikaci, nebo iii) osobu tzv. rozočkovanou; b) uplynutí nejméně 14 dní od dokončeného očkovacího schématu, a to schváleným léčivým přípravkem; nebo c) prodělání laboratorně potvrzeného onemocnění covid-19, jestliže uplynula doba izolace a od prvního pozitivního testu neuplynulo více než 180 dní.

[3] Mimořádné opatření s odkazem na § 69 odst. 1 písm. i) zákona o ochraně veřejného zdraví a § 2 odst. 2 písm. i) pandemického zákona stanoví pravidla pro využívání a provoz provozoven stravovacích služeb, hudebních, tanečních, herních a podobných společenských klubů a diskoték, heren a kasin (bod 3) (dále také jen „stravovací služby“), a pro poskytování krátkodobých a rekreačních ubytovacích služeb (bod 6) (dále také jen „ubytovací služby“).

[4] Podle čl. I bodu 3 písm. b) mimořádného opatření ohledně provozoven stravovacích služeb platí, že se *zakazuje zákazníkovi vstoupit do vnitřních a vnějších prostor provozovny, pokud vykazuje klinické příznaky onemocnění covid-19 nebo, s výjimkou dítěte do dovršení 12 let věku, nesplňuje podmínky stanovené v bodu I/15; provozovatelům*

uvedených provozoven se nařizuje u osoby, která musí splňovat podmínky podle bodu I/15, splnění těchto podmínek kontrolovat prostřednictvím mobilní aplikace Ministerstva zdravotnictví „čTečka" při vstupu do prostor nebo v případě, že kontrolu při vstupu neumožňují provozní podmínky provozovatele, nejpozději před poskytnutím služby; osobě se nařizuje provozovateli splnění podmínek podle bodu I/15 prokázat; v případě, že osoba splnění podmínek podle bodu I/15 při vstupu neprokáže, zakazuje se provozovateli takovou osobu vpustit do prostor provozovny; pokud ke kontrole dochází před poskytnutím služby, provozovateli se zakazuje poskytnout takové osobě službu; tyto podmínky se nevztahují na provozovny stravovacích služeb, které neslouží pro veřejnost, a na prodej jídla s sebou s tím, že osobě se zakazuje takto zakoupené jídlo konzumovat ve vnitřních i vnějších prostorech provozovny.

[5] Podle čl. I bodu 6 písm. b) mimořádného opatření platí ohledně ubytovacích služeb, že se *zakazuje osobě využít uvedených ubytovacích služeb, pokud i) vykazuje klinické příznaky onemocnění covid-19 nebo, ii) s výjimkou dítěte do dovršení 12 let věku, nesplňuje podmínky stanovené v bodu I/15, není-li dále uvedeno jinak*. Podle písm. c) téhož bodu dále platí, že se *zakazuje poskytovatelům uvedené ubytovací služby poskytnout, není-li dále stanoveno jinak, osobě, která, s výjimkou dítěte do dovršení 12 let věku, nesplňuje podmínky stanovené v bodu I/15; splnění podmínek podle bodu I/15 se nevyžaduje, jsou-li ubytovací služby poskytovány v rámci vzdělávání výhradně žákům nebo studentům jedné školy nebo je dozorujícím osobám nebo zajistí-li provozovatel oddělení prostor tak, aby žáci nebo studenti jedné školy a je dozorující osoby používali jiné prostory než ostatní osoby využívající ubytovací služby*. Podle písm. d) téhož bodu pak platí, že se *nařizuje poskytovatelům uvedených ubytovacích služeb u osoby, která musí splňovat podmínky podle bodu I/15, před zahájením ubytování splnění těchto podmínek kontrolovat prostřednictvím mobilní aplikace Ministerstva zdravotnictví „čTečka" a osobě se nařizuje mu splnění podmínek podle bodu I/15 prokázat; v případě, že osoba splnění podmínek podle bodu I/15 neprokáže, zakazuje se poskytovateli takové osobě ubytování poskytnout; osoby, které prokáží splnění podmínek podle bodu I/15, lze ubytovat na nejdéle 7 dnů, pro prodloužení pobytu musí splnění těchto podmínek opětovně prokázat.*

[6] Napadené mimořádné opatření bylo s účinností od 17. 1. 2022 změněno mimořádným opatřením odpůrce ze dne 14. 1. 2022 čj. MZDR 1518/2022-1/MIN/KAN, avšak pouze v částech, které nejsou podaným návrhem dotčeny. Dne 26. 1. 2022 odpůrce vydal mimořádné opatření čj. MZDR 2873/2022-1/MIN/KAN, kterým s účinností od 15. 2. 2022 změnil napadené mimořádné opatření ve znění mimořádného opatření ze dne 14. 1. 2022, a to tak, že v čl. I bodu 15 písm. b) mimořádného opatření doplnil slova *„uplynulo nejméně 14 dní od dokončeného očkovacího schématu;" nahrazují slovy „od dokončení očkovacího schématu uplynulo nejméně 14 dní a v případě osoby, která dovršila 18 let věku, zároveň nejvýše 270 dní nebo byla očkována posilovací dávkou;"*. Jelikož tato změna ještě nenabyla účinnosti, nemá vliv na posouzení nyní projednávaného návrhu.

II. Obsah návrhu na zrušení mimořádného opatření

[7] Navrhovatelka ke své aktivní procesní legitimaci uvedla, že je zdravá, není očkována a nemá potvrzení o prodělaném onemocnění. Navštěvuje restaurace a hotely a využívá i další služby, na které mimořádné opatření dopadá. Jde o běžnou lidskou

činnost. Zákazy a povinnosti stanovené napadenými částmi mimořádného opatření na ni přímo dopadají, omezují ji a je jimi dotčena. K tomu doložila konkrétní situace, ve kterých chtěla určité služby využít, ale vzhledem k podmínkám stanoveným mimořádným opatřením nemohla. Byť se to stalo za účinnosti předchozího mimořádného opatření ze dne 23. 12. 2021, čj. MZDR 14601/2021-31/MIN/KAN, nyní napadené opatření je v napadených částech obsahově shodné. Přestože je v čl. I bodu 3 písm. b) současně uložena povinnost zákazníkovi i provozovateli, navrhuje zrušit daný bod jako celek, neboť tyto povinnosti jsou zrcadlové.

[8] Namítá, že pandemický zákon neumožňuje omezit provozovny služeb a stanovit podmínky jejich provozu a využití ze strany zákazníků. Restaurace a hotely totiž nejsou provozovnou obchodní nebo výrobní (rozsudek NSS ze dne 21. 5. 2021, čj. 6 Ao 22/2021-44). Zákon o ochraně veřejného zdraví umožňuje omezit jen fyzické osoby podezřelé z nákazy. Skrze stanovení podmínek zdravým osobám nelze využití služeb fakticky zakázat. Nejde o stanovení podmínky např. zajistit dezinfekci, nýbrž jde o zákaz poskytnutí služby pro určitou skupinu lidí. Za osobu podezřelou z nákazy nelze považovat zdravého člověka jen proto, že nemá dobrovolné očkování nebo že onemocnění neprodělal. Mimořádné opatření zakazuje přístup do provozoven osobám (a provozovateli zakazuje těmto osobám službu poskytnout), pokud nejsou očkovány, nebo onemocnění neprodělaly. Tento příkaz představuje omezení služby, protože vylučuje určitou skupinu zdravých zákazníků, kteří by jinak o službu měli zájem. Tyto podmínky jsou dány obecně ve vztahu ke všem neočkovaným a těm, kteří onemocnění neprodělali. Nelze je proto opřít o zákon o ochraně veřejného zdraví, který umožňuje pouze omezit kontakt lidí podezřelých z nákazy. V obchodních centrech se pohybuje zpravidla více lidí než v restauracích, aniž by se tato omezení na ně vztahovala. To představuje materiální nerovnost. Podmínky stanovené mimořádným opatřením jsou faktickým nucením k očkování ze strany vlády a odpůrce. Vázat možnost využití služby na nepovinné dobrovolné očkování bez přímého zákonného zmocnění nelze. Není možné, aby stát zastřeně nařídil očkování jako povinné tím, že ztíží neočkovaným přístup k službám. Tím totiž zasahuje do práv neočkovaných, ale i podnikatelů provozujících dotčené služby.

[9] Odpůrce nemohl omezit hostinské a ubytovací služby ani podle § 69 odst. 1 písm. i) zákona o ochraně veřejného zdraví, na které v opatření odkazuje. Obecné zmocnění vyplývající ze zmíněného ustanovení totiž nemůže být zdrojem pro nové zákazy a omezení, které zákon nezná (rozsudek NSS ze dne 22. 4. 2021, čj. 6 Ao 11/2021-48, č. 4203/2021 Sb. NSS). V době pandemické pohotovosti je třeba užít přednostně pandemický zákon jako zákon speciální. Jestliže pandemický zákon upravuje jen možnost omezení služeb výrobních, nelze chybějící zákonné zmocnění obcházet skrze neurčité zmocnění v zákoně o ochraně veřejného zdraví. Pro omezení stravovacích a ubytovacích služeb je nutné užít § 69 odst. 1 písm. b) zákona o ochraně veřejného zdraví, a to pouze ve vztahu k osobám podezřelým z nákazy (rozsudek NSS sp. zn. 6 Ao 22/2021). Napadené opatření se nicméně na toto ustanovení neodvolává. Odpůrce jej proto využít nechtěl. Navrhovatelka v této souvislosti odkázala na unesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 11. 2021, čj. 4 Ao 3/2021-117, *k omezení osob podezřelých z nákazy*, dle kterého lze mimořádné opatření podle § 69 odst. 1 písm. b) zákona o ochraně veřejného zdraví vydat pouze tehdy, je-li jeho cílem zákaz nebo omezení styku skupin fyzických osob podezřelých z nákazy s ostatními osobami. Není-li ohniskem

nákazy celá Česká republiky, nelze bez dalšího předpokládat, že osobou podezřelou z nákazy je každý. Odpůrce v napadeném opatření zvolil přístup, že i pro běžné lidské činnosti je v zásadě podezřelým z nákazy každý. Tuto domněnku musí vyvrátit očkováním nebo imunitou z nemoci. Jedná se proto o neúměrné a nedůvodné zatížení všech zdravých lidí, které odpůrce nezdůvodňuje přesvědčivými argumenty.

[10] Očkování neprokazuje bezinfekčnost. Očkovaný se totiž může nakazit a dále nemoc šířit. Nadto účinnost očkování v čase klesá a chrání pouze pár měsíců. Byť navrhovatelka nevylučuje, že očkování chrání před těžkým průběhem nemoci, nebrání v přenosu infekce na jiné osoby (za období od 27. 12. 2021 do 2. 1. 2022 bylo nově nakaženo 19 143 neočkovaných a 15 885 plně očkovaných). Očkování je však cíl napadeného opatření. Není možné ukládat povinnosti za účelem propagace očkování, jehož účinnost je z hlediska zabránění přenosu infekce zásadně omezená. Napadené opatření je nedůvěryhodné a nepřezkoumatelné ve vztahu k otázce, proč se přistupuje rozdílně k očkovaným a neočkovaným. Zdravý neočkovaný nemůže nakazit jiného stejně jako zdravý očkovaný. Nemocný očkovaný může nakazit jiného stejně jako nemocný neočkovaný. Opatření rozlišuje lidi na základě nedůvodné segregace dle dobrovolného očkování. Logicky by je však měl z důvodu omezení přenosu infekce rozlišovat na zdravé a nemocné, a to dle příznaků nebo na základě testů. Ty by však měly být buď povinné i pro očkované, nebo dobrovolné i pro neočkované, aby nedocházelo k nedůvodné diskriminaci.

[11] Odpůrce do výpočtu nutného procenta pro vznik kolektivní imunity nezahrnuje přirozenou imunitu vzniklou u nakažených osob. Motivem napadeného opatření není dosažení kolektivní imunity, nýbrž vyšší spotřeba vakcín. Odpůrce nepracuje s přirozenou imunitou, kterou navrhovatelka má. V opatření není přesvědčivě odborně zdůvodněno, proč se posuzuje rozdílně imunita získaná očkováním (časově neomezena) a získaná proděláním nemoci (180 dní). Odpůrce bez jakéhokoliv zdůvodnění od 1. 8. 2021 vypustil časové omezení ochrany očkování (9 měsíců), přestože je známo, že ochrana z očkování slábne. O této zásadní změně v přístupu a o uznání bezinfekčnosti z očkování na neomezenou dobu není v odůvodnění opatření žádná zmínka (rozsudek NSS ze dne 2. 7. 2021, čj. 9 Ao 8/2021-45). Odpůrce nereaguje na názory odborníků o rovnosti imunity z očkování a nemoci. Tím vyvolává tlak na očkování v době, kdy dvě očkovací vakcíny (AstraZeneca a Johnson and Johnson) jsou v některých zemích vyřazeny pro podezření z následného úmrtí. Pakliže chce stát zavést povinné očkování, musí tak učinit právním předpisem a musí nést odpovědnost za zdravotní následky nařízeného očkování. Nadto je imunita z prodělané nemoci delší než 180 dní. S ohledem na princip ochrany základních práv, zákaz nedůvodných omezení nad potřebnou míru a na princip dobré správy, je povinností odpůrce, aby opatření bylo odůvodněno nejen formálně, ale aby bylo současně schopno obstát v konkurenci jiných názorů. Odpůrce však neuvádí žádný odborný podklad pro časově neomezenou imunitu z očkování.

[12] Napadené opatření neumožňuje poskytnout stravovací a ubytovací služby ani zdravému člověku, který by se prokázal PCR testem. To odporuje tvrzenému účelu opatření jako nástroje proti šíření nákazy. Prokazatelně zdravý člověk nesmí službu využít, zatímco člověk očkovaný, který je v okamžiku využití služby nemocný a nemá příznaky, službu využít může. Testy jsou schopny prokázat bezinfekčnost v aktuálním

čase. To očkování ani potvrzení o prodělané nemoci nezajišťují. Smysl opatření proto není v omezení šíření epidemie, nýbrž v nucení k dobrovolnému očkování. Jestliže je testování uznáváno odpůrcem pro umožnění přítomnosti v zaměstnání či ve škole a rovněž pro nařízení karantény a izolace, není žádný důvod, aby testy nebyly uznávány pro možnost využití stravovacích a ubytovacích služeb. Neočkovaným se upírá právo využít tyto služby, aniž by mohli bezinfekčnost prokázat testy. Napadené opatření požaduje po zákaznících a provozovatelích používání aplikace „čTečka". To představuje nezákonný způsob vynucování jednoho způsobu dokazování. Navrhovatelka neužívá tuto mobilní aplikaci a žádný zákon nenařizuje používat mobilní telefon. Odůvodnění této povinnosti v opatření chybí. Proto i z tohoto důvodu je napadené opatření nepřezkoumatelné.

III. Vyjádření odpůrce a replika navrhovatelky

[13] Odpůrce k návrhu na zrušení opatření obecné povahy uvedl, že navrhovatelka není aktivně procesně legitimována. Čl. I bod 6 písm. c) mimořádného opatření ukládá povinnosti poskytovateli služeb, nikoliv zákazníkovi. Navrhovatelka pouze obecně tvrdí, že navštěvuje restaurace a hotely, aniž by konkrétně uvedla, kdy a jak jí mimořádné opatření zasáhlo do veřejných subjektivních práv. Jí tvrzené události se staly za platnosti předchozího opatření.

[14] Pokud by byl návrh věcně přezkoumán, není důvodný. Soud má být při posuzování přiměřenosti opatření obecné povahy zdrženlivý (rozsudek NSS ze dne 29. 3. 2011, čj. 6 Ao 7/2010-73). Odpůrce nařizuje mimořádná opatření na základě dostupných znalostí a při vědomí, že tyto znalosti nejsou dostatečné a přesné. Nelze čekat na to, až bude prokázáno a doloženo, zda je jedno opatření lepší než jiné. Odpůrce preferuje ochranu života a zdraví osob při současné snaze o co nejmenší omezení chodu společnosti. V případě nejasnosti o šíření či vlastnostech koronaviru nelze spoléhat na to, že nastane optimističtější varianta. Přiměřenost opatření odpůrce posuzuje tak, že zhodnotí současný stav šíření onemocnění covid-19 a na základě dostupných skutečností a při zohlednění dostupných vědeckých znalostí odhadne riziko šíření tohoto onemocnění na zdraví a životy osob. Při volbě vhodných opatření volí ta opatření, která co nejvíce zpomalují šíření viru a zároveň nejméně dopadají na obyvatelstvo a práva osob.

[15] Podmínky pro vstup do provozoven stravovacích a ubytovacích služeb podle čl. I bodu 15 mimořádného opatření nebyly stanoveny na základě pandemického zákona, nýbrž podle § 69 odst. 1 písm. i) zákona o ochraně veřejného zdraví. Odpůrce nepostupoval podle § 69 odst. 1 písm. b) tohoto zákona, protože mimořádným opatřením nedošlo k omezení hostinské a ubytovací činnosti. Pouze byly stanoveny podmínky pro vstup osob do některých prostor. Tato pravidla veřejnosti užívání služeb nezakazují. Podmiňují je pouze splněním dodatečných podmínek (usnesení NSS ze dne 17. 9. 2021, čj. 8 Ao 23/2021-51). Odpůrce je oprávněn stanovit podmínky pro vstup osob do některých prostor nebo pro účast na některých činnostech podle § 69 odst. 1 písm. i) zákona o ochraně veřejného zdraví. Stanovení těchto podmínek je typově obdobné vymezeným činnostem v § 69 odst. 1 písm. a) až h) tohoto zákona. Přirovnat je lze k opatřením podle § 69 odst. 1 písm. g) zákona o ochraně veřejného zdraví, kterými je možné uložit mimořádné očkování a preventivní podání jiných léčiv. Nejedná se o podmínky, které

by byly pro adresáty nerealizovatelné a které by jim fakticky znemožnily určité služby a činnosti konzumovat. Opatření sleduje legitimní cíl v podobě ochrany veřejného zdraví a předcházení šíření nákazy. Proočkovanost populace je nezbytná pro ochranný efekt očkování před závažným průběhem onemocnění. V současné době však není dostatečná. Proto odpůrce přistoupil k prokazování tzv. bezinfekčnosti a k omezení setkávání neočkovaných, kteří jsou z hlediska epidemie nejvíce zranitelní, a to na místech, kde se obvykle setkává větší počet lidí. Prokázat splnění podmínek podle čl. I bodu 15 mimořádného opatření pro využití služeb veřejné hromadné dopravy by bylo nepřiměřené. V obchodních centrech je zákazník povinen tyto podmínky prokázat v případě stravovacích služeb. Odpůrce má pravomoc k vydávání mimořádných opatření podle § 80 odst. 1 písm. g) zákona o ochraně veřejného zdraví jak za nouzového stavu, tak mimo něj (rozsudek NSS ze dne 26. 2. 2021, čj. 6 As 114/2020-63, č. 4184/2021 Sb. NSS).

[16] Riziko reinfekce je u očkovaných osob velmi nízké. Očkování vytváří v organismu očkované osoby nepříznivé podmínky pro replikaci viru. V případě, že se tato osoba nakazí, je nižší pravděpodobnost vzniku mutací, které jsou přenositelné na další osoby. Pokud se očkovaná osoba setká s nakaženým člověkem, je riziko nákazy několikanásobně nižší než u neočkovaných osob, které onemocnění neprodělaly. Současně je nižší pravděpodobnost závažného průběhu onemocnění a úmrtí. Dojde-li k nákaze očkované osoby, je tato osoba pravděpodobně méně infekční a je u ní zkrácena doba vylučování viru. Čísla hospitalizovaných očkovaných a neočkovaných osob nelze jednoduše porovnávat mezi sebou. Je nutné je přepočítat s ohledem na zastoupení očkovaných osob v konkrétní věkové kategorii. Odpůrce zohledňuje postinfekční imunitu. Proto také stanovil jako jednu z možných podmínek prokázání tzv. bezinfekčnosti prodělání nemoci do 180 dnů od prvního pozitivního testu. Nehraje roli, zda daná osoba má po prodělání onemocnění v krvi protilátky či nikoliv. Jedná se o určitou fikci bezinfekčnosti, ze které vychází i nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2021/953 ze dne 14. června 2021, o rámci pro vydávání, ověřování a uznávání interoperabilních certifikátů o očkování, o testu a o zotavení v souvislosti s onemocněním covid-19 (digitální certifikát EU COVID) za účelem usnadnění volného pohybu během pandemie covid-19. Postinfekční imunita má odlišnou povahu než imunita postvakcinační. U neočkovaných osob, které již nemoc prodělaly, byla 5,49krát vyšší pravděpodobnost, že budou hospitalizovány při další infekci než u očkovaných pacientů, kteří se nakazili poprvé. Očkovaným osobám je imunita vyvolána přesně definovaným množstvím imunizující látky, což vede k optimální imunitní odpovědi. Jedná se o bezpečnější cestu nabuzení imunity. Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 20. 10. 2021, čj. 8 Ao 22/2021-183, *uznávání protilátek III*, neshledal nezákonnost v rozlišování imunity očkovaných osob a osob po prodělání nemoci.

[17] Důkazní břemeno leží na navrhovatelce a je na ní, aby předložila podklady, které by měly dostatečnou odbornou úroveň, aby byly schopny vyvrátit podklady, z nichž vycházel odpůrce. Uzavírání celých oblastí společenského života by mělo za následek další významné celospolečenské dopady včetně významných ekonomických dopadů. Cílem opatření je snížit riziko přítomnosti infekční osoby a riziko šíření nákazy na další osoby. Testovaná osoba sice představuje významně menší riziko z pohledu, že přijde na akci infekční, avšak není dostatečně chráněna před infekcí v případě, že se bude vyskytovat v okolí infekční osoby (zejména pokud onemocnění dosud neprodělala). Nastavení

obdobných podmínek prokázání tzv. bezinfekčnosti pro výkon zaměstnání nebo pro prezenční studium na škole by bylo nepřiměřené. Žádat o náhradu újmy způsobené očkováním proti onemocnění covid-19 je možné na základě zákona č. 569/2020 Sb., o distribuci léčivých přípravků obsahujících očkovací látku pro očkování proti onemocnění COVID-19, o náhradě újmy způsobené očkovaným osobám těmito léčivými přípravky a o změně zákona č. 48/1997 Sb., o veřejném zdravotním pojištění a o změně a doplnění některých souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o distribuci očkovací látky proti onemocnění covid-19“). Povinnost kontrolovat splnění podmínek čl. I bodu 15 mimořádného opatření prostřednictvím aplikace „čTečka“ se týká provozovatelů. Zákazník může certifikát prokázat několika způsoby. Postačí předložit provozovateli QR kód (i v papírové podobě), který si aplikací „čTečka“ načte.

[18] Závěrem odpůrce navrhl, aby Nejvyšší správní soud návrh odmítl pro nedostatek aktivní procesní legitimace, nebo aby jej případně jako nedůvodný zamítl.

[19] Navrhovatelka v replice k vyjádření odpůrce uvedla, že zákaz v čl. I bodu 6 písm. c) mimořádného opatření je sice mířen na provozovatele ubytovacích služeb, ale je nerozlučně spojen s tím, že zákaz službu poskytnout znamená zároveň i zákaz pro zájemce tuto službu získat. Zákaz vstupu do restaurací a hotelů platil stejně před vydáním napadeného mimořádného opatření, tak i po jeho vydání. Návrh je proto přípustný. Odkaz odpůrce na usnesení sp. zn. 8 Ao 23/2021 není případný. Zmíněné rozhodnutí bylo vydáno v době, kdy neplatil zákaz vstupu pro neočkované. Odpůrce odkazem na § 69 odst. 1 písm. g) zákona o ochraně veřejného zdraví fakticky potvrdil, že se jedná o skryté nucení k očkování. Povinné očkování však odpůrce nemůže nařídit formou mimořádného opatření, které zakazuje stravovací a jiné služby. Odpůrce jej může nařídit vyhláškou, která musí respektovat zmocnění v § 46 odst. 1 zákona o ochraně veřejného zdraví. Ten umožňuje nařídit očkování k zamezení vzniku a šíření závažných infekčních onemocnění. Tomuto požadavku očkování proti onemocnění covid-19 neodpovídá, protože nedokáže zabránit šíření infekce. V týdnu od 17. 1. do 23. 1. 2022 bylo nově nakaženo 67 244 neočkovaných a 88 725 očkovaných, včetně očkovaných třetí dávkou. Tedy asi 43 % neočkovaných a 57 % očkovaných. Pokud v restauracích mohou být neočkovaní hygienici, mohou tam být i neočkovaní zákazníci. Odpůrce přehlíží skutečnost, že neočkování byli a jsou pravidelně testováni. Mají tedy doklad o bezinfekčnosti. Dne 26. 1. 2022 bylo na 1 milion lidí umístěno na JIP 21 neočkovaných na 15 očkovaných. V týdnu od 17. 1. do 23. 1. 2022 bylo na JIP nově přijato 81 neočkovaných a 100 očkovaných. Regulace vstupu do restaurací nepatří do působnosti Evropské unie. Odkaz odpůrce na unijní nařízení proto není případný. To totiž reguluje pouze pohyb mezi členskými státy. Smyslem opatření podle zákona o ochraně veřejného zdraví je zabránění šíření nemoci, nikoliv ochrana před těžkým průběhem nemoci u lidí proti jejich vůli.

IV. Posouzení Nejvyšším správním soudem

[20] Nejvyšší správní soud posoudil návrh a dospěl k závěru, že je z části důvodný.

IV.1 Aktivní procesní legitimace navrhovatelky

[21] Soud se nejprve zabýval tím, zda je navrhovatelka aktivně procesně legitimována k podání návrhu na zrušení napadených částí mimořádného opatření.

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

[23] Aktivní procesní legitimace představuje podmínku řízení, kterou musí obecně navrhovatel splňovat, aby byl oprávněn podat k soudu návrh na zrušení opatření obecné povahy. K jejímu splnění je zapotřebí, aby návrh obsahoval myslitelná a logicky konsekventní tvrzení o tom, že právní sféra navrhovatele (tj. jemu náležející subjektivní práva) byla napadeným opatřením obecné povahy dotčena. To, zda je dotčení podle povahy věci vůbec myslitelné, závisí na povaze a předmětu, obsahu a způsobu regulace prováděné konkrétním opatřením obecné povahy, napadeným návrhem na jeho zrušení (usnesení rozšířeného senátu NSS ze dne 21. 7. 2009, čj. 1 Ao 1/2009-120, č. 1910/2009 Sb. NSS, *územní plán Vysoká nad Labem*, bod 34; ve vztahu k mimořádným opatřením viz rozsudek NSS ze dne 14. 4. 2021, čj. 8 Ao 1/2021-133, č. 4187/2021 Sb. NSS, *povinnosti pozitivně testovaných*, bod 34). Zároveň je nutné, aby měla napadená regulace přímý a nezprostředkovaný vztah k právům navrhovatele. Soudy ve správním soudnictví jsou povolány k ochraně veřejných subjektivních práv fyzických a právnických osob (§ 2 s. ř. s.), přezkum tzv. *actio popularis* zákon nepřipouští. Proto nestačí, tvrdí-li navrhovatel, že je opatření obecné povahy nezákonné, aniž by současně tvrdil, že se tato nezákonnost dotýká jeho subjektivních práv (viz citované usnesení *územní plán Vysoká nad Labem*, především body 31, 36 a 41). Ve vztahu k mimořádným opatřením to především znamená, že nelze umožnit napadnout omezení adresovaná provozovatelům či organizátorům každému potenciálnímu účastníkovi (divákovi) nebo zákazníkovi. Mezi regulací činnosti organizátora (provozovatele) a právní sférou zákazníků nebo účastníků akcí či aktivit totiž přímý a nezprostředkovaný vztah bez dalšího neexistuje (viz např. rozsudek NSS ze dne 21. 5. 2021, čj. 8 Ao 7/2021-44, bod 25). Není-li podmínka aktivní procesní legitimace splněna, soud návrh usnesením odmítne podle § 46 odst. 1 písm. c) s. ř. s.

[24] Z návrhu vyplývá, že navrhovatelka dovozuje svou aktivní procesní legitimaci zejména z toho, že jako zdravá osoba, neočkovaná proti onemocnění covid-19, která současně nemá potvrzení o prodělání této nemoci, nemůže využívat provozovny stravovacích a ubytovacích služeb. Dne 28. 12. 2021 nebyla vpuštěna do restaurace. Ze stejného důvodu byla odmítnuta její objednávka víkendového pobytu na druhý lednový víkend. Přestože navrhovatelka ve vztahu k stravovacím službám tvrdí, že nemohla navštívit restauraci ještě před účinností nyní napadeného mimořádného opatření, je zjevné, že pravidlo zakotvené v čl. I bodu 3 písm. b) ve spojení s bodem 15 mimořádného opatření, jí ani nadále neumožňuje využívat stravovací služby, které jinak běžně využívá. Ve vztahu k čl. I bodu 6 písm. b) a d) mimořádného opatření pak navrhovatelka prokázala, že hotel odmítl její objednávku ubytování na druhý víkend v lednu 2022, byť k odmítnutí došlo za účinnosti předchozího mimořádného opatření, a tudíž že nemůže ubytovací službu využít. Navrhovatelka tak ve vztahu k čl. I bod 3 písm. b) a bodu 6 písm. b) a d) mimořádného opatření konsekventně a logicky tvrdí konkrétní dotčení na svých subjektivních právech, neboť jí není umožněno tyto služby využívat. Právní sféra

navrhovatelky mohla být těmito částmi mimořádného opatření dotčena. Nelze akceptovat námitku odpůrce, že v důsledku toho, že navrhovatelce byly služby odmítnuty za účinnosti předchozího opatření, není aktivně legitimována napadat stávající opatření, stanovící stejná či obdobná pravidla. Navrhovatelka logicky a konsekventně tvrdí, že tyto služby standardně využívá a vzhledem k tomu, že jde o služby běžně využívané nejširší veřejností, není žádný důvod, aby soud těmto tvrzením bez dalšího nevěřil. Stěžovatelka by v takové situaci ani nemusela konkrétní odmítnutí služeb dokládat.

[25] Pokud jde o čl. I bod 15 mimořádného opatření, navrhovatelka namítá, že mimořádné opatření neumožňuje prokázat tzv. bezinfekčnost prostřednictvím PCR testů, čímž je popřen princip rovnosti občanů před zákonem. Protože navrhovatelka tvrdí, že patří do skupiny osob, kterým mimořádné opatření nijak neumožňuje prokázat svoji tzv. bezinfekčnost, v důsledku čehož je vyloučena z využívání stravovacích a ubytovacích služeb, je k podání návrhu na zrušení tohoto bodu rovněž legitimována (srov. rozsudek NSS ze dne 30. 6. 2021, čj. 6 Ao 21/2021-23, *uznávání protilátek I,* bod 9, nebo ze dne 2. 9. 2021, čj. 9 Ao 13/2021-36, *uznávání protilátek II,* bod 9).

[26] Soud nicméně podotýká, že čl. I bod 3 písm. b) a bod 6 písm. c) a d) mimořádného opatření obsahuje také úpravu, která ukládá povinnosti provozovatelům daných služeb. Zákazník však bez dalšího nemůže napadnout povinnosti uložené provozovateli služeb, a to z důvodu neexistence přímého a bezprostředního vztahu mezi jeho právní sférou a těmito povinnostmi (viz bod [23] tohoto rozsudku).

[27] Pokud jde o čl. I bod 3 písm. b) mimořádného opatření, ten upravuje následující povinnosti. Zákazník má zakázáno vstoupit do vnitřních a vnějších prostor provozovny, pokud nesplňuje podmínky čl. I bodu 15 mimořádného opatření (s výjimkou dítěte do dovršení 12 let věku). Provozovatel je splnění těchto podmínek povinen kontrolovat u osob, které musí podmínky splňovat, a zákazník je povinen splnění podmínek provozovateli prokázat. Neprokáže-li je, je provozovateli zakázáno tuto osobu vpustit do provozovny nebo jí službu poskytnout. Z uvedeného tak vyplývá, že jednotlivá pravidla obsažená v čl. I bodu 3 písm. b) mimořádného opatření tvoří ve svém souhrnu ucelené pravidlo [nevstupovat – kontrolovat – prokázat – (případně) nevpustit nebo službu neposkytnout]. Povinnosti provozovatele pak tvoří část tohoto pravidla [kontrolovat – (případně) nevpustit nebo službu neposkytnout]. Pakliže by soud přezkoumal pouze pravidla týkající se zákazníků (prokázat), pak by osamocené povinnosti provozovatele postrádaly v dané části mimořádného opatření smysl (srov. rozsudek NSS ze dne 25. 10. 2021, čj. 9 Ao 20/2021-59, bod 23). A to jak z hlediska gramatického (po vypuštění by nebylo zřejmé, které osoby mají podmínky splňovat, a které tudíž mají být kontrolovány), tak i z hlediska systematiky daného ustanovení. Povinnosti provozovatele totiž jsou zjevně navázány na primární povinnosti zákazníka. Za této situace proto soud přezkoumal čl. I bod 3 písm. b) mimořádného opatření jako celek, a to v rozsahu uplatněném v návrhu. Uvedené závěry pak platí i pro čl. I bod 6 písm. d) mimořádného opatření, který rovněž zakotvuje pravidlo kontrolovat – prokázat – (případně) službu neposkytnout, a to ve vztahu k ubytovacím službám.

[28] Navrhovatelka tedy má z výše uvedených důvodů aktivní procesní legitimaci k napadení čl. I bodu 3 písm. b) a bodu 6 písm. d) mimořádného opatření jako celku,

přestože tato ustanovení upravují rovněž povinnosti provozovatelů stravovacích a ubytovacích služeb. K tomu nicméně soud podotýká, že důvodné mohou být jen ty námitky, které se týkají práv navrhovatelky.

[29] Jde-li o čl. I bod 6 písm. c) mimořádného opatření, ten ukládá povinnosti pouze provozovatelům ubytovacích služeb. V takovém případě však přímý a nezprostředkovaný vztah ve smyslu soudního řádu správního mezi těmito povinnostmi a právní sférou navrhovatelky neexistuje (srov. rozsudek sp. zn. 6 Ao 22/2021, bod 21). Ačkoliv si je soud vědom, že dopad do postavení navrhovatelky toto ustanovení má, jí samotné žádné přímé povinnosti ukládány nejsou. V důsledku toho jí tedy ani nemůže být uložena orgánem ochrany veřejného zdraví pokuta, i pokud by jí byla služba poskytnuta v rozporu s povinnostmi uloženými provozovateli. Přímý a nezprostředkovaný vztah by mohl být dán jen tehdy, pokud by šlo o výslovně zakázaná diskriminační kritéria. Tedy pokud by výkon povinností uložených provozovateli vedl k porušení zakázaných kritérií diskriminace podle čl. 3 odst. 1 Listiny základních práv a svobod (dále jen „Listina"), případně vymezených v zákoně č. 198/2009 Sb., o rovném zacházení a o právních prostředcích ochrany před diskriminací a o změně některých zákonů (antidiskriminační zákon). Zajištění rovného zacházení s ohledem na výslovně zakázaná kritéria (pohlaví, rasa, barva pleti, jazyk, víra a náboženství, politické či jiné smýšlení, národní nebo sociální původu, příslušnost k národnostní nebo etnické menšině, majetek, rod nebo jiné obdobné postavení) totiž musí být zajištěno nezávisle na jiném právu, neboť jde o základní právo samo o sobě, které tak musí být v souladu s čl. 36 odst. 2 Listiny pod ochranou soudní moci. Jednalo by se tak například o situaci, pokud by bylo mimořádným opatřením uloženo provozovatelům, aby službu neposkytli příslušníkům určitého pohlaví, rasy nebo národnosti. Výkon dané povinnosti provozovatelem by v takovém případě přímo zasahoval do právní sféry diskriminovaného zákazníka. Soud si je vědom, že čl. 3 odst. 1 Listiny hovoří i o jiném obdobném postavení a tudíž, že výčet tam uvedený není taxativní. Nicméně musí jít o postavení srovnatelné. Ústavní soud k tomu v nálezu ze dne 12. 7. 2016, sp. zn. Pl. ÚS 18/15, bod 108, uvedl: „*Pojem "jiné postavení" pak má zahrnovat pouze kritéria obdobná či blízká kritériím výslovně v daných ustanoveních zmíněným, nikoli jakoukoli myslitelnou situaci. Mělo by tak jít o důvody spočívající na osobní volbě jednotlivce odrážející jeho osobnostní rysy, jako jsou např. víra, náboženství či politické názory, nebo důvody spočívající na osobních vlastnostech, či osobní charakteristice, kterou si jednotlivec nemůžeme zvolit, jako jsou např. pohlaví, rasa, barva pleti, národní nebo sociální původ, rod, věk či zdravotní postižení.*"

[30] Čl. I bod 6 písm. c) mimořádného opatření zakazuje poskytovatelům ubytovacích služeb tuto službu poskytnout osobě, která nesplňuje podmínky čl. I bodu 15 mimořádného opatření (v podrobnostech viz bod [2] tohoto rozsudku) s výjimkou dítěte do dovršení 12 let věku. Tyto podmínky nejsou založeny na zakázaných kritériích výslovně uvedených v čl. 3 odst. 1 Listiny. Současně tyto podmínky pro vstup osob do některých vnitřních a venkovních prostor nebo pro účast na hromadných akcích nebo jiných činnostech podle čl. I bodu 15 mimořádného opatření podle soudu nezakládají samy o sobě ani jiné obdobné postavení osob ve smyslu čl. 3 odst. 1 Listiny. Dobrovolné očkování nebo prodělání onemocnění totiž nepředstavují trvalý znak, vlastnost nebo osobností rys jednotlivce, který by bylo možné bez dalšího připodobnit ke kritériím v tomto článku výslovně uvedeným.

[31] Navrhovatelka nicméně namítá porušení obecné rovnosti (čl. 1 Listiny), tedy nedůvodné rozlišování v přístupu k určitým právům. Tvrzené porušení této obecné rovnosti však aktivní procesní legitimaci k napadení povinností provozovatele nezakládá. Tato rovnost se totiž musí vztahovat k určitému dalšímu právu či povinnosti. Obecné veřejné subjektivní právo stěžovatelky na využívání stravovacích a ubytovacích služeb však neexistuje.

[32] Z výše uvedeného tak plyne, že navrhovatelka má aktivní procesní legitimaci k napadení čl. I bodu 3 písm. b) mimo věty *„zakazuje zákazníkovi vstoupit do vnitřních a vnějších prostor provozovny, pokud vykazuje klinické příznaky onemocnění covid-19*“, neboť ji návrhem nenapadá, bodu 6 písm. b) a d) a čl. I bodu 15 mimořádného opatření. V části týkající se čl. I bodu 6 písm. c) mimořádného opatření je namístě návrh odmítnout jako podaný osobou zjevně neoprávněnou v souladu s § 46 odst. 1 písm. c) s. ř. s.

IV.2 K namítané nepřezkoumatelnosti mimořádného opatření

[33] Podle § 101d odst. 1 s. ř. s., ve znění od 1. 1. 2012, platí, že *při rozhodování* (o návrhu na zrušení opatření obecné povahy – pozn. NSS) *je soud vázán rozsahem a důvody návrhu.* Vedle námitek uplatněných v návrhu se soud musí z úřední povinnosti zabývat případným nedostatkem pravomoci odpůrce vydat opatření obecné povahy nebo překročením jeho působnosti (usnesení rozšířeného senátu NSS ze dne 16. 11. 2010, čj. 1 Ao 2/2010-116, č. 2215/2011 Sb. NSS, *územní plán Moravany*, bod 28). Soud neshledal, že by napadené mimořádné opatření takovými vadami nad rámec návrhových bodů trpělo. Soud ho proto přezkoumal pouze z důvodů uvedených v návrhových bodech (viz níže).

[34] Soud se nejprve zabýval namítanou nepřezkoumatelností mimořádného opatření. Nezná-li totiž soud důvody, které odpůrce vedly k přijetí konkrétního mimořádného opatření, je vyloučeno, aby se mohl věcně zabývat jeho zákonností a případně jeho přiměřeností. Takové opatření obecné povahy je pak nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů (k požadavku na odůvodnění mimořádných opatření viz body 88 – 102 rozsudku *povinnosti pozitivně testovaných*). Přezkoumatelností mimořádného opaření se soud podrobněji zabývá jen u těch napadených částí mimořádného opatření, u kterých tuto námitku navrhovatel uplatnil v konkrétnější podobě, anebo tam, kde nepřezkoumatelnost mimořádného opatření brání jeho posouzení v rozsahu uplatněného návrhového bodu (srov. rozsudek NSS ze dne 29. 6. 2021, čj. 8 Ao 7/2021-44, bod 33).

[35] Navrhovatelka předně namítá, že je napadené mimořádné opatření nepřezkoumatelné ve vztahu k otázce, proč odpůrce přistupuje rozdílně k očkovaným a neočkovaným osobám. Soud podotýká, že tato námitka je vznesena ve značně obecné rovině. Není totiž zřejmé, zda navrhovatelka má na mysli neočkované osoby, které prodělaly laboratorně potvrzené onemocnění covid-19 s tím, že od prvního pozitivního testu neuplynulo více než 180 dní, nebo neočkované osoby, u kterých od prvního pozitivního testu uplynulo více než 180 dní, nebo neočkované osoby, které onemocnění vůbec neprodělaly. Není úkolem soudu za navrhovatelku tuto argumentaci domýšlet.

[36] Soud proto s ohledem na takto obecně vznesenou námitku konstatuje, že z odůvodnění mimořádného opatření jednoznačně vyplývá, jak odpůrce přistupuje k jednotlivým skupinám osob (očkovaným, s prodělanou nemocí do 180 dní a neočkovaným bez laboratorně potvrzeného onemocnění, mezi které pak řadí i ty, kteří onemocnění prodělali, ale více jak před 180 dny) a z jakých důvodů favorizuje ve vztahu k podmínkám pro vstup do některých vnitřních a venkovních prostor nebo pro účast na hromadných akcích nebo jiných činnostech (čl. I bod 15 mimořádného opatření) očkované osoby a osoby s laboratorně potvrzeným onemocněním covid-19 do 180 dní, a to před neočkovanými osobami, které podmínku prodělání nemoci v posledních 180 dnech nesplňují. Soud odkazuje v tomto směru např. na stranu 16 a 17 mimořádného opatření, kde odpůrce uvedl, že „[v] *nejvyšším riziku jsou přitom osoby neočkované a ty, jenž neprodělaly onemocnění covid-19 v poslední době, u těchto osob je vzhledem k chybějící imunitě nejvyšší pravděpodobnost nákazy, a také vysoké virové nálože (osoby očkované se mohou sice rovněž nakazit, ale nehrozí u většiny z nich těžký průběh onemocnění, navíc sami virus přenesou s malou pravděpodobností, neboť je virus do značné míry inhibován časnou imunitní reakcí – protilátkami nakaženého)* […] *Proto ministerstvo zachovává dosavadní omezení způsobu prokazování tzv. bezinfekčnosti (osoby očkované a po prodělání nemoci), protože, jak je popsáno níže, v současné epidemické situaci při dané vysoké virové náloži je kontakt s infekční osobou stále velmi pravděpodobný, a tak dopad tohoto kontaktu v případě osoby očkované nebo osoby po prodělání nemoci do zdravotního systému je výrazně nižší než u neočkované osoby. Proto bylo přistoupeno k tomuto omezení, i z toho důvodu, že ekonomické a společenské dopady tohoto opatření na celou populaci jsou mnohem nižší než uzavření daných provozoven nebo znemožnění poskytování daných služeb.*“

[37] Navrhovatelka dále k nepřezkoumatelnosti mimořádného opatření namítá, že v jeho odůvodnění není uvedeno, proč je tzv. bezinfekčnost z očkování uznána na neomezenou dobu, přestože je imunita získaná proděláním onemocnění omezena na 180 dní, a že v něm chybí odůvodnění povinnosti prokazovat splnění podmínek prostřednictvím mobilní aplikace „čTečka“.

[38] Soud k těmto námitkám uvádí, že navrhovatelka nedoložila prostřednictvím výsledku PCR testu, že by onemocnění covid-19 prodělala. Současně není dle svého tvrzení očkována. Toliko soudu doložila, že jí byly 30. 7. 2021 naměřeny protilátky proti tomuto onemocnění. To podle navrhovatelky znamená, že nemoc prodělala. Jak nicméně vyplývá z rozsudku *uznávání protilátek III*, část VI. 3, nelze srovnávat postavení osob, u nichž jsou „pouze“ prokázány protilátky proti viru SARS-CoV-2, s osobami, které nemoc prodělaly, či s osobami očkovanými. Soud v této souvislosti uvedl, že „*NSS především akceptoval náhled odpůrce, podle něhož imunitu proti onemocnění covid-19 nelze ztotožňovat s laboratorně naměřenými protilátkami proti uvedené nemoci, neboť imunita je komplexní reakcí organismu. Na tom, kdy již naměřené protilátky představují dostatečnou imunitu, není vědecká shoda a zároveň je měření protilátek problematické i z dalších důvodů. Mezi ně patří* […] *mimo jiné nestandardizované postupy pro jejich měření, možná falešná pozitivita v návaznosti na nákazu jiným koronavirem (například běžné nachlazení) nebo to, že protilátky značí akutně probíhající infekci. Soud má v této souvislosti za to, že tento závěr odpůrce (jež má oporu i v samotném odůvodnění napadeného mimořádného opatření), není* […] ‚svévolný či nesmyslný‘ *a lze pro něj najít oporu v podkladech, na nichž odpůrce založil odůvodnění napadeného mimořádného opatření či je předložil v řízení před soudem. Odpůrcem zvolené*

řešení je tedy opřeno i o vědecké poznatky“ (bod 51 rozsudku *uznávání protilátek III*). Z těchto předpokladů vychází i odpůrce v odůvodnění nyní napadeného mimořádného opatření (viz strana 37 – 40). Navrhovatelka tyto předpoklady odpůrce, akceptované v citovaném rozsudku, nijak nesporuje. Za této situace soud nemůže vycházet z toho, že navrhovatelka onemocnění covid-19 prokazatelně prodělala, jestliže soudu nedoložila prodělání onemocnění prostřednictvím potvrzení o absolvování PCR testu (srov. bod 48 rozsudku *uznávání protilátek III* a usnesení NSS ze dne 12. 11. 2021, čj. 8 Ao 27/2021-72, bod 19). Pozitivní výsledek na protilátky zejména s ohledem na možnou falešnou pozitivitu způsobenou detekcí jiných koronavirů než je SARS-CoV-2 (např. způsobujících běžné nachlazení) prodělání onemocnění covid-19 jednoznačně neprokazuje.

[39] Jestliže však navrhovatelka není v postavení osoby, která onemocnění covid-19 prokazatelně prodělala, pak se nijak nedotýká její právní sféry to, že je tzv. bezinfekčnost z očkování mimořádným opatřením uznána na neomezenou dobu, kdežto z prodělané nemoci pouze na 180 dní. Případný nedostatek odůvodnění mimořádného opatření by proto navrhovatelku na jejích právech zkrátit nemohl. Soud se proto touto námitkou pro nadbytečnost nezabýval.

[40] Pokud jde o povinnost kontrolovat splnění podmínek podle čl. I bodu 15 mimořádného opatření prostřednictvím mobilní aplikaci „čTečka“, ta se týká pouze provozovatelů zařízení, poskytovatelů služeb nebo organizátorů akcí. Návštěvníci, zákazníci nebo účastníci prokazují splnění těchto podmínek prostřednictvím příslušného certifikátu. Ten může mít papírovou nebo elektronickou podobu, nebo může být nahrán v mobilní aplikaci „Tečka“. Protože se tato povinnost týká provozovatelů stravovacích a ubytovacích služeb, soud se namítaným nedostatkem odůvodnění povinnosti používat aplikaci „čTečka“ nezabýval (viz bod [28] tohoto rozsudku).

[41] Napadené mimořádné opatření obsahuje aktuální analýzu epidemické situace, vyhodnocení konkrétní míry rizika a v určité míře i posouzení přiměřenosti zásahu do práv a oprávněných zájmů osob (§ 3 odst. 2 pandemického zákona), přičemž míru tohoto odůvodnění navrhovatelka konkrétně nesporovala. Soud současně neshledal jiné nedostatky odůvodnění mimořádného opatření, které by mu bránily jeho posouzení v rozsahu uplatněných návrhových bodů.

IV.3 Nezákonnost napadených částí čl. I bodu 3 písm. b) a bodu 6 písm. b) a d) mimořádného opatření

[42] Soud přistoupil k posouzení zákonnosti napadených částí čl. I bodu 3 písm. b) a bodu 6 písm. b) a d) mimořádného opatření, neboť navrhovatelka namítá, že odpůrce nemohl omezit stravovací a ubytovací služby podle § 69 odst. 1 písm. i) zákona o ochraně veřejného zdraví a podle pandemického zákona.

[43] Podle § 2 odst. 2 písm. b) pandemického zákona platí, že *mimořádným opatřením podle odstavce 1 je omezení činnosti obchodní nebo výrobní provozovny nebo provozu obchodního centra nebo stanovení podmínek pro jejich provoz.*

[44] Podle § 2 odst. 2 písm. i) pandemického zákona platí, že *mimořádným opatřením podle odstavce 1 je příkaz používat ochranné, mycí, čisticí nebo dezinfekční prostředky a další protiepidemická opatření.*

[45] Podle § 69 odst. 1 písm. b) zákona o ochraně veřejného zdraví platí, že *mimořádnými opatřeními při epidemii nebo nebezpečí jejího vzniku jsou zákaz nebo omezení styku skupin fyzických osob podezřelých z nákazy s ostatními fyzickými osobami, zejména omezení cestování z některých oblastí a omezení dopravy mezi některými oblastmi, zákaz nebo omezení slavností, divadelních a filmových představení, sportovních a jiných shromáždění a trhů, uzavření zdravotnických zařízení jednodenní nebo lůžkové péče, zařízení sociálních služeb, škol, školských zařízení, zotavovacích akcí, jakož i ubytovacích podniků a provozoven stravovacích služeb nebo omezení jejich provozu.*

[46] Podle § 69 odst. 1 písm. i) zákona o ochraně veřejného zdraví dále platí, že *mimořádnými opatřeními při epidemii nebo nebezpečí jejího vzniku jsou zákaz nebo nařízení další určité činnosti k likvidaci epidemie nebo nebezpečí jejího vzniku.*

[47] Nejvyšší správní soud se regulací služeb prostřednictvím pandemického zákona zabýval již v rozsudku sp. zn. 6 Ao 22/2021, na který navrhovatelka případně odkázala. Dospěl v něm k závěru, že provozovny, v nichž jsou poskytovány služby (např. restaurace nebo hotely), nespadají mezi obchodní nebo výrobní provozovny ve smyslu § 2 odst. 2 písm. b) pandemického zákona. Omezit činnost provozoven stravovacích a ubytovacích služeb mimořádným opatřením, pokud nevyplývá konkrétní další možnost z pandemického zákona (například ohledně desinfekčních prostředků a obdobných opatření), je proto možné pouze podle § 69 odst. 1 písm. b) zákona o ochraně veřejného zdraví, a to tehdy, je-li cílem opatření zákaz nebo omezení styku skupin fyzických osob podezřelých z nákazy ve smyslu § 2 odst. 7 písm. a) citovaného zákona. Nelze však předpokládat, že osobou podezřelou z nákazy je bez dalšího každý.

[48] Tyto závěry posléze potvrdil rozšířený senát Nejvyššího správního soudu, který v usnesení RS *k omezení osob podezřelých z nákazy* uzavřel, že „[m]*imořádné opatření při epidemii nebo nebezpečí jejího vzniku podle § 69 odst. 1 písm. b) zákona č. 258/2000 Sb., o ochraně veřejného zdraví, lze vydat pouze tehdy, je-li jeho cílem zákaz nebo omezení styku skupin fyzických osob podezřelých z nákazy s ostatními osobami [§ 2 odst. 7 písm. a) citovaného zákona]. Není-li ohniskem nákazy celá Česká republika, nelze bez dalšího předpokládat, že osobou podezřelou z nákazy je každý. Správní orgán může podle § 69 odst. 1 písm. i) zákona č. 258/2000 Sb., o ochraně veřejného zdraví, zakázat nebo nařídit jen takové „další určité“ činnosti, které jsou typově obdobné konkrétnějšímu vymezení činností uvedených v předchozích položkách výčtu mimořádných opatření. Prostřednictvím § 69 odst. 1 písm. i) zákona o ochraně veřejného zdraví nelze obcházet podmínku stanovenou v § 69 odst. 1 písm. b) téhož zákona, dle níž tam uvedené zákazy, omezení či uzavření musí směřovat k omezení styku osob podezřelých z nákazy s osobami ostatními.“*

[49] Mimořádným opatřením podle § 2 odst. 2 písm. i) pandemického zákona pak lze nařídit pouze taková další protiepidemická opatření, která jsou typově obdobná opatřením (příkazům) v tomto ustanovení uvedeným. Taková opatření tedy především mají mít z hlediska bránění dalšímu šíření onemocnění preventivní povahu, nevyžadují odborně

či technicky náročnější aktivitu provozovatele, ekonomicky jej výrazněji nezatěžují, přičemž svojí intenzitou ani nijak významně neomezují obvyklou podobu regulovaného provozu (rozsudek NSS ze dne 22. 12. 2021, čj. 8 Ao 28/2021-83, bod 24 a 28).

[50] Napadené mimořádné opatření se odkazuje na to, že omezuje provoz stravovacích a ubytovacích služeb a stanovuje podmínky jejich provozu podle § 69 odst. 1 písm. i) zákona o ochraně veřejného zdraví a podle § 2 odst. 2 písm. i) pandemického zákona. Podle čl. I bodu 3 písm. b) mimořádného opatření je zakázáno zákazníkovi vstoupit do vnitřních a vnějších prostor provozovny stravovacích služeb, pokud vykazuje klinické příznaky onemocnění covid-19 (tuto povinnost navrhovatelka návrhem nenapadá) nebo, s výjimkou dítěte do dovršení 12 let věku, nesplňuje podmínky stanovené v bodu 15 (blíže rozvedené v bodě [2] tohoto rozsudku). Splnění těchto podmínek je zákazník povinen provozovateli prokázat. To neplatí, koupí-li si jídlo s sebou. Zákazníkovi je však zakázáno takto zakoupené jídlo konzumovat ve vnitřních i vnějších prostorech provozovny. Podle čl. I bodu 6 písm. b) odrážky ii) mimořádného opatření pak je zakázáno zákazníkovi využívat ubytovací služby, pokud nesplňuje podmínky stanovené v bodu 15, s výjimkou dítěte do dovršení 12 let věku. Podle písm. d) téhož ustanovení je zákazník povinen splnění těchto podmínek poskytovateli ubytovacích služeb prokázat. Osoba, která tyto podmínky splňuje, může být ubytována nejdéle na 7 dní, přičemž pro prodloužení pobytu musí splnění podmínek opětovně prokázat.

[51] Cílem výše uvedených opatření je, aby stravovací a ubytovací služby mohly využívat pouze osoby, které jsou schopny prokázat svoji tzv. bezinfekčnost podle čl. I bodu 15 mimořádného opatření. Z odůvodnění mimořádného opatření současně vyplývá, že jeho cílem je okamžité snížení kontaktů v populaci, aby se zabránilo vysokému nárůstu nově nakažených variantou omikron ve spojení s probíhajícím přenosem varianty delta a aby byla zátěž zdravotnického systému zvladatelná. Omezení se proto týká situací a míst, kde je míra rizika přenosu viru objektivně vyšší (např. restaurace a hotely). Osoby neočkované a osoby, které neprodělaly onemocnění v poslední době, jsou pro dosažení tohoto cíle nejvíce rizikové, protože pro chybějící imunitu se mohou snadněji nakazit a mít závažnější průběh a současně mohou nakazit větší počet osob (virus totiž není utlumen včasnou imunitní reakcí). Zavedená plošná protiepidemická opatření proto zejména spočívají v omezení setkávání těchto z hlediska epidemie nejvíce zranitelných osob, přičemž mají do značné míry preventivní charakter, neboť mají zabránit přehlcení zdravotnického systému.

[52] Navrhovatelka návrhem napadá povinnosti, které jsou mimořádným opatřením uloženy zákazníkům stravovacích a ubytovacích služeb. Soud se proto nejprve obecně zabýval tím, zda pandemický zákon nebo zákon o ochraně veřejného zdraví umožňuje stanovit povinnosti, které nedopadají na provozovatele služeb, nýbrž na jejich zákazníky.

[53] Podle § 2 odst. 1 pandemického zákona odpůrce může *za účelem likvidace epidemie COVID-19 nebo nebezpečí jejího opětovného vzniku nařídit mimořádné opatření, kterým přikáže určitou činnost přispívající k naplnění uvedeného účelu, nebo zakáže nebo omezí určité činnosti nebo služby, jejichž výkonem by mohlo být šířeno onemocnění COVID-19, anebo stanoví podmínky provádění takových činností nebo poskytování takových služeb*.

[54] Mimořádným opatřením mohou být určité služby (vyjmenované v odst. 2 tohoto ustanovení – např. holičství nebo koupaliště) omezeny a mohou být stanoveny podmínky jejich poskytování. Současně mohou být přikázány určité činnosti. Pandemický zákon zpravidla nerozlišuje, komu jsou omezení, zákazy, příkazy nebo podmínky poskytování služeb adresovány [výjimku představuje § 2 odst. 2 písm. g) a j) pandemického zákona]. Vychází tedy z toho, že se pravidla stanovená mimořádným opatřením mají primárně vztahovat ke službě jako takové, a to tak, aby jejich účelem byla likvidace epidemie covid-19 nebo nebezpečí jejího opětovného vzniku. Povinnosti proto mohou být pandemickým zákonem uloženy jak provozovatelům služeb (např. podmínky pro poskytnutí služby), tak i jejich zákazníkům (např. prokázání tzv. bezinfekčnosti před využitím služby). Pouze tak může být dosaženo zamýšleného cíle v podobě bezpečného provozování a využívání regulované služby. Bylo-li by možné uložit povinnosti pouze jejich provozovatelům, žádoucího efektu by nemuselo být dosaženo. Byť by se provozovatel snažil stanovené povinnosti dodržovat, nemuselo by to být bez jejich respektování ze strany zákazníků vůbec možné. Například by sice mohl vyzvat zákazníka, aby dodržoval určitý odstup od ostatních zákazníků, ale ten by neměl žádnou povinnost takovou výzvu uposlechnout. Zákazníci, kteří by nebyli ochotni se takovým pravidlům podřídit dobrovolně, by nebyli postižitelní. To by bylo zjevně v rozporu s účelem, pro který mohou být mimořádná opatření podle pandemického zákona nařízena.

[55] Pokud jde o zákon o ochraně veřejného zdraví, ten výslovně v § 69 odst. 1 písm. b) umožňuje zakázat nebo omezit styk skupin fyzických osob podezřelých z nákazy s ostatními fyzickými osobami. Takové opatření se proto může vztahovat i na zákazníky např. stravovací nebo ubytovací služby, kteří jsou podezřelí z nákazy. Šlo-li by o jiný druh povinností, podle § 64 písm. d) tohoto zákona je fyzická osoba, která onemocněla infekčním onemocněním nebo je podezřelá z nákazy, povinna *zdržet se činnosti, která by mohla vést k dalšímu šíření infekčního onemocnění, a je-li běžnou součástí života, vykonávat ji tak, aby se riziko šíření snížilo.* O konkrétním druhu a způsobu provedení protiepidemických opatření rozhodne podle § 67 téhož zákona vůči konkrétním osobám buď orgán ochrany veřejného zdraví, nebo poskytovatel zdravotních služeb. Zákon o ochraně veřejného zdraví tak výslovně umožňuje stanovit povinnosti určité osobě individuálním aktem. Umožňuje-li zákon uložit takové povinnosti konkrétní osobě, pak v případě epidemie lze uložit stejné povinnosti osobám podezřelým z nákazy (srov. usnesení RS *k omezení osob podezřelých z nákazy*, bod 53) na základě § 69 odst. 1 písm. i) zákona o ochraně veřejného zdraví. Takové povinnosti však musí být svou závažností srovnatelné s konkrétně vymezenými oprávněními v § 69 odst. 1 tohoto zákona (srov. rozsudek *povinnosti pozitivně testovaných*, bod 83).

[56] Jelikož soud dospěl k závěru, že lze obecně na základě pandemického zákona a zákona o ochraně veřejného zdraví uložit povinnosti zákazníkům, zabýval se dále tím, zda odpůrce mohl napadeným mimořádným opatřením stanovit povinnosti týkající se zákazníků ubytovacích a stravovacích služeb v čl. I bodu 3 písm. b) a bodu 6 písm. b) a d) mimořádného opatření na základě § 69 odst. 1 písm. i) zákona o ochraně veřejného zdraví a § 2 odst. 2 písm. i) pandemického zákona.

[57] Soud v této souvislosti podotýká, že z čl. I bodu 3 a bodu 6 mimořádného opatření nevyplývá, zda jednotlivá opatření týkající se stravovacích a ubytovacích služeb byla

konkrétně stanovena na základě § 69 odst. 1 písm. i) zákona o ochraně veřejného zdraví nebo § 2 odst. 2 písm. i) pandemického zákona. Odpůrce v návětí těchto bodů pouze na zmíněná ustanovení odkazuje, aniž by je přiřadil k jednotlivým ukládaným opatřením. Ve vyjádření k návrhu posléze odpůrce upřesnil, že čl. I bodu 15 mimořádného opatření byl stanoven podle § 69 odst. 1 písm. i) zákona o ochraně veřejného zdraví. To nicméně nevysvětluje, na základě jakého ustanovení byly uloženy povinnosti zákazníkům stravovacích služeb podle čl. I bodu 3 písm. b) a ubytovacích služeb podle čl. I. bodu 6 písm. b) a d) mimořádného opatření. Soud proto s ohledem na námitky navrhovatelky přezkoumal, zda odpůrce mohl vydat napadené části mimořádného opatření jak podle pandemického zákona, tak podle zákona o ochraně veřejného zdraví.

[58] Odpůrce se při přijímání uvedených opatření jednak odkázal na § 2 odst. 2 písm. i) pandemického zákona. Podle něj platí, že mimořádným opatřením za účelem likvidace epidemie covid-19 nebo nebezpečí jejího opětovného vzniku *je příkaz používat ochranné, mycí, čisticí nebo dezinfekční prostředky a další protiepidemická opatření*. K tomu soud již v rozsudku sp. zn. 8 Ao 28/2021 v bodě 23 uvedl, že i zde platí pravidlo *eiusdem generis (*stejného druhu*)*, tedy že musí jít o opatření obdobná těm výslovně uvedeným. Míra obdoby se posuzuje jak z hlediska podobnosti regulovaných činností, tak i z hlediska podobnosti účelu úpravy a především intenzity zásahu do práv adresátů (srov. bod 144 rozsudku sp. zn. 6 As 114/2020, rozsudek ze dne 6. 5. 2021, čj. 5 Ao 1/2021-65, č. 4204/2021 Sb. NSS, *testování ve školách*, bod 27 a 28, a bod 24 rozsudku sp. zn. 8 Ao 28/2021). Opatření podle § 2 odst. 2 písm. i) pandemického zákona slouží k nařízení technických pravidel (tzv. bariérová opatření dle důvodové zprávy k pandemickému zákonu), za kterých lze bezpečně provozovat určité služby nebo činnosti. Opatření přijatá odpůrcem v čl. I bodu 3 písm. b) a bodu 6 písm. b) a d) však nepředstavují pouze určitá technická pravidla, za kterých lze stravovací a ubytovací služby bezpečně provozovat. Navíc zejména důsledky těchto pravidel jsou zcela odlišné. Opatřením podle § 2 odst. 2 písm. i) pandemického zákona lze ve vztahu k zákazníkům nařídit určité technické zákazy a příkazy typu čistit a desinfikovat si ruce nebo dodržovat stanovené rozestupy tak, aby styk osob na rizikových místech nebo výkon rizikových činností byl bezpečnější. Povinnosti stanovené v čl. I bodu 3 písm. b) a bodu 6 písm. b) a d) mimořádného opatření však zákazníky z možnosti využívat stravovací a ubytovací služby při nesplnění podmínky tzv. bezinfekčnosti podle čl. I bodu 15 mimořádného opatření zcela vylučují. Intenzita zásahu do práv adresátů (zákazníků) je proto naprosto nepoměrně výraznější, než v případě opatření výslovně uvedených v § 2 odst. 2 písm. i) pandemického zákona. Je samozřejmě rozdíl v tom, zda zákazník musí při využívání určité služby dodržovat určitá technická pravidla (např. dodržovat stanovené rozestupy), nebo zda při nesplnění podmínky tzv. bezinfekčnosti nemůže služby využívat vůbec (srov. bod 30 rozsudku sp. zn. 8 Ao 28/2021). Zákonné zmocnění k vydání opatření uvedených v čl. I bodu 3 písm. b) a bodu 6 písm. b) a d) mimořádného opatření proto v § 2 odst. 2 písm. i) pandemického zákona shledávat nelze.

[59] Odpůrce opatření týkající se provozování stravovacích a ubytovacích služeb opřel rovněž o § 69 odst. 1 písm. i) zákona o ochraně veřejného zdraví, jak vyplývá z čl. I bodu 3 a 6 mimořádného opatření.

[60] Zákon o ochraně veřejného zdraví předpokládá, že k uzavření ubytovacích podniků a provozoven stravovacích služeb nebo k omezení jejich provozu může dojít mimořádným opatřením podle § 69 odst. 1 písm. b) tohoto zákona, a to pouze tehdy, je-li cílem opatření zákaz nebo omezení styku skupin fyzických osob podezřelých z nákazy. Odpůrce však přistoupil k regulaci těchto služeb podle § 69 odst. 1 písm. i) zákona o ochraně veřejného zdraví, podle kterého lze *„zakázat nebo nařídit jen takové „další určité“ činnosti, které jsou typově obdobné konkrétnějšímu vymezení činností uvedených v předchozích položkách výčtu mimořádných opatření“* (bod 53 usnesení RS *k omezení osob podezřelých z nákazy*). Podle jeho tvrzení totiž mimořádným opatřením neomezil stravovací a ubytovací služby, nýbrž pouze stanovil podmínky pro vstup osob do některých prostor. To připodobňuje opatřením podle § 69 odst. 1 písm. g) tohoto zákona umožňujícím nařídit *mimořádné očkování a preventivní podání jiných léčiv (profylaxe)*.

[61] Nejvyšší správní soud předně podotýká, že pravidla stanovená v čl. I bodu 3 písm. b) a bodu 6 písm. b) a d) ve spojení s čl. I. bodem 15 mimořádného opatření ve svém důsledku omezují stravovací a ubytovací služby. Přestože je provozovatelům obecně umožněno služby poskytovat a nejsou např. ve vztahu k stravovacím službám omezeni pouze na režim tzv. výdejových okének, neumožňují tato pravidla službu poskytnout osobám, které podmínky stanovené mimořádným opatřením nesplňují. Množina zákazníků, kterým by za normálního běhu věcí mohli službu poskytnout, je proto v důsledku mimořádného opatření významně zúžena. I to představuje omezení těchto služeb. Mohou totiž v důsledku těchto pravidel přijít o nikoliv nevýznamnou část zákazníků. Současně osoby nesplňující podmínky čl. I bodu 15 mimořádného opatření nemohou službu využít z důvodu, aby se při její konzumaci nenakazily onemocněním covid-19 (viz bod [51] tohoto rozsudku). I to představuje omezení stravovacích a ubytovacích služeb, avšak z pohledu zákazníků (viz bod [55] tohoto rozsudku). Svým obsahem se tak jedná o opatření podle § 69 odst. 1 písm. b) zákona o ochraně veřejného zdraví, který omezení těchto služeb předpokládá. Důvod, proč namísto toho odpůrce odkazuje na § 69 odst. 1 písm. i) zákona o ochraně veřejného zdraví, může zřejmě spočívat v tom, že si je odpůrce vědom toho, že v případě neexistence ohniska na území celé České republiky nelze plošně tyto služby podle § 69 odst. 1 písm. b) tohoto zákona omezit. Nicméně pokud jde obsahově o opatření podřaditelné pod písm. b) daného ustanovení nebo i pokud by šlo o opatření jiné podle písm. i), které by bylo použitelné jen s poukazem na podobnost s opatřením podle písm. b), pak musí být splněn požadavek, aby zákazy, omezení či uzavření směřovaly k omezení styku osob podezřelých z nákazy s osobami ostatními (srov. bod 53 usnesení RS *k omezení osob podezřelých z nákazy*).

[62] Soud pro úplnost dodává, že se nezabýval tím, zda tato pravidla jsou stanovením podmínek provozu ubytovacích a stravovacích služeb nebo omezením těchto služeb (srov. bod 59 rozsudku sp. zn. 6 Ao 11/2021). Zákon o ochraně veřejného zdraví totiž na rozdíl od pandemického zákona (viz jeho § 2 odst. 2) nerozlišuje mezi omezením služeb a stanovením podmínek jejich provozu. Umožňuje pouze tyto služby uzavřít nebo omezit jejich provoz [§ 69 odst. 1 písm. b) zákona o ochraně veřejného zdraví]. Pravidla určující, které skupiny osob mohou tyto služby využívat, pak nepochybně spadají do širšího pojmu „omezení jejich provozu“.

[63] Soud nesouhlasí s odpůrcem ani v tom, že by omezení stravovacích a ubytovacích služeb skrze podmínky stanovené v čl. I bodu 15 mimořádného opatření bylo možné připodobnit § 69 odst. 1 písm. g) zákona o ochraně veřejného zdraví. Nejvyšší správní soud v rozsudku *testování ve školách* dospěl k závěru, že srovnatelnou povinností s povinnostmi uvedenými v § 69 odst. 1 písm. g) téhož zákona (nařízení mimořádného očkování nebo preventivního podání jiných léčiv) je povinnost žáků podrobit se testování na přítomnost onemocnění covid-19 za účelem jejich osobní přítomnosti ve škole. V bodě 32 citovaného rozsudku k tomu uvedl, že „[z] *hlediska vztahu k účelu aplikované právní úpravy se v obou případech jedná o snahu eliminovat infekční onemocnění a jejich hromadný výskyt, tedy epidemii – i když očkování působí spíše do budoucna, zatímco testování, resp. jeho výsledky se vztahují více k aktuální situaci v daném místě a čase. Ačkoli očkování a zvláště pak povinné očkování má své odpůrce, obecně je vnímáno jako jedno z nejúčinnějších opatření v oblasti veřejného zdraví, které je zaměřeno na prevenci infekčních onemocnění a jejich následků. Obdobně je tomu i v případě testování, které může v prevenci infekčních onemocnění významně napomoci mj. proto, že jejich část probíhá bezpříznakově nebo s lehkými příznaky infikovaných, kteří se pak aktuálně podílí na dalším šíření onemocnění.*“ Stanovení podmínek, za kterých osoby mohou využívat určité služby, však představuje typově zcela odlišné pravidlo. Byť ve svém důsledku také slouží k zamezení šíření nákazy v populaci, nejedná se o prostředek typu očkování nebo testování. Jak již bylo uvedeno, ty samy o sobě šíření do značné míry brání. Zároveň znamenají určitou časově velmi omezenou povinnost podrobit se určitému úkonu souvisejícímu se zásahem do tělesné integrity. Pravidla stanovená v čl. I bodu 15 mimořádného opatření oproti tomu slouží k dlouhodobému vymezení podmínek bezpečného provozu mimořádným opatřením regulovaných činností, což ostatně vyplývá i z odůvodnění mimořádného opatření (viz např. strana 16 a 17). Soud nicméně nesouhlasí s navrhovatelkou, že by odpůrce připodobněním k povinnostem v § 69 odst. 1 písm. g) zákona o ochraně veřejného zdraví fakticky stanovil povinné očkování. Odpůrce svým tvrzením pouze uvedl, že tato pravidla stanovená podle § 69 odst. 1 písm. i) zákona o ochraně veřejného zdraví jsou obdobná povinnostem uvedeným v písm. g) tohoto ustanovení, a tedy že mohl stravovací a ubytovací služby tímto způsobem regulovat. Reagoval tak pouze na judikaturu Nejvyššího správního soudu, která vymezila, za jakých podmínek lze postupovat podle § 69 odst. 1 písm. i) tohoto zákona (viz rozsudek sp. zn. 6 As 114/2020, bod 143).

[64] Mimořádné opatření omezující provoz stravovacích a ubytovacích služeb lze vydat pouze tehdy, je-li jeho cílem zákaz nebo omezení styku skupin fyzických osob podezřelých z nákazy s ostatními osobami (usnesení *RS k omezení osob podezřelých z nákazy*). Osobou podezřelou z nákazy se podle § 2 odst. 7 písm. a) téhož zákona rozumí *zdravá fyzická osoba, která (i) byla během inkubační doby ve styku s infekčním onemocněním nebo (ii) pobývala v ohnisku nákazy.* Judikatura dále dovodila, že osobou podezřelou z nákazy je též osoba s pozitivním výsledkem antigenního testu na přítomnost viru SARS-CoV-2 (rozsudek *povinnosti pozitivně testovaných*, bod 81, a rozsudek *testování ve školách*, bod 34). Ohniskem nákazy je místo, ve kterém se šíří nákaza (§ 65 věta druhá zákona o ochraně veřejného zdraví). Rozšířený senát v citovaném usnesení, v bodech 47 – 50, uznal, že ohniskem nákazy může být v určité situaci i celá Česká republika a osobou podezřelou nákazy tudíž přinejmenším teoreticky každý, kdo se vyskytuje na jejím území. Takové skutečnosti však musí odpůrce v mimořádném opatření tvrdit a podložit relevantními fakty. Podle rozšířeného senátu „[s]*amotná notorieta, že probíhá celosvětová pandemie nemoci*

COVID-19, k takovému závěru sama o sobě stačit nemůže. I pandemie, tedy epidemie velkého rozsahu zasahující do více kontinentů, má zpravidla na různých místech různou intenzitu. Již s ohledem na definici ohniska nákazy v § 65 zákona o ochraně veřejného zdraví (místo, ve kterém se šíří nákaza), ve spojení se závažnými zásahy do základních práv v důsledku mimořádných opatření, musí být šíření nákazy masivnější a nemoc musí být vskutku nebezpečná. Úvahy ministerstva by se v každém případě musely promítnout v odůvodnění mimořádného opatření. Zatím v žádném ze soudně přezkoumávaných opatření však ministerstvo v tomto směru pohříchu nic takového netvrdilo a ani se o to nepokusilo.“

[65] V odůvodnění mimořádného opatření odpůrce netvrdí, že by ohniskem nákazy byla v době vydání mimořádného opatření celá Česká republika. Soud nemůže nahradit úvahu odpůrce o možném ohnisku pouze na základě analýzy aktuální epidemické situace obsažené v odůvodnění mimořádného opatření. Je totiž na odpůrci, aby jednoznačně výskyt ohniska konstatoval a tento závěr v mimořádném opatření odůvodnil a doložil. Soud je bez takového tvrzení odpůrce povinen vycházet z toho, že v době vydání mimořádného opatření nebyla ohniskem nákazy celá Česká republika. Proto nešlo bez dalšího předpokládat, že osobou podezřelou z nákazy byl každý. Za takové situace však odpůrce nemohl provoz stravovacích a ubytovacích služeb omezit na území celé České republiky podle zákona o ochraně veřejného zdraví, respektive stanovit plošná pravidla pro využívání těchto služeb ze strany zákazníků. Neprokázal totiž, že by osobou podezřelou z nákazy byl každý, a tedy že je důvodné omezit využívání stravovacích a ubytovacích služeb pouze na osoby, které splňují kritéria tzv. bezinfekčnosti podle čl. I bodu 15 mimořádného opatření.

[66] Nejvyšší správní soud ve své rozhodovací praxi již připustil, že chybějící odkaz na příslušné ustanovení zákona nepředstavuje pochybení, které by samo o sobě mělo svědčit o nezákonnosti napadeného opatření, byť by šlo o stav nežádoucí (viz rozsudek ze dne 28. 5. 2021, čj. 8 Ao 14/2021-45, bod 35).

[67] Soud proto dále ověřil, zda zmocnění pro regulaci stravovacích a ubytovacích služeb lze odvozovat z jiných, než odpůrcem výslovně uvedených ustanovení. V tomto směru přicházel do úvahy již pouze § 2 odst. 2 písm. b) pandemického zákona. Jak již nicméně soud uvedl v bodě [47] tohoto rozsudku, provozovny, v nichž jsou poskytovány služby (např. restaurace nebo hotely), nespadají mezi obchodní nebo výrobní provozovny ve smyslu § 2 odst. 2 písm. b) tohoto zákona. Omezit činnost provozoven stravovacích a ubytovacích služeb a stanovit podmínky pro jejich provoz mimořádným opatřením podle pandemického zákona proto nelze (rozsudek sp. zn. 6 Ao 22/2021, část III. 2.).

[68] Nejvyšší správní soud tak s ohledem na výše uvedené uzavírá, že odpůrce nemohl povinnosti stanovené v čl. I bodu 3 písm. b) a čl. I bodu 6 písm. b) a d) mimořádného opatření nařídit ani podle zákona o ochraně veřejného zdraví, ani podle pandemického zákona. Mimořádné opatření je proto v této části nezákonné. Pro úplnost soud podotýká, že se nemohl nad rámec uplatněných návrhových bodů zabývat případnou nezákonností dalších částí mimořádného opatření, neboť je rozsahem a důvody návrhu vázán (§ 101d odst. 1 s. ř. s.).

IV.4 K namítané diskriminaci neočkovaných osob

[69] Soud se dále zabýval nemožností prokázat tzv. bezinfekčnost prostřednictvím PCR testů. Navrhovatelka namítá, že odpůrce tímto popírá princip rovnosti občanů před zákonem. Osoby neočkované jsou podle ní stavěny do pozice osob s nižšími právy a jsou trestány za nežádoucí chování z hlediska epidemie. Cílem opatření tak není zamezení šíření epidemie, nýbrž nucení k očkování a represe neočkovaných. Ti nemají žádnou možnost, jak tzv. bezinfekčnost prokázat. Do zaměstnání a do škol na druhou stranu postačí antigenní test.

[70] Navrhovatelka tedy namítá diskriminaci zdravých neočkovaných osob, které nemohou prokázat svoji tzv. bezinfekčnost negativním PCR testem. Tato diskriminace pak má být motivována snahou odpůrce nutit osoby k očkování, které je však dobrovolné. Navrhovatelka se tedy zjevně domáhá toho, aby bylo umožněno prokázat tzv. bezinfekčnost negativním PCR testem. Nezákonnost čl. I bodu 15 mimořádného opatření proto spatřuje v tom, že určitou oblast neupravuje.

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

[72] Při posouzení, zda čl. I bodu 15 mimořádného opatření nezakládá v rozporu s čl. 1 Listiny nerovné podmínky pro osoby, které nemohou prokázat svoji tzv. bezinfekčnost PCR testem, je třeba zkoumat „*(1) zda jde o různé subjekty, které se nacházejí ve stejné nebo srovnatelné situaci, (2) zda je s nimi zacházeno rozdílným způsobem, (3) zda je odlišné zacházení dotčenému jednotlivci nebo skupině k tíži a (4) zda takové zacházení není projevem libovůle, tedy zda má legitimní cíl a napadená zákonná ustanovení jsou s to jej dosáhnout*" (nález Ústavního soudu ze dne 22. 1. 2019, sp. zn. Pl. ÚS 32/17). Pro posouzení dané otázky je dále významné, že „*uvažovat v kategorii rovnosti lze pouze v relaci mezi nejméně dvěma subjekty ve stejném, resp. srovnatelném postavení (...). Zatímco zpravidla není těžké stanovit, zda právní úprava zachází se dvěma situacemi rozdílně nebo stejně, zcela klíčovým krokem pro aplikaci všeobecné zásady rovnosti je stanovit, zda dvě situace, s nimiž právo zachází odlišně, jsou vskutku srovnatelné, tedy zda jsou relevantně podobné*" (nálezy Ústavního soudu ze dne 28. 3. 2006, sp. zn. Pl. ÚS 42/03, či ze dne 20. 11. 2007, sp. zn. Pl. ÚS 50/06). Uvedené posouzení se musí podle citované judikatury Ústavního soudu dále opírat o kritérium relevance, přičemž to v sobě zahrnuje hodnotový úsudek, který předpokládá pochopení smyslu a účelu přezkoumávané úpravy. Jinak řečeno, pro účely nyní projednávané věci jde v návaznosti na výše uvedené o posouzení toho,

zda se z hlediska regulace napadeného mimořádného opatření jedná v případě níže vymezených skupin osob o postavení srovnatelné, či nikoliv. Pokud by se totiž jednalo o nestejné zacházení s nestejnými skupinami osob, nemohla by být námitka diskriminace důvodná.

[73] Z odůvodnění mimořádného opatření vyplývají následující skutečnosti tvrzené odpůrcem, které jsou rozhodné pro posouzení namítané diskriminace. Podle odpůrce se aktuální epidemická situace vyznačuje vysokou virovou náloží v populaci. Je proto vysoká pravděpodobnost, že člověk bude mít kontakt s infekční osobou. U osob, které prodělaly onemocnění covid-19 nebo se proti němu nechaly očkovat, je dopad kontaktu s nakaženou osobou do zdravotního systému nižší než u neočkované osoby bez prodělané nemoci (strana 17 odůvodnění mimořádného opatření). Pravděpodobnost, že očkovaná osoba nákazu zavleče a že se v případě výskytu pozitivní osoby nakazí, je podstatně nižší než u neočkované osoby. Je-li očkovaná osoba nakažena, šíří infekci výrazně méně než neočkované osoby, protože je vir do značné míry utlumen včasnou imunitní reakcí. Zároveň je do značné míry sníženo riziko závažného průběhu onemocnění. Očkovaný člověk méně pravděpodobně bude blokovat kapacity zdravotní péče pro ostatní a méně pravděpodobně zemře (tyto závěry platí i pro osoby, které imunitu získaly prodělaním onemocnění). Naopak osoby neočkované, které onemocnění neprodělaly, se podle odpůrce snáze nakazí, při nákaze mají vyšší pravděpodobnost těžkého průběhu onemocnění a nákazu s daleko větší pravděpodobností šíří. Představují proto větší riziko z hlediska zahlcení zdravotního systému. Doložení negativního testu proto podle odpůrce může snižovat pravděpodobnost zavlečení nákazy, ale žádným způsobem nechrání jedince před nákazou v případě výskytu infekční osoby (strana 16, 19, 21 a 22 odůvodnění mimořádného opatření). Současně nelze vyloučit, že v mezidobí od provedení PCR testu do obdržení výsledku nedošlo s ohledem na stávající epidemickou situaci a virovou nálož v populaci k nákaze testované osoby (strana 19 odůvodnění mimořádného opatření).

[74] Cílem mimořádného opatření je snížení kontaktů v populaci, aby se zabránilo vysokému nárůstu nově nakažených variantou omikron ve spojení s probíhajícím přenosem varianty delta a aby byla zátěž zdravotnického systému zvladatelná (viz bod [51] tohoto rozsudku). Proto je mimořádným opatřením při provozování činností nebo při využívání služeb, které jsou rizikové z hlediska možného šíření nákazy, stanovena povinnost prokázat tzv. bezinfekčnost podle čl. I bodu 15 mimořádného opatření. Odpůrce v odůvodnění mimořádného opatření výslovně uvádí, že „[p]*ři předložení jednoho z těchto průkazů lze mít s vysokou mírou pravděpodobnosti za to, že osoba není infekční.*“ K používanému pojmu tzv. bezinfekčnost pak odpůrce uvádí, že „*není v daném kontextu plně jednoznačně odpovídajícím termínem pro daný stav a v praxi prostředky, které ji mají objektivizovat, ji stoprocentně nezaručují, ale pro zjednodušení celé komunikace byl zvolen tento jednoslovný pojem, jakožto termín vyjadřující nízké epidemiologické riziko u osob prokazujících se dokladem o „bezinfekčnosti*“.

[75] PCR test je po celou dobu epidemie onemocnění covid-19 využíván odpůrcem jako diagnostická metoda k prokázání přítomnosti viru SARS-CoV-2. Sám odpůrce uvádí, že se jedná o tzv. zlatý standard průkazu tohoto viru. Má-li proto osoba negativní PCR test, je vysoká pravděpodobnost, že v nejbližším časovém rozmezí nebude onemocnění

šířit. Z tohoto pohledu proto není vyloučeno, že by osoby neočkované, které onemocnění covid-19 neprodělaly, avšak které mají negativní výsledek PCR testu, nemohly být ve srovnatelném postavení jako osoby očkované nebo s prodělanou nemocí, u nichž odpůrce tzv. bezinfekčnost pouze předpokládá s ohledem na empirické studie. Ani podle odpůrce není vyloučeno, že se tyto osoby znovu nakazí. Navrhovatelka nijak nezpochybnila východisko odpůrce, že u očkovaných osob je menší riziko šíření nemoci jednak z důvodu nižšího rizika infekce, ale i z důvodu šíření menšího množství viru v případě nákazy. V této souvislosti soud podotýká, že odpůrce v odůvodnění mimořádného opatření netvrdí, že by očkování bránilo úplnému přenosu infekce na jinou osobu, jak mylně dovozuje navrhovatelka. V případě PCR testu naopak nelze s ohledem na časový odstup od jeho provedení zajistit, že k nakažení nedojde po jeho provedení, nebo to, že v době provedení testu byla infekce teprve v samém počátku a nemusela být ještě detekována. I prokazování tzv. bezinfekčnosti prostřednictvím PCR testování proto s sebou nese určité riziko. Bez konkrétní argumentace navrhovatele proti východiskům odpůrce ohledně nižšího rizika šíření infekce ze strany očkovaných nelze učinit jiný závěr, než že postavení očkovaných osob a osob s negativním výsledkem PCR testu je z pohledu možného šíření onemocnění covid-19 skutečně srovnatelné.

[76] Podstatné však zejména je, že navrhovatelka v zásadě nijak nezpochybňuje další důvod tvrzený odpůrcem pro odlišné zacházení, a to, že neočkovaná osoba, která nemá imunitu získanou z prodělané nemoci, není dostatečně chráněna před infekcí, vyskytuje-li se v okolí infekční osoby. Naopak, pokud se s infekční osobou setká očkovaná osoba, pak je podle odpůrce riziko nákazy několikanásobně nižší než u neočkované osoby, která nemoc neprodělala. Navíc, i kdyby se podle odpůrce očkovaná osoba nakazila, je mnohem nižší riziko závažného průběhu onemocnění a případného úmrtí než u neočkované osoby.

[77] Na základě východisek odpůrce uvedených v odůvodnění mimořádného opatření se tak neočkované osoby bez prodělaného onemocnění nenacházejí ve srovnatelném postavení jako očkované osoby a osoby s prodělaným onemocněním. Tento rozdíl spočívá v připravenosti imunitního systému na onemocnění covid-19 a v důsledku toho ve snížení možnosti dalšího šíření viru v populaci a zejména zátěže zdravotního systému. Tato východiska, podrobně rozvedená v odůvodnění mimořádného opatření, navrhovatelka nijak nesporuje, přestože se zjevně jednalo o klíčové důvody, pro které není umožněno neočkovaným osobám prokazovat svoji tzv. bezinfekčnost negativním PCR testem. Odpůrce odkázal v této souvislosti na řadu odborných studií, se kterými však navrhovatelka nepolemizuje. V odkazu navrhovatelky na čísla nakažených očkovaných a neočkovaných osob pak nelze zpochybnění důvodů odpůrce spatřovat. Jak totiž vyplývá z návrhu, navrhovatelka jimi pouze demonstruje to, že očkování nedokáže zabránit šíření nemoci. To však odpůrce nesporuje. Není úkolem soudu argumentaci za navrhovatelku domýšlet, případně odpůrcem doložené studie sporovat a nad rámec návrhu se jimi detailně zabývat. Soud proto vyšel z východiska odpůrce, které navrhovatelka nezpochybnila (srov. bod 36 rozsudku *uznávání protilátek III*).

[78] Obecně tedy bylo možné uvažovat o srovnatelném postavení osob, které by se prokázaly PCR testem. Neočkované osoby bez prodělaného onemocnění se však i v případě podrobení se PCR testu ve srovnatelném postavení nenachází. Je tomu tak z důvodu zvýšené pravděpodobnosti nákazy při styku s infekční osobou, možného závažnějšího průběhu onemocnění a zvýšené nakažlivosti pro své okolí. Z těchto důvodů

jim není umožněno provádět činnosti a využívat služby, které jsou mimořádným opatřením regulovány. S ohledem na cíl mimořádného opatření totiž představují pro boj s epidemií a jejími následky zvýšené riziko, a to zejména pro zdravotní systém. Jestliže se neočkované osoby ve srovnatelném postavení nenachází, nejsou diskriminovány tím, že jim čl. I bodu 15 mimořádného opatření neumožňuje prokázat tzv. bezinfekčnost prostřednictvím negativního výsledku PCR testu, a tedy provádět činnosti a využívat služby regulované mimořádným opatřením. Soud se proto nezabýval dalšími kroky testu diskriminace (viz bod [72] tohoto rozsudku).

IV.5 Přiměřenost čl. I bodu 15 mimořádného opatření

[79] Navrhovatelka dále nesouhlasí s tlakem odpůrce na dobrovolné očkování. Odpůrce podle ní mimořádným opatřením zavedl fakticky povinné očkování se sankcí nemožnosti provádět činnosti a využívat služby regulované mimořádným opatřením. Neočkované osoby jsou sociálně vyloučeny z běžných lidských činností, přestože očkování nebylo zavedeno jako povinné zákonem. Byť navrhovatelka výslovně nenamítá nepřiměřenost mimořádného opatření ve smyslu § 3 odst. 2 pandemického zákona, je zjevné, že výše uvedený nesouhlas s tlakem na dobrovolné očkování míří právě do nepřiměřenosti čl. I bodu 15 mimořádného opatření. Určitá skupina osob je totiž s ohledem na znění čl. I bodu 15 mimořádného opatření opravdu vyloučena z možnosti vykonávat určité činnosti. Nejvyšší správní soud se proto nepřiměřeností mimořádného opatření zabýval. Učinil tak nicméně pouze v rovině takto obecně vznesené námitky.

[80] Podle čl. 2 odst. 4 Ústavy České republiky *každý občan může činit, co není zákonem zakázáno, a nikdo nesmí být nucen činit, co zákon neukládá* (shodně čl. 2 odst. 3 Listiny).

[81] Nejvyšší správní soud přisvědčuje navrhovatelce, že nelze nutit občany k očkování proti onemocnění covid-19 tím, že neočkované osoby odpůrce mimořádným opatřením vyloučí z možnosti provádět určité činnosti a využívat služby, které za normálního běhu věcí spadají do rámce běžného života. Tím se totiž z dobrovolného očkování stává nepřímo skrze smíšený správní akt očkování povinné, neboť osobám neočkovaným nezbývá nic jiného, než se nechat naočkovat, pokud chtějí běžně žít. V době vydání napadeného mimořádného opatření byla sice platná a účinná vyhláška č. 466/2021 Sb., kterou se mění vyhláška č. 537/2006 Sb., o očkování proti infekčním nemocem, ve znění pozdějších předpisů, která zavedla určitým skupinám osob povinnost se podrobit očkování proti onemocnění covid-19 do 28. 2. 2022. Pro značnou část obyvatelstva však bylo očkování stále dobrovolné. Osoby nelze vyloučit z provádění činností a využívání služeb regulovaných mimořádným opatřením jen z toho důvodu, že nepodstoupily dobrovolné očkování. Dokud není stanovena očkovací povinnost, je na každém, aby se sám rozhodl, zda se nechá naočkovat, či nikoliv.

[82] Je proto třeba odmítnout závěr odpůrce, který na straně 37 odůvodnění mimořádného opatření ve vztahu k rozočkovaným osobám uvedl, že *„jedinec, který zahájil vakcinaci, tím proklamuje svůj zodpovědný postoj vůči ochraně sebe sama i ochraně společnosti, což opravňuje zvýhodnění v plánovaném systému omezení…“*. Nátlak na očkování skrze mimořádné opatření by proto sám o sobě nepředstavoval legitimní cíl, který by ospravedlňoval stanovená omezení neočkovaných osob, které onemocnění covid-19

v poslední době neprodělaly. Ministerstvo nicméně uvádí i hajitelné odborné důvody pro odlišný přístup k rozočkovaným osobám, spočívající v tom, že efektivní ochrana očkování nastupuje již relativně krátce po aplikaci první dávky (str. 37 odůvodnění mimořádného opatření), přičemž tento závěr opět navrhovatelka nezpochybňuje.

[83] Soud však nesouhlasí s tvrzením navrhovatelky, že by nebyla zákonem upravena náhrada újmy způsobená očkováním proti onemocnění covid-19. Lze ve stručnosti odkázat na § 2 zákona o distribuci očkovací látky proti onemocnění covid-19, který úpravu náhrady újmy způsobené tímto očkováním upravuje, a to i ve vztahu k dobrovolnému očkování, jak poukázal odpůrce.

[84] Z odůvodnění mimořádného opatření nicméně nevyplývá (až na shora uvedenou výjimku), že by jeho cílem mělo být donutit neočkované osoby k očkování stanovením určitých zákazů a omezení. Podle odůvodnění mimořádného opatření i tvrzení odpůrce v průběhu řízení před soudem bylo cílem to, aby došlo ke zmenšení rizika přenosu onemocnění mezi jedinci a ke snížení rizika dalšího zhoršení epidemické situace v celé populaci tak, aby se předešlo zahlcení a zhroucení zdravotního systému. Cílem mimořádného opatření současně byla snaha reagovat na nastupující vlnu varianty omikron ve spojení s probíhajícím přenosem varianty delta. Jelikož dosavadní důkazy podle odpůrce naznačují sníženou účinnost očkování proti nákaze variantou omikron, bylo přistoupeno k podávání tzv. posilujících dávek. Odpůrce k této variantě současně uvedl, že „[i] *v případě nižší závažnosti průběhu onemocnění touto variantou bude mít strmý exponenciální nárůst nových případů za následek i rostoucí počet případů s těžkým průběhem onemocnění* [...] *Při vysoce rizikovém scénáři spojovaném s variantou omikron by posléze mohlo dojít i k zahlcení celého systému zdravotní péče a vyčerpání kapacit.*“ Odpůrce v této souvislosti vzal v úvahu skutečnost, že osoby neočkované bez imunity získané prodělanou nemocí mohou být onemocněním covid-19 více postiženy na zdraví, a představují tak pro zdravotní systém větší hrozbu. Omikron zároveň představuje hrozbu, že dojde k nakažení velkého množství osob, a tedy i velké části neočkovaných. Odpůrcem tvrzeným cílem napadeného mimořádného opatření proto je jak ochrana nejvíce zranitelných osob, tak ale zejména zdravotního systému jako celku.

[85] Ochrana veřejného zdraví představuje nepochybně legitimní cíl, který je přípustný podle pandemického zákona. Jak totiž vyplývá z § 1 odst. 1 pandemického zákona, tento zákon upravuje opatření pro zvládání epidemie onemocnění covid-19 a jejich dopadů na území České republiky. Mezi dopady, které je třeba zvládat, pak nepochybně patří zátěž zdravotního sytému tímto onemocněním způsobená. Zátěž bude únosná pouze tehdy, bude-li sníženo množství osob s těžkým průběhem onemocnění v nemocnicích. Současně podle § 2 odst. 1 pandemického zákona mohou být mimořádná opatření nařizována za účelem likvidace epidemie nebo nebezpečí jejího opětovného vzniku. Epidemie může být potlačena a případně může být předejito jejímu opětovnému vzniku zejména tak, že bude omezeno či ideálně zamezeno šíření viru v populaci. Proto i snaha o zmenšení rizika přenosu onemocnění v populaci představuje legitimní cíl. Navíc pojmem likvidace epidemie je třeba i s ohledem na § 1 odst. 1 pandemického zákona rozumět nejen naprosté zabránění přenosu, ale i významné snížení jejího šíření a zmírnění jejích nejvýznamnějších dopadů. Mezi ně v prvé řadě patří přetížení systému zdravotní péče. Soud se proto dále

zabýval tím, zda namítané omezení neočkovaných osob je způsobilé cíle sledovaného mimořádným opatřením dosáhnout.

[86] Podle navrhovatelkou relevantně nezpochybněných východisek odpůrce mají neočkované osoby bez prodělaného onemocnění covid-19 mají oproti očkovaným osobám větší pravděpodobnost nákazy tímto onemocněním. V případě nákazy jim pak hrozí vážnější průběh nemoci. Současně jsou více nebezpečné pro své okolí, neboť infekci šíří více než očkované osoby (blíže viz body [73] a [76] tohoto rozsudku). Zamezení kontaktu těchto osob na místech a v situacích, kde je objektivně vyšší míra rizika přenosu viru, proto přispívá jednak k tomu, aby se zmenšilo riziko přenosu onemocnění v populaci, jednak k tomu, aby se tyto osoby nenakazily. Tím je zprostředkovaně chráněn zdravotní systém, který bude v případě úspěšného omezení šíření viru v rizikové populaci zatížen menším množstvím případů závažného průběhu onemocnění. Omezení této skupiny osob tím, že nemohou podle čl. I bodu 15 mimořádného opatření žádným způsobem prokázat svoji tzv. bezinfekčnost, je proto nástrojem způsobilým k dosažení cíle sledovaného mimořádným opatřením.

[87] Pokud jde o tvrzení navrhovatelky, dle kterého nadpoloviční většina hospitalizovaných osob a osob na JIP jsou osoby plně očkované, pak jí uváděné údaje v návrhu tomuto tvrzení neodpovídají. Pakliže bylo dle tvrzení navrhovatelky dne 29. 12. 2021 hospitalizováno 3 460 osob s onemocněním covid-19, přičemž 2 096 z nich bylo neočkovaných a 1 364 očkovaných, potom většinu hospitalizovaných osob tvořily naopak osoby neočkované. V replice pak navrhovatelka uvádí údaje, které se týkají průběhu nákazy v některých obdobích ledna 2022 (viz bod [19] tohoto rozsudku). Navrhovatelka tedy nesporuje údaje o počtu hospitalizovaných osob, ze kterých vycházel odpůrce na straně 12 odůvodnění mimořádného opatření. Toliko soudu předkládá údaje z období, ve kterém již mimořádné opatření bylo účinné. Soud však při přezkoumání opatření obecné povahy vychází ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době vydání opatření obecné povahy (§ 101b odst. 3 s. ř. s.). Rozhodné jsou proto ty údaje o počtu hospitalizovaných, ze kterých vyšel odpůrce v odůvodnění mimořádného opatření. K tomu soud navíc podotýká, že je na první pohled zřejmé, že si nelze vybírat různá náhodná data, ale je třeba sledovat delší časová období. Zároveň pro porovnání nemohou sloužit absolutní čísla. Pro posouzení účinků očkování je totiž třeba zohlednit procentuální zastoupení očkovaných a neočkovaných osob v konkrétní věkové kategorii, jak důvodně poznamenal odpůrce. Pokud by bylo například v určité věkové kategorii 100 tis. osob, z nichž by bylo hypoteticky očkováno 99 tis. osob, tedy neočkovaných by zbýval 1 tis. osob, pak hospitalizace 500 očkovaných a 500 neočkovaných samozřejmě neznamená, že očkování nefunguje, protože je v nemocnici stejný počet očkovaných i neočkovaných. Výsledek je totiž ten, že z očkovaných je hospitalizováno jen 0,5% zatímco z neočkovaných 50%.

[88] Soud se dále zabýval tím, zda neexistují jiné nástroje, které do práv neočkovaných osob zasahují méně intenzivně a legitimního cíle dosahují se srovnatelným účinkem. Jediným nástrojem, o kterém se v návrhu zmiňuje navrhovatelka, je prokazování tzv. bezinfekčnosti PCR testem. Jak již soud uvedl v bodě [75] tohoto rozsudku, PCR testem lze účinně prokázat, že určitá osoba není v daném okamžiku infekční. Pakliže by byl negativní výsledek PCR testu přijímán jako průkaz tzv. bezinfekčnosti pro neočkované

osoby bez prodělaného onemocnění, bylo by těmto osobám umožněno provádět činnosti a využívat služby regulované mimořádným opatřením. Tento nástroj by proto do práv neočkovaných osob zjevně zasahoval méně intenzivně než jejich úplné vyloučení. Prokázání se negativním výsledkem PCR testu by nicméně nedosáhlo sledovaného cíle se srovnatelným účinkem. Nijak by totiž nezmenšilo riziko nákazy a možnost vážného průběhu onemocnění. Hrozba zahlcení zdravotního systému by tak zůstala stejná. I kdyby byla zavedena povinnost prokazovat se negativním PCR testem pro všechny osoby bez ohledu na očkování, není s ohledem na současné množství viru v populaci a jeho prudké šíření vyloučeno, že by se neočkovaná osoba bez prodělaného onemocnění nesetkala s nakaženou osobou. PCR test totiž nemusí vždy zachytit nakaženého jedince zejména s ohledem na odstup mezi provedením testu a dobou jeho platnosti, po kterou lze služby využívat. Nadto u dlouhodobějších služeb typu ubytování by se musely osoby testovat prakticky stále znovu, což by bylo jen stěží realizovatelné. Ochrany zdravotního systému před zahlcením by proto ani v tomto případě nebylo dosaženo. Pro účely dosažení sledovaného cíle se proto omezení těchto osob z určitých oblastí života jeví jako potřebné, respektive navrhovatelka tuto potřebnost relevantním způsobem nevyvrátila.

[89] Soud proto přistoupil k posouzení vlastní přiměřenosti odpůrcem zvoleného řešení. V současné době je očkování proti onemocnění covid-19 dostupné pro každého od 5 let. Podle navrhovatelkou nezpochybněných východisek odpůrce očkování představuje účinný nástroj, jak se bránit proti zejména vážnému průběhu tohoto onemocnění a jak sekundárně snížit zátěž zdravotního systému na únosnou hodnotu. Z hlediska návratu do běžného života před tímto onemocněním proto očkování hraje podle odpůrce důležitou roli, která je zdůrazněna v odůvodnění mimořádného opatření. Tuto roli očkování navrhovatelka nijak nezpochybnila. Je proto logické, že odpůrce při zvažování toho, zda uzavřít provozovny nebo úplně znemožnit poskytování služeb, nebo zda omezit z jejich využívání pouze rizikové osoby, přistoupil na variantu, která má nižší ekonomické a společenské dopady a která je současně schopná ochránit systém zdravotní péče. Zvolil tedy omezení pouze těch osob, které pro chybějící očkování nebo imunitu z prodělané nemoci představují největší riziko, včetně toho, že vypustil nejméně ohroženou skupinu dětí do 12 let. Tento postup se soudu jeví v rovině obecnosti námitek navrhovatelky jako přiměřený za situace masivního šíření viru v populaci a souběhu dvou jeho variant. Již v době přijímání mimořádného opatření byly denní počty nakažených značně vysoké. K datu 19. 12. 2021 byl sedmidenní klouzavý průměr okolo 9 000 případů (viz strana 12 odůvodnění mimořádného opatření). Současně odpůrce předpokládal, že kvůli variantě omikron, která se stane dominantní v ledu 2022, nové případy nákazy rapidně porostou, přičemž nebyly jednoznačné informace o závažnosti této varianty. Předpoklad masivních nárůstů se ostatně potvrdil. Zároveň odpůrce ponechal u méně zranitelné skupiny dětí mezi 12 a 18 rokem možnost prokázání tzv. bezinfekčností i testem. Soud proto považuje s ohledem na tyto okolnosti za ještě přiměřené, že došlo oproti dřívějšímu stavu ke zpřísnění podmínek, za kterých je možné využívat některé služby a účastnit se některých akcí. Jestliže totiž existuje podle odpůrce relativně účinná ochrana proti těžkému průběhu onemocnění (byť není vyloučeno, že se jím člověk i přes očkování nakazí), není důvod k úplnému zavření provozoven a služeb, tak jak tomu bylo např. na jaře 2021. Naopak je namístě regulaci směřovat vůči těm osobám, které mohou být tímto onemocněním nejvíce ohroženy a mohou tak následně ohrozit zdravotní systém. Jednak tím dochází k minimalizaci zásahu do práv a právem chráněných zájmů

provozovatelů podniků a služeb, jednak je tím dosaženo ochrany zdraví neočkovaných osob a fungování zdravotního systému jako celku.

[90] Pokud jde o posouzení přiměřenosti zásahu do práv a právem chráněných zájmů neočkovaných osob bez prodělané nemoci, je také důležitý charakter činností a služeb, ze kterých jsou mimořádným opatřením vyloučeny. Navrhovatelka primárně brojí proti vyloučení z možnosti využívat stravovací a ubytovací služby. Jak však bylo uvedeno v předchozí části rozsudku, odpůrce nemá možnost jejich regulace, nebude-li se vztahovat k osobám podezřelým z nákazy. Navrhovatelky se tak mohou dotýkat jen jiné aktivity, které se odkazují na čl. I bodu 15 mimořádného opatření. Jde například o kadeřnictví, kosmetické služby, sportoviště, wellness, využívání lyžařských vleků, skupinové prohlídky galerií nebo zoo nebo o návštěvu kulturních akcí. Nejvyšší správní soud nevylučuje, že využívání zmíněných služeb může pro určité skupiny osob patřit k běžnému způsobu života a trávení volného času. Nejedná se nicméně o nezbytné služby, bez kterých by nebylo možné na základní životní úrovni fungovat (oproti např. jízdě ve veřejné hromadné dopravě nebo nákupu potravin). Vyloučení z využívání těchto služeb sice může pro někoho představovat citelnou újmu, nepředstavuje však natolik intenzivní zásah jako případný úplný *„lock down“* neočkovaných osob. Dokonce i některé z takto regulovaných služeb mohou tyto osoby nadále využívat, pokud jde o důležité důvody [např. podle čl. I bodu 6 písm. e) odrážky i) mimořádného opatření osoby, které se ubytují z důvodů pracovních, podnikatelských nebo obdobných, které nelze odložit, nemusí podmínku čl. I bodu 15 splňovat]. Jsou omezeny toliko ve využívání zbytných služeb, které jsou zpravidla spojeny s trávením volného času a které určitým způsobem přispívají k pohodlnějšímu životu. Tyto služby jsou navíc rizikové z pohledu epidemie, neboť při jejich využívání zpravidla nelze používat ochranné prostředky k zamezení šíření nákazy (např. respirátor), a současně jsou spojeny se setkáváním různých skupin osob (viz strana 17 odůvodnění mimořádného opatření). Méně epidemicky závažné činnosti nejsou podmínkami čl. I bodu 15 mimořádného opatření podmíněny [např. skupinové prohlídky galerií do 20 osob podle čl. 1 bodu 11 písm. b) mimořádného opatření, u kterých lze po celou dobu mít nasazený respirátor]. Mimořádné opatření je proto přiměřené rovněž z tohoto úhlu pohledu. Reguluje totiž přístup neočkovaných osob ke službám v rozsahu nezbytném pro dosažení sledovaného cíle. Zásah do práv a právem chráněných zájmů neočkovaných osob je tedy v obecné rovině přiměřený. Pokud navrhovatelka poukazuje na to, že je umožněno chodit do zaměstnání a účastnit se školní výuky na základě antigenního testování, tak soud podotýká, že se jedná o činnosti, které naopak zbytné nejsou. Prací člověk získává prostředky pro obstarání základních životních potřeb a školní výuka je nezbytná pro rozvoj dětí a jejich přípravu pro budoucí zaměstnání. Nadto výkon zaměstnání a školní výuka nemusí představovat stejné epidemické riziko. Je proto lichá námitka navrhovatelky, že do provozoven stravovacích služeb mohou na rozdíl od neočkovaných zákazníků vstoupit neočkovaní pracovníci hygieny. Ti totiž do těchto provozoven vstupují za účelem výkonu zaměstnání, nikoliv konzumace služby.

[91] Nejvyšší správní soud proto uzavírá, že na základě nyní projednávaného návrhu neshledal nezákonnost čl. I bodu 15 mimořádného opatření. Citované ustanovení osoby neočkované bez prodělané nemoci nediskriminuje, neboť navrhovatel relevantně nezpochybnil východiska odpůrce, podle nichž se nenacházejí ve srovnatelném postavení jako osoby očkované a jako osoby, které imunitu proti onemocnění covid-19 získaly

proděláním nemoci. Zároveň je ve vztahu k těmto osobám přiměřené s ohledem na aktuální epidemickou situaci a míru zásahu do jejich práv. Návrh je proto v této části nedůvodný.

[92] Jak již soud zdůraznil v bodě [33] tohoto rozsudku, soud je vázán rozsahem a důvody návrhu. Navrhovatelka v nyní projednávané věci nezpochybnila důvody a odborné podklady, pro které odpůrce přijal napadené mimořádné opatření. Soud se proto odbornými podklady odpůrce nezabýval a vyšel z jeho navrhovatelkou nezpochybněných východisek. Na podkladě tohoto návrhu tak Nejvyšší správní soud shledal čl. I bodu 15 mimořádného opatření přiměřeným. Soud také zdůrazňuje, jako to učinil již obdobně v bodě 76 rozsudku *uznávání protilátek III*, že jeho závěry se vztahují k situaci a stavu poznání, který existoval v době vydání napadeného mimořádného opatření. Odpůrce tak má povinnost sledovat aktuální vývoj vědeckého poznání, aktualizovat dostupné podklady a řádně odůvodňovat nově vydávaná mimořádná opatření tak, aby nevznikaly zbytečné pochybnosti o tom, zda nedochází k nedůvodnému rozlišování mezi jednotlivými skupinami osob. Zejména tak nelze vyloučit nutnost reagovat na nové poznatky ohledně varianty omikron.

V. Závěr a náklady řízení

[93] Nejvyšší správní soud na základě výše uvedených skutečností dospěl k závěru, že je návrh z části důvodný. Zrušil proto mimořádné opatření v rozsahu čl. I bodu 3 písm. b) ve slovech *„nebo, s výjimkou dítěte do dovršení 12 let věku, nesplňuje podmínky stanovené v bodu I/15; provozovatelům uvedených provozoven se nařizuje u osoby, která musí splňovat podmínky podle bodu I/15, splnění těchto podmínek kontrolovat prostřednictvím mobilní aplikace Ministerstva zdravotnictví „čTečka“ při vstupu do prostor nebo v případě, že kontrolu při vstupu neumožňují provozní podmínky provozovatele, nejpozději před poskytnutím služby; osobě se nařizuje provozovateli splnění podmínek podle bodu I/15 prokázat; v případě, že osoba splnění podmínek podle bodu I/15 při vstupu neprokáže, zakazuje se provozovateli takovou osobu vpustit do prostor provozovny; pokud ke kontrole dochází před poskytnutím služby, provozovateli se zakazuje poskytnout takové osobě službu; tyto podmínky se nevztahují na provozovny stravovacích služeb, které neslouží pro veřejnost, a na prodej jídla s sebou s tím, že osobě se zakazuje takto zakoupené jídlo konzumovat ve vnitřních i vnějších prostorech provozovny“*, a bodu 6 písm. b) odrážky i) ve slově *„nebo“* a odrážky ii) a písm. d). Návrh v části týkající se čl. I bodu 15 mimořádného opatření jako nedůvodný zamítl. V části týkající se čl. I bodu 6 písm. c) mimořádného opatření pak návrh navrhovatelky podle § 46 odst. 1 písm. c) s. ř. s. odmítl, neboť byl podán osobou k tomu zjevně neoprávněnou.

[94] Soud přistoupil ke zrušení výše uvedených částí mimořádného opatření uplynutím sedmého dne od právní moci tohoto rozsudku. Tímto tak poskytl odpůrci s ohledem na aktuální masivní nárůst počtu nakažených způsobený variantou viru omikron přiměřený časový prostor na to, aby mohl na závěry tohoto rozsudku reagovat. Obdobu nyní zrušené regulace by totiž odpůrce mohl přijmout pouze tehdy, pokud by v souladu s § 69 odst. 1 písm. b) zákona o ochraně veřejného zdraví zdůvodnil, proč je ohniskem nákazy celá Česká republika, a tudíž každý, kdo se nachází na jejím území, je podezřelým z nákazy. V této souvislosti lze pouze zopakovat slova rozšířeného senátu, že „[z]*atím v žádném ze soudně přezkoumávaných opatření však ministerstvo v tomto směru pohříchu nic*

takového netvrdilo a ani se o to nepokusilo.“ (bod 50 usnesení *RS k omezení osob podezřelých z nákazy*). Pokud tomu tak není a odpůrce bude považovat za nezbytné, aby tato pravidla platila, nemůže tak činit prostřednictvím mimořádných opatření, k jejichž vydání nejsou splněny zákonné podmínky. Řešením by pak bylo buď přijetí nové právní úpravy, nebo při splnění podmínek daných ústavním zákonem č. 110/1998 Sb., o bezpečnosti České republiky, vyhlášení nouzového stavu a v rozsahu nezbytném řešení situace prostřednictvím krizových opatření. Vyhlásit nouzový stav však lze pouze s vědomím jeho výjimečnosti a nutné časové omezenosti jeho použití.

[95] O věci samé rozhodl soud bez jednání postupem podle § 51 odst. 1 věty první s. ř. s., neboť navrhovatelka i odpůrce s tímto postupem souhlasili. Jednání nebylo třeba nařizovat ani za účelem provádění dokazování, neboť při přezkumu mimořádného opatření soud vycházel pouze ze správního spisu, který sestává z napadeného opatření.

[96] Soud pro úplnost poznamenává, že v souladu s jeho dosavadní judikaturou (například rozsudek ze dne 23. 5. 2013, čj. 7 Aos 4/2012-31, nebo ze dne 22. 4. 2021, čj. 6 Ao 11/2021-48, bod 95) zrušením opatření obecné povahy nedochází k „obživnutí“ předchozího opatření obecné povahy, neboť v tomto ohledu neexistují pádné důvody pro odlišný přístup k opatřením obecné povahy a k právním předpisům, u nichž obdobný závěr dovodila již dřívější ustálená judikatura. Z judikatury Nejvyššího správního soudu rovněž vyplývá, že dojde-li ke zrušení opatření obecné povahy, které „pouze“ změnilo dřívější opatření obecné povahy, znamená to, že platí původní opatření obecné povahy v podobě před zrušenou změnou (rozsudek ze dne 27. 10. 2011, čj. 2 Ao 6/2011-210).

[97] Podle § 60 odst. 3 s. ř. s. *nemá žádný z účastníků právo na náhradu nákladů řízení, byl-li návrh odmítnut.* Ve vztahu k části, v níž byl návrh odmítnut, proto nemá žádný z účastníků právo na náhradu nákladů řízení.

[98] Podle § 60 odst. 1 s. ř. s. *má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil, proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Měl-li úspěch jen částečný, přizná mu soud právo na náhradu poměrné části nákladů.*

[99] V projednávané věci měl každý z účastníků ve věci částečný úspěch. S ohledem na rozsah, v němž bylo návrhu vyhověno, soud dospěl k závěru, že navrhovatelka i odpůrce uspěli ve stejné míře. Navrhovatelka napadla tři části mimořádného opatření. Nejvyšší správní soud sice vyhověl ve vztahu ke dvěma z nich [čl. I bodu 3 písm. b) a bodu 6 písm. b) a d) mimořádného opatření], avšak ve vztahu k čl. I bodu 15 mimořádného opatření, jenž svým rozsahem výše zmíněné části převyšuje a do značné míry s nimi souvisí, návrh zamítl. Míra úspěchu tak byla totožná. Nejvyšší správní soud proto rozhodl tak, že žádný z účastníků nemá právo na náhradu nákladů řízení (§ 60 odst. 1 s. ř. s.).

Poučení: Proti tomuto rozsudku **nejsou** opravné prostředky přípustné.

V Brně 2. února 2022

8 Ao 2/2022

Petr Mikeš
předseda senátu