

Posudek vedoucího na rigorózní práci

Rigorózní práce: **Řízení o žádosti o povolení k dlouhodobému pobytu za účelem podnikání**

Autorka: **Mgr. Iva Sigmundová**

Vedoucí: JUDr. Petr Svoboda, Ph.D.

Oponent: JUDr. David Kryška, Ph.D.

I.

K předmětu (téma) práce:

Téma práce je jasně a smysluplně vymezeno. Současně jde o téma důležité a aktuální, a to přinejmenším ze dvou důvodů. Jednak proto, že dlouhodobý pobyt za účelem podnikání je nejčastěji využívaný druh pobytového oprávnění cizinců na území ČR. Jednak proto, že jeho zákonná úprava v zákoně č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky, (dále též jen „ZPC“), mimořádně nepřehledná a v řadě ohledů nejasná. Vrcholem této nejasnosti je již samotný fakt, že povolení k dlouhodobému pobytu za účelem podnikání je v zákoně č. 326/1999 Sb. upraveno vlastně jen nepřímou, a to v procesněprávní normě § 46 odst. 7, který upravuje náležitosti žádosti o tento typ pobytového oprávnění. Proto je systematické zpracování tohoto tématu cenné, zvláště ze strany zkušeného praktika v daném oboru, kterým autorka bezesporu je. I když je práce již podle svého názvu zaměřena především na procesněprávní stránku vydání povolení k dlouhodobému pobytu za účelem podnikání, autorka zevrubně rozebrala i všechny podstatné hmotněprávní aspekty tohoto povolení (viz zejména kapitola 4).

K metodice a práci s prameny:

Ačkoli autorka na prvním místě nutně shrnuje a popisuje platnou zákonnou úpravu, je základem její metodiky rozbor jednotlivých právních institutů, identifikace jejich nejasných nebo problematických prvků, střizlivé a věcné uvažování nad jejich možnými řešeními a (zpravidla úspěšná) snaha o nalezení odpovídajících závěrů. Využívá přitom poměrně bohaté soudní judikatury (v seznamu na str. 123-126 přes 60 rozhodnutí) i odborné literatury (v seznamu na str. 121-123 přes 20 titulů). Možná by neškodila inspirace i v judikatuře Soudního dvora.

K obsahové struktuře (systematice) práce:

Práce je vedle Úvodu a Závěru logicky rozdělena do 4 kapitol. V kapitole 1 autorka vymezuje obecné pojmy a instituty významné pro její téma, zejména povolení k dlouhodobému pobytu a podnikání. V kapitole 2 se zabývá formálními a obsahovými náležitostmi žádosti o povolení k dlouhodobému pobytu za účelem podnikání, mimo jiné podklady, které je žadatel podle zákona povinen doložit ke své žádosti. V kapitole 3 se věnuje průběhu správního řízení o žádosti na I. stupni. Zde rozebírá nejen zvláštní procesní instituty (odchyly) podle zákona č. 326/1999 Sb., ale i všechny podstatné souvislosti s obecnými procesními instituty podle

správného řádu. V kapitole 4 se pak věnuje rozhodnutí o žádosti, a to jak procesní podobě (tj. usnesení o zastavení řízení), tak meritorní podobě, a to jak negativnímu rozhodnutí (tj. o zamítnutí žádosti), tak pozitivnímu rozhodnutí (tj. o vydání povolení). Zde se stručně zabývá i základními otázkami souvisejícími se správním a soudním přezkumem rozhodnutí. V Závěru pregnantně, věcně správně a přiměřeně kriticky shrnuje všechna podstatná zjištění své práce a předkládá odpovídající doporučení *de lege ferenda*.

K obsahu práce mám tyto poznámky a připomínky:

Práce je po obsahové stránce zdařilá. K jednotlivostem více takto:

Ke str. 8: Podle mne jazykově, logicky i systematicky je obsah pojmu „*cizinec*“ jasný v tom smyslu, že přirozeně zahrnuje i občany i Evropské unie. Jinak by vazba „*včetně občana Evropské unie*“ postrádala logiku. Úvahy autorky o výkladu pojmu *cizinec* v tom smyslu, že nezahrnuje občana EU, jsou podle mne zbytečné.

Ke str. 17-19: Z vazby § 178b odst. 1 a 3 ZPC vyplývá, že pokud chce *cizinec* na území ČR podnikat „prostřednictvím obchodní korporace“ v rámci výkonu funkce statutárního orgánu, potřebuje jak povolení k dlouhodobému pobytu za účelem podnikání, tak povolení k zaměstnání podle zákona č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti. Jinými slovy, z hlediska jednoho a téhož zákona (tj. zákona o pobytu cizinců) se jedna a tatáž činnost považuje jak za podnikání, tak za zaměstnání. Tato pozoruhodná (pozoruhodně absurdní) legislativně terminologická konstrukce by podle mne stála ze strany autorky za vysvětlení. *Cizinec*, který chce na území ČR podnikat tak má přinejmenším dvě legální možnosti: Buď (za první) tak může činit na základě povolení k dlouhodobému pobytu za účelem podnikání a povolení k zaměstnání. Anebo (za druhé) tak může činit na základě zaměstnanecké karty; to výslovně umožňuje § 42g odst. 3 ZPC. Navíc: ze zákonné úpravy není zcela jasné, zda *cizinec*, který již má na území ČR povolen dlouhodobý pobyt za jiným účelem, než je podnikání, může v ČR podnikat, potažmo zda jeho případné podnikání nebude v rozporu s účelem jeho pobytového oprávnění. Ust. § 45 odst. 1 ZPC totiž stanoví: „*Cizinec, který hodlá na území pobývat za jiným účelem, než který mu byl povolen, je povinen požádat ministerstvo o udělení nového povolení k dlouhodobému pobytu. ... Cizinec, který hodlá na území pobývat za účelem podnikání, může o takovou změnu požádat, pokud je držitelem platného povolení k dlouhodobému pobytu a na území pobývá po dobu delší než 2 roky.*“ S tím korespondují i názory autorky na str. 78. Naopak text autorky na str. 96 se s tím zdá být v rozporu. Jak to tedy je?

Ke str. 29: Spíše bych hovořil o fikci platnosti (či fikci prodloužení platnosti) povolení k pobytu než o „fikci pobytu“, jak píše autorka. Viz též článek K. Moravce: „Fikce platnosti dlouhodobého víza nebo povolení k dlouhodobému pobytu po uplynutí doby platnosti tohoto pobytového oprávnění.“ Brno, 2014 (citace na str. 122 práce).

Ke str. 32: Zajímavý rozbor zvláštního aspektu formy žádosti, spočívajícím požadavku osobního podání žádosti podle § 169 odst. 16 ZPC, též v kontextu rozsudku NSS č. j. 9 Aps 6/2010-106.

Ke str. 44-56: Velmi pečlivý výklad náležitosti žádosti, spočívající v doložení úhrnného měsíčního příjmu v zákonem stanovené výši [§ 46 odst. 7 písm. b) ZPC]. Autorka rozebrala způsob prokazování splnění této náležitosti, jakož i praktické problémy, které při tom vznikají.

Ke str. 59-60: Zajímavý postřeh o tom, že náležitostí žádosti o povolení k dlouhodobému pobytu za účelem podnikání *není* doklad obdobný výpisu z Rejstříku trestů ani doklad potvrzující bezinfekčnost, ačkoli Ministerstvo vnitra na svých internetových stránkách informuje cizince o opaku. Autorka logicky vysvětluje, že uvedené doklady cizinec povinně předkládá podle § 31 odst. 4 ZPC jen k žádosti o vízum k pobytu nad 90 dnů a dále k žádosti po povolení k dlouhodobému pobytu k taxativně vyjmenovaným účelům, nikoli však k účelu podnikání. Jde možná o legislativní opomenutí (mezeru v zákoně), kterou nicméně nelze překlenout výkladem též s ohledem na základní zásadu podle § 6 odst. 2 věta druhá správního řádu.

Ke str. 65-73: Kvalitní rozbor složité problematiky doručování. Autorka nicméně opomněla zodpovědět otázku, jak vyložit § 32 odst. 2 písm. d) ve spojitosti s § 32 odst. 3 správního řádu, které příkazují doručovat veřejnou vyhláškou účastníkům (a to zejména žadatelům), „*jimž se prokazatelně nedaří doručovat*“. Znamená tato formulace to, že se jim „prokazatelně nedaří doručovat ani fikcí podle § 24 odst. 1 správního řádu“? Anebo to, že pokud se jim daří doručovat jediné fikcí podle § 24 odst. 1 správního řádu, je nutné jim doručovat veřejnou vyhláškou? Srov. rozsudek NSS č. j. 7 As 130/2012-29. Tato otázka je významná právě v řízeních týkajících se cizinců, kteří sice mají nějakou adresu „trvalého pobytu“ ve smyslu § 20 odst. 1 a § 11 odst. 1 písm. d) správního řádu, nicméně se na ní (občas) fakticky nezdržují a písemnosti tam (občas) nepřebírají, potažmo nevyzvedávají si je ani po uložení na poště ve smyslu § 23 a 24 správního řádu.

Ke str. 75-76: Zajímavý rozbor otázky právního nároku žadatele na přerušení řízení „*na požádání*“ podle § 64 odst. 2 správního řádu. Argumentaci i závěr autorky pokládám za kvalitní, nicméně nemohu s nimi souhlasit. Formulace v § 64 odst. 2 správního řádu „*přerušit*“ je zcela kategorická a zjevně odlišná od formulace v § 64 odst. 1 správního řádu „*může ... přerušit*“. S tímto systematickým pohledem se autorka nezabývala. Souhlasím ale s tím, že správní orgán rozhoduje o určení doby přerušení podle § 64 odst. 4 věta druhá správního řádu, a v tomto ohledu tedy není „požádáním“ žadatele vázán.

Ke str. 76: Myslím, že v řízení o povolení k dlouhodobému pobytu je obecná zásada materiální pravdy podle § 3 správního řádu podstatně modifikována zvláštními pravidly podle § 50 odst. 3 a § 52 věta první správního řádu, podle kterých v řízení o žádosti leží důkazní břemeno ohledně prokázání okolností důležitých k ochraně individuálních zájmů žadatele pouze na žadateli.

Ke str. 77-78: V poněkud neurčitých úvahách o „důkazní hodnotě úředního záznamu“ (zde záznamu o tzv. pobytové kontrole) postrádám jasný názor, ke kterému dospěl NSS v rozsudku č. j. 1 As 96/2008-115 a podle kterého „*úřední záznam ... nelze považovat za důkazní prostředek*“ (rozumí se: nikdy, tzn. ani ve spojení s výpovědí svědka či výsledkem účastníka). Tento závěr platí zvláště s ohledem na výslovně upravený důkaz ohledání věci podle § 54 správního řádu, který by mohl být úředním záznamem o pobytové kontrole „elegantně“ obcházen.

K oddílu 3.5. „Ověřování výkonu podnikatelské činnosti“ (str. 78 a násl.): Podle mého názoru ověřování této skutečnosti může mít jen stěží význam v řízení o žádosti o (vydání) povolení k dlouhodobému pobytu za účelem podnikání, neboť cizinec v této fázi pojmově ještě nemohl začít podnikat. Oddíl 3.5. je nicméně zajímavý, ale význam může mít spíše jen pro (následné) řízení o změně nebo zrušení (již vydaného) povolení. Nebo se mýlím?

K oddílu 3.5.2. „Materiální znak podnikatelské činnosti“ (str. 80 a násl.): Myslím, že by ne/splnění tohoto znaku bylo možné spolehlivě zjistit z přiznání cizince k dani z příjmů. Využívá tuto možnost Ministerstvo vnitra? Autorka se o tom v práci nezmiňuje.

Ke str. 88: Právní názor vyslovený v rozsudku Městského soudu v Praze č. j. 6 Ca 326/2007-48 je více než problematický, neboť je v rozporu s výslovným zněním § 36 odst. 3 správního řádu, jehož smyslem je právě to, aby účastník (a to i žadatel) mohl před vydáním rozhodnutí ve věci celkově shrnout svůj názor ke všem podkladům pro rozhodnutí, když navíc řadu podkladů pro rozhodnutí mohl v řízení vyhledat a opatřit správní orgán. Srov. též čl. 38 odst. 2 Listiny základních práv a svobod. Myslím, že autorka měla svůj postoj k tomuto judikátu vyjádřit jasněji, než učinila v závěru textu na str. 88: „*Otázkou zůstává, zda se jedná o obecně aplikovatelný závěr či byl tento závěr motivován konkrétními okolnosti případu*“

Ke str. 95: Považuji za problematický tento názor autorky: „*Za zjevně právně nepřipustnou by bylo možné posoudit žádost cizince o povolení k dlouhodobému pobytu za účelem podnikání ve formě samostatné výdělečné činnosti, který v době podání žádosti pozbyl bezúhonnosti ve smyslu § 6 odst. 2 ŽZ (živnostenského zákona), neboť tato je všeobecnou podmínkou pro provozování živnosti.*“ Totiž podle rozsudku NSS č. j. 2 As 74/2007-55: „*Žádost může být kvalifikována jako zjevně nepřipustná, pokud při jejím posuzování nebude správní orgán muset uplatňovat správní uvážení, resp. vykládat neurčité právní pojmy.*“ Přitom právě bezúhonnost je v § 6 odst. 2 živnostenského zákona vymezena pomocí neurčitých právních pojmů, zejména vazbou „*v souvislosti s podnikáním*“.

Ke str. 96: Autorka zde píše: „*Cizinci jsou ... oprávněni kumulovat více účelů pobytu, aniž by pro všechny disponovali povolením k dlouhodobému pobytu.*“ Zdá se mi, že tento názor je v rozporu s pravidlem obsaženým v § 45 odst. 1 ZPC: „*Cizinec, který hodlá na území pobývat za jiným účelem, než který mu byl povolen, je povinen požádat ministerstvo o udělení nového povolení k dlouhodobému pobytu. ... Cizinec, který hodlá na území pobývat za účelem podnikání, může o takovou změnu požádat, pokud je držitelem platného povolení k dlouhodobému pobytu a na území pobývá po dobu delší než 2 roky.*“ Popřípadě i v rozporu s pravidly obsaženým v § 37 odst. 1 písm. b) a § 56 odst. 1 písm. h) ZPC. To je podle mého názoru zásadní otázka. Jaký má na ni autorka názor?

Ke str. 115: Zajímavá úvaha autorky o diskreční pravomoci Ministerstva vnitra „v materiálním smyslu“ při rozhodování o povolení k dlouhodobému pobytu za účelem podnikání.

K Závěru (str. 116): Výborné stručné, jasné a zcela přiléhavé závěry. Souhlasím s názorem autorky, že hmotněprávní podmínky pro vydání povolení k dlouhodobému pobytu za účelem podnikání nejsou (vůbec) jasně, natož přehledně stanoveny. Autorka v kostce uzavírá: „*S ohledem na výše uvedené by bylo vhodné, aby ZPC napříště obsahoval samostatnou a přehlednou pasáž věnovanou hmotněprávní úpravě uvedeného institutu. Tato by měla obsahovat podmínky pro podání žádosti o povolení k dlouhodobému pobytu za účelem podnikání a přehledný výčet náležitostí a dokladů, které je cizinec povinen k této žádosti doložit.*“

K formální stránce práce:

Autora se vyjadřuje stručně, jasně a srozumitelně. Na str. 23 v poznámce pod čarou č. 101 je chybička v citaci zákona: správně má být § 170a odst. 1 in fine ZPC.

Shrnutí:

Práce splňuje všechny požadavky stanovené pro rigorózní práce.

II.

Předloženou práci **doporučuji k obhajobě** a - s výhradou průběhu obhajoby – ji navrhuji klasifikovat známkou „výborně“.

V Praze dne 16.6.2016

JUDr. Petr Svoboda, Ph.D.