



Vyvěšeno dne: 2. 9. 2021
Svěšeno dne: 16. 9. 2021

Bc. Dana Nevrklová

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedkyně JUDr. Barbary Pořízkové a soudců JUDr. Radana Malíka a JUDr. Pavla Molka v právní věci navrhovatele: **MUDr. Kamil Rinchenbach**, bytem Jaselská 191/8, Brno, proti odpůrci: **Ministerstvo zdravotnictví**, se sídlem Palackého náměstí 375/4, Praha 2, o návrhu na zrušení části opatření obecné povahy – čl. I bodu 16 mimořádného opatření odpůrce ze dne 25. 6. 2021, č. j. MZDR 14601/2021-21/MIN/KAN, ve znění mimořádného opatření odpůrce ze dne 2. 7. 2021, č. j. MZDR 1595/2021-6/MIN/KAN,

t a k t o :

- I. Ustanovení čl. I bodu 16 opatření obecné povahy – mimořádného opatření odpůrce ze dne 25. 6. 2021, č. j. MZDR 14601/2021-21/MIN/KAN, ve znění mimořádného opatření odpůrce ze dne 2. 7. 2021, č. j. MZDR 1595/2021-6/MIN/KAN, **bylo v rozporu** se zákonem.
- II. Odpůrce **n e m á** právo na náhradu nákladů řízení.
- III. Odpůrce **je p o v i n e n** zaplatit navrhovateli náhradu nákladů řízení ve výši **5 000 Kč** do jednoho měsíce od právní moci tohoto rozsudku.

O d ů v o d ň ě n í :

I. Napadené mimořádné opatření

[1] Podaným návrhem se navrhovatel domáhá zrušení nebo vyslovení nezákonnosti čl. I bodu 16 v záhlaví označeného mimořádného opatření. Tímto ustanovením určil odpůrce podmínky pro vstup osob do některých vnitřních a venkovních prostor nebo pro účast na hromadných akcích nebo jiných činnostech, pokud jejich splnění mimořádné opatření v jiných částech vyžaduje. Vstup a účast připustil u testovaných osob, osob s dokončeným očkováním a osob, které prodělaly laboratorně potvrzené onemocnění COVID-19 (blíže viz bod [7] níže).

[2] S účinností ode dne 1. 8. 2021 bylo napadené mimořádné opatření zrušeno a nahrazeno mimořádným opatřením odpůrce ze dne 30. 7. 2021, č. j. MZDR 14601/2021-22/MIN/KAN, přičemž napadené opatření pozbylo platnosti včetně pozdější změny, byť tato změna nebyla výslovně zrušena (viz usnesení ze dne 28. 6. 2021, č. j. 4 Ao 4/2021 - 25, bod 5).

II. Podstatný obsah návrhu, vyjádření odpůrce a repliky navrhovatele

[3] Mimořádné opatření stanovující v čl. I bodu 16 podmínky pro účast na celé řadě aktivit (vstup do provozoven služeb, restaurací, kin, divadel aj.) je ve vztahu k navrhovateli diskriminační. Navrhovatel žádnou z těchto podmínek nesplňuje, je však osobou, jíž byly opakovaně naměřeny protilátky proti onemocnění COVID-19 třídy IgG. Výjimku pro osoby, které prodělaly laboratorně potvrzené onemocnění COVID-19, odpůrce zdůvodnil předpokládanou dostatečnou hladinou protilátek. Je-li výjimka odůvodněna právě předpokládanou dostatečnou hladinou protilátek, pak je navrhovatel ve stejném (resp. lepším) postavení, neboť dostatečná hladina protilátek je v jeho případě jistá. Ve prospěch svého závěru odkázal na odbornou studii, praxi v Rakouské republice i rozsudek ze dne 30. 6. 2021, č. j. 6 Ao 21/2021 - 23 (jehož závěr odpůrce ignoroval).

[4] Odpůrce ve vyjádření k návrhu zpochybnil aktivní procesní legitimaci navrhovatele. V situaci, kdy není k dispozici dostatek odborných poznatků, klade důraz na ochranu života a zdraví, současně se však snaží minimalizovat zásahy do chodu společnosti. Vychází ze svého odborného úsudku. Následně podrobně vysvětlil, proč nepovažuje za srovnatelné postavení osob s naměřenými protilátkami a osob s prodělaným onemocněním (blíže viz body [14] až [17] níže). Rozsudek č. j. 6 Ao 21/2021 - 23 byl vydán až po přijetí napadeného opatření. Navrhl návrh odmítnout, popř. zamítnout.

[5] Navrhovatel v replice blíže vysvětlil, proč považuje naměřené protilátky za dostatečný doklad o získání imunity (zmínil i srovnání s očkoványými osobami), a to s odkazem na odborný názor publikovaný v médiích. Zpochybnil odbornost odpůrce a upozornil, že rozsudek č. j. 6 Ao 21/2021 - 23 byl vydán před přijetím změny napadeného opatření, přičemž odpůrce měl povinnost na něj reagovat.

III. Posouzení Nejvyšším správním soudem

[6] Nejvyšší správní soud napadenou část mimořádného opatření přezkoumal podle § 13 zákona č. 94/2021 Sb., o mimořádných opatřeních při epidemii onemocnění COVID-19 a o změně některých souvisejících zákonů (dále jen „pandemický zákon“), ve spojení s § 101a až 101d zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního (dále jen „s. ř. s.“). Dospěl k závěru, že návrh je důvodný.

[7] V napadené části mimořádného opatření odpůrce stanovil podmínky pro vstup osob do některých vnitřních a venkovních prostor nebo pro účast na hromadných akcích nebo jiných činnostech, pokud jejich splnění mimořádné opatření v jiných částech vyžaduje [např. pro vstup do provozoven stravovacích služeb podle čl. I bodu 3 písm. b) mimořádného opatření, pro návštěvu koncertů, sportovních utkání, kongresů, vzdělávacích akcí a zkoušek v prezenční formě podle čl. I bodu 12 písm. d) mimořádného opatření a pro četné další aktivity; k rozsahu napadeného ustanovení srov. rozsudek ze dne 22. 4. 2021, č. j. 6 Ao 11/2021 - 48, bod 88]. Vstup a účast připustil u (zjednodušeně):

- a) osob, které absolvovaly antigenní test (ne starší než 72 hodin) nebo RT-PCR test (ne starší než 7 dnů) na přítomnost viru SARS-CoV-2 s negativním výsledkem,
- b) osob, které byly plně očkovány proti onemocnění COVID-19, a od očkování uplynulo nejméně 14 dní, a
- c) osob, které prodělaly laboratorně potvrzené onemocnění COVID-19, a od prvního pozitivního testu neuplynulo více než 180 dní.

pokračování

[8] Navrhovatel zpochybnil výčet podmínek stanovených v čl. I bodu 16 mimořádného opatření, neboť jakožto osoba s laboratorně naměřenými protilátkami není do výčtu zahrnut. Postavení osob s naměřenou hladinou protilátek považuje za zcela srovnatelné s postavením osob, které prodělaly laboratorně potvrzené onemocnění, neboť u nich odpůrce dostatečnou hladinu protilátek pouze předpokládá. S dalšími v opatření uvedenými okruhy osob své postavení blíže nesrovnává. Pokud v replice zmínil, že by se nemělo lišit od postavení očkovaných osob, omezil se jen na zcela obecné tvrzení, aniž by jej podpořil jakoukoliv konkrétní argumentací. Soud je v souladu s dispoziční zásadou vázán důvody návrhu (§ 101d odst. 1 s. ř. s.). V projednávané věci se proto soustředil na jádro navrhovatelovy argumentace zpochybňující nerovné zacházení ve vztahu k osobám s laboratorně prodělaným onemocněním.

[9] K tomu aby byla v souladu s § 101a odst. 1 s. ř. s. dána podmínka aktivní procesní legitimace k podání návrhu na zrušení (části) opatření obecné povahy, musí navrhovatel „*logicky konsekvantně a myslitelně tvrdit možnost dotčení jeho právní sféry příslušným opatřením obecné povahy*“ (viz usnesení rozšířeného senátu ze dne 21. 7. 2009, č. j. 1 Ao 1/2009 - 120, č. 1910/2009 Sb. NSS, bod 34; ve vztahu k mimořádným opatřením viz též např. rozsudek ze dne 14. 4. 2021, č. j. 8 Ao 1/2021 - 133, bod 34). V projednávané věci navrhovatel, který nesplňuje žádnou z podmínek stanovených v čl. I bodu 16 mimořádného opatření, namítá diskriminaci, neboť jako osobě s naměřenými protilátkami (k tomu doložil výsledkové listy z laboratoře) mu není umožněna účast na celé řadě aktivit, ačkoli osoby, které prodělaly laboratorně potvrzené onemocnění COVID-19 a u nichž odpůrce dostatečnou hladinu protilátek předpokládá, se jich účastnit mohou. Jelikož tedy navrhovatel *logicky konsekvantně a myslitelně* tvrdí, že patří do skupiny, která má být opatřením diskriminována, je k podání návrhu legitimován (viz rozsudek č. j. 6 Ao 21/2021 - 23, body 8 a 9).

[10] Napadená část mimořádného opatření je pilířem regulace významné škály lidské činnosti: odpůrce určil, že ji mohou vykonávat pouze *i.* testované osoby, *ii.* osoby s dokončeným očkováním nebo *iii.* osoby po prodělané nemoci (srov. též obecnou část odůvodnění mimořádného opatření). Je tudíž nabíledni, aby též jasně a srozumitelně vylíčil důvody přijaté úpravy (§ 3 odst. 1 a 2 pandemického zákona). To platí tím spíše, že v základních rysech shodné pravidlo zakotvil již v mimořádném opatření ze dne 6. 4. 2021, č. j. MZDR 14601/2021-1/MIN/KAN, kterým upravoval obdobou oblast. Zároveň na povinnost náležitého odůvodnění mimořádných opatření již NSS odpůrce nesčetněkrát upozorňoval (viz již např. rozsudky ze dne 14. 4. 2021, č. j. 8 Ao 1/2021 - 133; ze dne 11. 5. 2021, č. j. 3 Ao 3/2021 - 27; nebo ze dne 27. 5. 2021, č. j. 7 Ao 6/2021 - 112).

[11] Podle odůvodnění mimořádného opatření k čl. I bodu 16 určil odpůrce zde uvedené okruhy osob na základě „*stávajících vědeckých poznatků o získané imunitě nebo šíření onemocnění covid-19*“, přičemž prodělané onemocnění (a očkování) spojil s doložením „*pravděpodobně získané imunity*“. K osobám s prodělaným onemocněním dodal: „*předpokládá se, že dle stávajících mezinárodních doporučení Evropského centra pro prevenci a kontrolu nemocí a amerického Centra pro kontrolu a prevenci nemocí mají v době do 180 dní od záchytu onemocnění dostatečnou hladinu protilátek, která ve většině případů ochrání před reinfekcí*“. Ve zbytku jen parafrázoval text opatření.

[12] Konkrétnější důvody nelze z napadeného opatření seznat. Není totiž jasné, na která mezinárodní doporučení odpůrce odkazoval, přičemž není úlohou správního soudu tato doporučení dohledávat a v podstatě tak za odpůrce mimořádné opatření dodatečně odůvodňovat (obdobně viz rozsudek ze dne 29. 6. 2021, č. j. 8 Ao 7/2021 - 44, bod 95). Žádné podklady neobsahuje ani správní spis, který sestává jen z napadeného opatření.

[13] V projednávané věci tedy bylo na odpůrci, aby v reakci na argumentaci navrhovatele před soudem jasně a srozumitelně obhájil jím přijaté řešení. Tedy aby vysvětlil, proč nepovažuje za epidemiologicky rizikové osoby s prodělaným onemocněním (u nichž po stanovenou dobu

předpokládá dostatečnou hladinu protilátek), nikoli však osoby s laboratorním potvrzením o naměřených protilátkách. Jinak řečeno bylo na odpůrci, aby vysvětlil, v čem se *předpoklad dostatečné hladiny protilátek liší od naměřené hladiny protilátek*.

[14] V obsáhlém vyjádření k návrhu odpůrce uvedl, že „s ohledem na současný stav vědeckého poznání ohledně onemocnění covid-19 způsobeného virem SARS-CoV-2 i nadále zastává názor, že samotnou skutečnost spočívající v přítomnosti protilátek proti viru SARS-CoV-2 v krvi jakékoli osoby, aniž by u ní bylo zároveň laboratorně potvrzeno prodělání onemocnění covid-19, nelze postavit na roveň laboratorně potvrzenému prodělání tohoto onemocnění“ (str. 5). Podle odpůrce platí, že „z hlediska současného stavu vědeckého poznání o chování viru SARS-CoV-2 a lidské imunity po prodělání onemocnění covid-19 způsobeného tímto virem je ve světě obecně přijímána skutečnost, že po prodělání onemocnění covid-19 lze na fyzickou osobu po dobu 180 dnů od prvního pozitivního testu ... pohlížet jako na chráněnou proti tomuto onemocnění. ... Přitom však nehraje roli, zda dotyčná osoba má po prodělání tohoto onemocnění v krvi protilátky (a v jaké míře) či nikoli. Jde tedy o jakousi fikci bezinfekčnosti“ (str. 5).

[15] U osob s naměřenými protilátkami bez laboratorně potvrzeného onemocnění je podle odpůrce situace jiná. Z hladiny naměřených protilátek totiž není možné zpětně zjistit, kdy osoba nemoc prodělala, a tedy ani určit okamžik, od něhož by u ní po dobu 180 dnů bylo možné předpokládat získanou imunitu. Odpůrce vysvětlil, „že stejně jako je průběh onemocnění covid-19 u každého jiný, je jiná i hladina protilátek, která se v reakci na prodělání tohoto onemocnění u různých osob vytvoří, a jiná je i doba, po kterou protilátky proti viru SARS-CoV-2 v krvi přetrvávají. Jinými slovy platí, že u někoho může mít prodělání onemocnění covid-19 za následek vysokou hladinu protilátek v krvi i po velmi dlouhou dobu, u jiného může dojít k tomu, že hladina protilátek po prodělaném onemocnění bude nízká a rychle vymizí. Možné jsou však i kombinace uvedených možností, tedy vysoká hladina protilátek po krátkou dobu, či nízká hladina protilátek po dlouhou dobu.“ (str. 5). Zároveň ani průběh onemocnění „nehraje roli, když i osoby s těžkým průběhem mohou mít po prodělání onemocnění nízkou hladinu protilátek a osoby s lehkým či bezpříznakovým průběhem mohou mít vysokou hladinu protilátek. Pokud jde o dobu, po kterou protilátky zůstávají v krvi, ani ta není na průběhu onemocnění závislá, a u každého jedince je jiná a klesá jinou rychlostí – u někoho pomalu, u někoho naopak velmi rychle.“ (str. 5 a 6).

[16] Odpůrce dále zdůraznil, že nepanuje odborná shoda na tom, jaká hladina protilátek (popř. po jak dlouhou dobu) je k ochraně proti (re)infekci dostatečná. Upozornil též na možnost falešné positivity, chybějící standardizaci testů na protilátky i složitost samotného měření: „Hladiny protilátek se mění v čase kvantitativně i kvalitativně, používají se různé testy proti různým antigenům u jedinců, kteří mají každý různě nastavenou imunitu geneticky či kontakty s infekčními agens a dalšími faktory.“ (str. 6). Mimo Rakouskou republiku nejsou naměřené protilátky v EU uznávány.

[17] Nakonec shrnul, že „pozitivní výsledek testu na přítomnost protilátek může být důkazem minulé (včetně nedávné) infekce, aniž by poskytl jakékoliv údaje o době infekce, a nemůže vyloučit ani současnou probíhající infekci. Proto není absolutním důkazem, že osoba není infekční a/nebo chráněna před novou infekcí a nemůže virus dále přenášet. I když testy na přítomnost protilátek poskytují určité důkazy o imunitní odpovědi, není známo, zda hladina protilátek poskytuje dostatečnou ochranu nebo jak dlouho bude taková ochrana trvat.“ (str. 7). Zároveň zdůraznil, „že tento závěr nečiní na základě jakýchkoli snah o diskriminační zacházení s osobami, které onemocnění covid-19 prodělaly, avšak nemají o tom laboratorní potvrzení, nýbrž z důvodu veřejného zájmu na ochraně veřejného zdraví, když ... není zřejmé (ani stanovitelné), zda vůbec a příp. po jakou dobu jsou tyto osoby v rozhodném čase proti (re)infekci virem SARS-Cov-2 chráněny.“ (str. 8).

[18] Z vyjádření odpůrce k návrhu tedy plyne, že na osoby s prodělaným onemocněním lze sice po dobu 180 dnů pohlížet jako na chráněné proti onemocnění, nehraje však roli, zda (popř. v jaké míře) mají v krvi protilátky. Postavení osob s naměřenými protilátkami je jiné, a to především proto, že u nich nelze zpětně určit okamžik, od něhož by po dobu 180 dnů bylo možné předpokládat získanou imunitu, a že nepanuje shoda na tom, jaká hladina protilátek (popř. po jak dlouhou dobu) je k ochraně proti (re)infekci dostatečná. Touto

pokračování

argumentací odpůrce se projednávaná věc odlišuje od případů řešených NSS v rozsudcích č. j. 6 Ao 21/2021 - 23 a ze dne 19. 8. 2021, č. j. 1 Ao 11/2021 - 198.

[19] *Předpoklad dostatečné hladiny protilátek* – kritérium, na jehož základě odpůrce v souladu s odůvodněním napadeného opatření favorizoval osoby s prodělaným onemocněním, tedy sám odpůrce v soudním řízení popřel. Hladina protilátek není podle jeho názoru pro ochranu před onemocněním COVID-19 určující, klíčový je záchyt nemoci a doba 180 dnů po něm. Postavení osob s naměřenými protilátkami není srovnatelné, neboť okamžik záchytu nemoci u nich nelze zpětně zjistit.

[20] Na podporu v opatření stanovených důvodů pro zakotvení výjimky pro osoby s prodělaným onemocněním odpůrce v soudním řízení žádný argument nesl. Právě naopak. Jediný důvod, o němž výjimku v odůvodnění napadeného opatření opřel – *předpoklad dostatečné hladiny protilátek* – explicitně opustil. Tím odpůrce nejen označil odůvodnění jím vydaného mimořádného opatření v podstatě za nesprávné, ale současně i připustil, že jde o kritérium, které není způsobilé odlišit postavení osob s prodělaným onemocněním od osob s naměřenými protilátkami. Právě v tomto kontextu nezbylo soudu než přisvědčit výhradě návrhatele, že je jeho postavení srovnatelné s postavením osob s prodělaným onemocněním, jak jej zdůvodňuje napadené mimořádné opatření. Úkolem soudu není rozdíly mezi oběma skupinami osob za odpůrce domýšlet, tím spíše za situace, kdy odpůrce na jejich hledání v mezích jím vydaného napadeného opatření rezignoval. Současně je zřejmé, že s osobami s laboratorně naměřenými protilátkami zachází odpůrce rozdílně oproti osobám s prodělaným onemocněním, a to způsobem, který jím jde k tíži. Důvod odlišného zacházení odpůrce hledá až zpětně, mimo rámec napadeného opatření, a to tak, že sám popírá jediný důvod, na jehož základě výjimku pro osoby s prodělaným onemocněním v opatření založil.

[21] Odpůrce nemůže dodatečně nahrazovat důvody, pro něž mimořádné opatření vydal, důvody zcela opačnými. Ve vyjádření k návrhu by sice mohl vysvětlit, proč nelze z epidemiologického hlediska postavit na roveň osoby s laboratorně prodělaným onemocněním a osoby s laboratorním potvrzením o naměřených protilátkách (a tudíž proč posléze uvedenou skupinu nezahrnul do výčtu čl. I bodu 16 mimořádného opatření), nemůže však zpětně měnit důvody jím vydaného opatření, a to v podstatě jen v závislosti na argumentaci toho či onoho návrhatele v soudním řízení. To platí tím spíše, jde-li o stěžejní pravidlo, o jehož důvodnosti by měl mít odpůrce jasno (viz bod [10] výše). Správní orgán má povinnost jím vydaný správní akt v soudním řízení po skutkové i právní stránce obhájit. V projednávané věci tak měl odpůrce vysvětlit, proč kritérium *předpokladu dostatečné hladiny protilátek* (na jehož základě v napadeném opatření favorizoval osoby s prodělaným onemocněním), nesvědčí ve prospěch osob s naměřenými protilátkami (viz též bod [13] výše). To však neučinil. Toto kritérium (vyjádřené v odůvodnění napadeného opatření) v řízení před soudem výslovně opustil, aby určil kritérium nové a vysvětlil, proč jej osoby s naměřenými protilátkami nesplňují. Tím však vybočil z mezí napadeného opatření (*de facto* formuloval opatření nové), proto soud z vysvětlení uvedeného odpůrcem ve vyjádření k návrhu nemohl v projednávané věci vycházet.

[22] Důvodem, proč soud musí shledat mimořádné opatření diskriminačním, a tedy nezákonným (obecně k diskriminaci v souvisejících věcech srov. rozsudky č. j. 6 Ao 21/2021 - 23, bod 18, a č. j. 1 Ao 11/2021 - 198, body 49 a 50, a tam citovanou judikaturu), je skutečnost, že odpůrce favorizoval osoby s laboratorně potvrzeným onemocněním COVID-19 před osobami s laboratorně naměřenými protilátkami na základě kritéria, které v soudním řízení sám opustil, čímž připustil, že toto kritérium nebylo způsobilé obě skupiny vzájemně odlišit. K tomu soud dodává, že i opomenutí výjimky může zakládat nezákonnost (srov. rozsudek č. j. 1 Ao 11/2021 - 198, bod 54, a tam citovanou judikaturu), přičemž s ohledem

na charakter zjištěné vady soudu nezbyvá, než vyslovit nezákonnost celé části napadeného opatření.

[23] NSS zdůrazňuje, že si neosobuje právo určovat důvody, pro něž jednotlivec nepředstavuje epidemiologické riziko. Jedná se o veskrze odbornou otázku, jejíž zodpovězení soudu nepřísluší, neboť v tomto směru ani nedisponuje potřebnými odbornými znalostmi. Soud mimo to vnímá, že ani mezi odbornou veřejností nepanuje ohledně této otázky jednoznačná shoda. Závěr soudu tak v žádném případě neznamená, že argumenty pro řešení zvolené odpůrcem neexistují, ani to, že argumenty navrhovatele byly v projednávané věci vyvráceny.

[24] Pro úplnost soud dodává, že dalšími dílčími spornými otázkami se již nezabýval, neboť nemají na posouzení projednávané věci vliv.

IV. Závěr a náklady řízení

[25] Z výše uvedených důvodů Nejvyšší správní soud v souladu s § 13 odst. 4 pandemického zákona vyslovil rozpor čl. I bodu 16 mimořádného opatření se zákonem. Napadenou část mimořádného opatření nemohl zrušit, neboť opatření bylo v průběhu soudního řízení zrušeno (pozbylo platnosti) a bylo nahrazeno novým mimořádným opatřením.

[26] O věci samé rozhodl soud bez jednání postupem podle § 51 odst. 1 věty první s. ř. s., neboť navrhovatel i odpůrce s tímto postupem souhlasili. 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.

[27] O náhradě nákladů řízení rozhodl soud podle úspěchu ve věci v souladu s § 60 odst. 1 větou první s. ř. s. Odpůrce v řízení úspěch neměl, proto nemá právo na náhradu nákladů řízení. Navrhovatel měl ve věci plný úspěch, proto mu soud přiznal náhradu nákladů řízení proti odpůrci. Náklady řízení sestávají z částky 5 000 Kč za zaplacený soudní poplatek. K úhradě stanovil soud přiměřenou lhůtu jednoho měsíce.

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

V Brně dne 2. září 2021

L. S.

JUDr. Barbara Pořízková v. r.
předsedkyně senátu