

## Vývoj a perspektiva právního vymezení podnikatele

Jarmila Pokorná\*

### 1. Úvodní poznámky, pojem podnikatele v historickém pohledu

Slovem „podnikatel“ chápe ekonomie osobu, která organizuje výrobu, najímá vstupy, řídí každodenní činnost a nese nejistoty s tím související. Jeho důležitou úlohou je podstupovat rizika spojená se zaváděním inovací.<sup>1</sup> V tržním hospodářství reprezentuje stranu nabídky, která hledá svoji příležitost prosazení tím, že uspokojí potřeby strany poptávky. Současně tím naplňuje i vlastní představy o výnosu své činnosti a možnostech jejího dalšího pokračování. Povaha tohoto koloběhu vyžaduje, aby se všichni jeho účastníci mohli zcela svobodně rozhodovat o tom, jaké činnosti budou vykonávat a jak budou uspokojovat svoje potřeby. Oběh zboží a služeb však současně nemůže existovat bez určitého řádu, který zajistí rovnost podmínek a příležitosti a předvídatelnost následků určitého chování.

Svoboda a bezpečnost jsou základní charakteristikou optimálního podnikatelského prostředí, které by mělo poskytnout maximální prostor pro soutěživost

a ochotu podstupovat rizika, které ale současně nemůže fungovat bez limitů, jež brání zneužití soutěže, omezují nejistoty a zabraňují proměně podnikatelské svobody v libovůli. Oběh zboží a služeb se neobejde bez pravidel, která spojují svobodu s podrobením se určitému řádu a zbavují soutěž nebezpečí chaosu.

Na uvedená pravidla můžeme pohlížet různým způsobem – mohou to být pravidla vytvořená stranami smlouvy pro jednotlivý obchodní případ, zvyklosti působící v určitých odvětvích, obchodní podmínky. V různorodosti těchto pravidel hrají zásadní roli pravidla právní, která svou obecnou povahou a státně mocenskou vynutitelností akcentují prvek jistoty, ale zasahují někdy tímto působením velmi citelně do podnikatelské svobody. Dopadají na vztahy, které jsou předem definovány věcnou působností norem práva, a na osoby určené jejich působností osobní. Pokud tedy přijmeme myšlenku, že se fungování tržního hospodářství předpokládá existenci zvláštní skupiny osob, které jsou díky své povaze ať již jako jednotliví lidé nebo jako organizované lidské skupiny ochotny podstupovat rizika, soutěžit o poptávku po svých produktech, vynakládat energii na zhotovení a odbyt těchto produktů, potom by právě tato skupina osob měla být adresátem právních norem upravujících podnikatelskou činnost a vztahy, které jsou s ní spojeny. Z tohoto důvodu je rovněž zapotřebí najít definiční kritérium, které dovolí uvedenou skupinu popsat a odlišit ji od ostatních subjektů, které se rovněž vstupují do tržních vztahů.

\* Prof. JUDr. Jarmila Pokorná, CSc., Katedra obchodního práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity, Brno.

<sup>1</sup> SAMUELSON, P. A., NORDHAUS, W. D., *Ekonomie*, první vydání. Praha: nakladatelství Svoboda, 1991, ISBN 80-205-0192-4, str. 976.

V historickém pohledu nauky je právě specialita podnikatelského prostředí důvodem pro existenci obchodního práva jako zvláštního právního odvětví. Již v první polovině minulého století se objevovaly názory zpochybňující jeho samostatnost a zdůrazňující jednotné soukromé právo, které by vyhovovalo potřebám všech.<sup>2</sup> I přes pochybnosti však tehdejší nauka uvádí názor, že si obchodní právo uchovalo svoji samostatnost ve vědě i zákonodárství jako právo zvláštní, které je vnitřně jednotné, byť se zdánlivě skládalo ze zlomků. Tyto zlomky vykazují tytéž charakteristické základní rysy myšlenkové, které je spojují v jeden celek. Tento jednotný ráz norem obchodního práva má svůj původ v názorech a potřebách kupeckého stavu, jemuž právo obchodní především mělo sloužit, a odpovídá přirozené snaze obchodního života, aby se vyvíjel pokud možno svobodně a přece bezpečně, aby dosáhl pokud možno nejdalekosáhlejšího účinku při největší možné úspoře času i nákladů.<sup>3</sup>

Pravidla vytvářená obchodním právem pro jednání označovaná jako obchody a realizovaná subjekty, které se těmito obchody profesionálně zabývaly a které byly a jsou tradičně označovány jako obchodníci (kupci), tvoří právní rámec podnikání a jsou chápána jako záruka optimalizace jednání zúčastněných osob i vytváření organizačních struktur, v nichž se jednání realizovala. Přesné vymezení okruhu dotčených profesionálů dovolovalo i přesnou konstrukci pravidel pro jejich chování.

Pravidla regulující postavení obchodníků měla ale též značný význam pro subjekty stojící mimo tento okruh, neboť umožňovala přesnější pohled na rizika provázející vzájemné vztahy obou skupin subjektů a též přesnější určení ochranných prvků konstruovaných k vyrovnání pozice těch, kteří nebyli v hospodářských vztazích profesionály.

V dřívější nauce i právní úpravě byl subjekt zabývající se profesionálně podnikáním charakterizován jako obchodník (kupec) provozující určité typy obchodů. Právní úprava rozeznávala podle povahy obchodů obchody absolutní definované jako smlouvy, které musí být pokládány vždy za obchody, bez zřetele na to, zda ten, který je provozuje, je kupcem či nikoliv, a zda jsou provozovány po živnostensku, tj. k dosažení stálého výdělku, nebo jen příležitostně.<sup>4</sup> Kromě absolutních obchodů existovaly i obchody relativní, k nimž patřily určité zákonem vypočtené smlouvy, pokud byly uzavírány po živnostensku, a všechna jednotlivá právní jednání kupcova, která náležela k provozování jeho obchodní živnosti.<sup>5</sup> Otázka, zda živnost přesahuje meze pouhého řemesla, nebyla řešena s pomocí veřejného

práva, živnostenského řádu, ale rozhodujícími kritérii byl roční čistý výtěžek, který musel přesahovat 50 000 Kč, a skutečnost, že celé řízení a vedení podniku bylo organizováno po obchodnicku, zejména pokud šlo o způsob, jakým byla živnost vedena.<sup>6</sup>

Absolutní obchody a relativní obchody vypočtené v první odstavci čl. 272 obchodního zákoníku se nazývaly obchody základními, neboť zakládaly kupecký stav, kupeckou povahu subjektu, pokud byly provozovány po živnostensku. Logický protějšek k těmto obchodům tvořily obchody akcesorické (čl. 273 obchodního zákoníku), za něž byla pokládána všechna jednání kupcova, která náležela k provozu jeho obchodní živnosti, jednání, kterými kupec provedl již uzavřené základní obchody nebo kterými tyto základní obchody zajistil, podporoval nebo usnadňoval jejich uzavírání. Zatímco obchody základní zakládaly kupeckou povahu subjektu, obchody akcesorické ji předpokládaly.<sup>7</sup>

Podle toho, zda jednání zúčastněných stran lze pokládat za obchod u obou nebo jen u jedné z nich, dělily se obchody na jednostranné nebo oboustranné.<sup>8</sup>

Kupcem ve smyslu obchodního zákoníku byla každá osoba, která vlastním jménem provozovala po živnostensku alespoň jeden ze základních obchodů. Mohlo se jednat o osobu fyzickou nebo právnickou, sdružení osob (zejména obchodní společnost) nebo svépomocné společenstvo. Nebylo zapotřebí způsobilosti k právním jednáním, kupci mohly být i děti. Za nezbytné znaky kupce byly považovány následující skutečnosti:

- 1) provoz alespoň jednoho ze základních obchodů,
- 2) provoz základních obchodů byl prováděn po živnostensku, tj. s úmyslem opatřit si opětovným uzavíráním základních obchodů téhož druhu trvalý zdroj výdělku. Opětovné uzavírání určitých obchodů muselo být předem zamýšleno a nebylo rozhodující, k jakému účelu mělo být užito dosaženého zisku. Po živnostensku tedy mohl provozovat obchody i spolek, jenž výdělkem plynoucím z provozování obchodní živnosti užíval k účelům dobročinným, obecně prospěšným nebo jiným ideálním, nikoli komerčním, účelům.
- 3) Subjekt uzavírající obchody musel jednat vlastním jménem, přičemž nebylo nutno obchody provozovat osobně. Kupcem mohla být např. i vdova zastoupená v provozu obchodu prokuristou nebo dítě, které mělo poručníka. Kupcem byly vždy společnosti s ručením omezeným, i když neprovozovaly obchodní živnosti, ale věnovaly se činností humanitárním, zábavným, vzdělávacím apod. Na rozdíl od kupců, kteří skutečně obchody provozovali, byly tyto společnosti nazývány fiktivními kupci. Z hlediska obchodního zákoníku nebylo též třeba,

<sup>2</sup> MALOVSKÝ-WENIG, A., Příručka obchodního práva, první vydání. Praha: Československý Kompas, 1947, str. 2–3.

<sup>3</sup> Tamtéž, str. 3.

<sup>4</sup> Tamtéž, str. 21.

<sup>5</sup> Tamtéž, str. 27.

<sup>6</sup> Tamtéž, str. 28.

<sup>7</sup> Tamtéž, str. 32.

<sup>8</sup> Tamtéž, str. 36.

aby osoba provozující obchodní živnost splňovala též podmínky stanovené živnostenským řádem, daňovými, policejními nebo jinými předpisy náležejícími do veřejného práva.<sup>9</sup>

Kategorie kupce nebyla sama o sobě homogenní, nýbrž se ještě vnitřně dělila na kupce plného a neúplného práva. Dělení bralo v úvahu, že se některá pravidla obchodního zákoníku nehodí pro menší podnikatele, protože předpokládají buď širší rozhled a větší obchodnickou zkušenost nebo počítají s zařízeními, kterých se v menších podnicích neužívá. Všechny předpisy obchodního práva se proto uplatňovaly jen pro kategorii plnoprávných kupců, pro kupce neúplného práva se neuplatňovala pravidla o firmě, obchodních knihách a prokuře.

Toto dělení nesmělo být zaměňováno s dělením na kupce protokolované, tj. zapsané do obchodního rejstříku, a neprotokolované, kteří v obchodním rejstříku zapsáni nebyli. Ve většině případů byli sice plnoprávní kupci současně i kupci zapsanými do obchodního rejstříku, avšak zápis nebyl rozhodujícím kritériem pro kategorii kupců úplného práva. Příslušnost k této kategorii kupců byla dána naplněním předepsaného daňového základu (čistý zisk 50 000 Kč), plnoprávným kupcem byl tedy i ten, který, ač splňoval daňový základ, nesplnil povinnost dát se zapsat do obchodního rejstříku. Kupec, který daného daňového základu nedosahoval, se stejně tak nemohl stát plnoprávným kupcem jen na základě zápisu do obchodního rejstříku. Zápis měl právní význam v tom smyslu, že některé zákony spojovaly se zápisem kupce do obchodního rejstříku určité právní účinky, které postihovaly i zapsané kupce neúplného práva, nikoliv však nezapsané kupce plnoprávné.<sup>10</sup>

Pohled do minulosti tedy ukazuje, že osoby zabývající se profesionálně vytvářením určitých produktů nebo provozováním služeb, byly považovány za skupinu podléhající speciálním pravidlům a byla definována kritéria, podle nichž se posuzovala příslušnost k této skupině. Pokud bychom měli z historické úpravy vyvodit závěry, které by mohly být užitečné i pro pochopení současných pravidel a budoucího právní úpravy, zdůraznili bychom patrně tyto prvky:

- 1) pojem kupce byl pro oblast obchodního práva vymezen samostatně bez ohledu na veřejné právo,
- 2) základním vymežovacím kritériem byla činnost dané osoby v podobě přesně určených právních jednání – provozování určitého druhu obchodů,
- 3) vymezení bralo v úvahu hospodářský rozsah a význam činnosti, neboť zařazení do kategorie kupce plného práva přinášelo přísnější povinnosti, zejména

na pokud se jednalo o identifikaci kupců a způsob vedení jejich obchodů. Právní úprava tak nepřímou směřovala k posilování právní jistoty ve vztazích, do nichž tito kupci vstupovali.

## 2. Současná právní úprava kategorie podnikatelů

Právní úprava účinná v současnosti používá pro označení osob zabývajících se profesionálně podnikatelskou činností a navazujících obchodně právní vztahy pojem podnikatel. Vyhýbá se tak možnému nedorozumění, které by mohlo vzniknout používáním historických pojmů kupce a obchodů, a v nejobecnějším smyslu naznačuje, že podnikatele charakterizuje činnost označovaná jako podnikání a právně vymezená v ust. § 2 odst. 1 ObchZ. Navazuje tak v určitém smyslu na historickou úpravu, neboť využívá ke konstituování zvláštní skupiny subjektů činnost, kterou příslušníci této skupiny vykonávají.

Na rozdíl od dřívějšího chápání však k činnosti připojuje ještě kritérium přípustnosti této činnosti, jestliže zdůrazňuje, že podnikatelem je jen taková osoba, která vykonává podnikání na základě určitého oprávnění. Ust. § 2 odst. 2 písm. b), c) a d) ObchZ totiž výslovně určuje, že podnikatelem je osoba, která podniká na základě živnostenského oprávnění nebo oprávnění, které je požadováno speciálními právními předpisy pro takové činnosti, které nejsou živnostmi, nebo jde o zemědělské podnikatele, kteří musí splnit určité požadavky spojené se zápisem do evidence podle zákona o zemědělství. Výjimkou z této charakteristiky se zdá být první kategorie podnikatelů, osoby zapsané do obchodního rejstříku. Podle doslovného znění ust. § 2 odst. 2 písm. a) ObchZ se stávají podnikateli na základě svého zápisu do obchodního rejstříku, aniž by zákon vyžadoval faktický výkon podnikání a aniž by zmiňoval podmínku jeho oprávnění. Nauka označuje někdy tyto podnikatele jako „absolutní podnikatele“ nebo jako „podnikatele podle formy“<sup>11</sup>. Formulace zákona nevyžaduje, aby osoba zapsaná do obchodního rejstříku podnikala nebo byla alespoň oprávněna podnikat. Povahu podnikatele bude proto mít akciová společnost, společnost s ručením omezeným nebo družstvo, i když jsou založeny k jinému účelu než k podnikání. Povahu podnikatele má i jiná právnická osoba, jestliže se zapisuje do obchodního rejstříku podle zvláštního zákona, a to bez ohledu na druh činnosti, který vykonává nebo má vykonávat<sup>12</sup>. Fyzické osoby mohou být do rejstříku zapsány jen za podmínky, že již jsou podnikateli, tj. že

<sup>9</sup> Charakteristice kupce je věnována třetí hlava shora citovaného díla A. Malovského-Weniga, která je zde použita ve zkrácené podobě.

<sup>10</sup> Třetí kapitola díla cit. v pozn. 2, str. 59–62.

<sup>11</sup> HORÁČEK, T. in POKORNÁ, J., KOVAŘÍK, Z., ČÁP, Z., Obchodní zákoník. Komentář. I. díl. Praha: Wolters Kluwer ČR a. s., 2009, ISBN 978-80-7357-491-8, str. 8.

<sup>12</sup> PLÍVA, S. in ŠTENGLOVÁ, I., PLÍVA, S., TOMSA, M. a kol., Obchodní zákoník. Komentář. 13. vydání. Praha: C. H. Beck, 2010, ISBN 978-80-7400-354-7, str. 7.

oprávněně podnikají, výjimka z obecných předpokladů kvalifikujících podnikatele se na ně tedy nevztahuje.

Za přínos tohoto vymezení podnikatele považují propojení soukromoprávních a veřejnoprávních prvků, které umožnilo harmonizaci základních pramenů práva v dané otázce, tedy obchodního zákoníku a živnostenského zákona. Harmonizace však bohužel nezasáhla všechny související oblasti veřejného práva, zejména daňové předpisy používají terminologii zcela odlišnou. Kladem této úpravy je podle mého názoru i její stejnorodost, neboť se u pojmu podnikatel nerozlišuje, zda jde o osobu fyzickou nebo právnickou, a jsou zachyceny i osoby provozující činnosti, u nichž by mohly vzniknout pochybnosti (např. lékaři).<sup>13</sup> Na druhé straně přineslo toto pojetí podnikatele značné výkladové problémy, z nichž některé byly diskutovány v průběhu devadesátých let minulého století a některé byly vyřešeny až v nedávné minulosti. V přehledném vyjádření šlo o následující otázky:

- chápání tzv. fiktivních podnikatelů, tedy podnikatelů, kteří měli právní formu společnosti s ručením omezeným, akciové společnosti nebo družstva a u nichž obchodní zákoník výslovně dovozoval, aby byli založeni i k jiným než podnikatelským účelům. Diskuse o jejich povaze jako podnikatelů a o právním režimu závazkových vztahů, do nichž vstupovali, začala hned po účinnosti obchodního zákoníku<sup>14</sup> a byla uzavřena akceptací jejich podnikatelské povahy i přijetím závěru, že se jejich závazkové vztahy s dalšími podnikateli budou řídit obchodním zákoníkem (§ 261 odst. 1 ObchZ),
- zařazení podnikatelů, kteří nepodnikají, do skupiny podnikatelů nebo naopak jejich pojmání jako subjektů, které nejsou podnikateli. Nauka s různou mírou důrazu<sup>15</sup> upozorňuje na to, že znění ust. § 2 odst. 2 písm. b), c), d) ObchZ vyžaduje kromě podnikatelského oprávnění též skutečné provozování podnikatelské činnosti. Pokud by tedy bylo podnikatelské oprávnění uděleno, ale nebylo aktivně využíváno, není daná osoba považována za podni-

katele. Výjimkou se zdají být osoby, jejichž podnikatelský status zakládá zápis do obchodního rejstříku. Uvážíme-li však, že rovněž obchodní společnosti a družstva musí k zápisu do obchodního rejstříku prokázat, že podnikají oprávněně, týká se tato výjimka opět jen fiktivních podnikatelů.

- nedovolené podnikání a status podnikatele: závislost podnikatelského statusu na veřejnoprávním kritériu oprávněnosti nebo neoprávněnosti činnosti, kterou posuzovaný subjekt provádí, zde vede k závěru, který není pro realitu obchodních vztahů přijatelný a znamenal by značné narušení jejich jistoty. Negativním důsledkem, toho, že pojem podnikatel je odvozován především z veřejného práva a podnikatelem nemůže být ten, kdo sice vyvíjí činnost se znaky podnikání, ale nemá k tomu oprávnění, je odlišný právní režim vztahů, do nichž neoprávnění podnikatelé vstupují. Takové vztahy by se měly při dualitě úpravy závazkového práva řídit pouze občanským zákoníkem. Třetí osoby však objektivně nemohou být schopny rozlišit tyto vztahy od vztahů navázaných oprávněnými podnikateli, které budou podléhat zákoníku obchodnímu.<sup>16</sup> Problém byl odstraněn novelizací obchodního zákoníku zákonem č. 370/2000 a výslovnou úpravou dopadu neoprávněného podnikání na povahu a platnost právních úkonů učiněných osobami, které nemají podnikatelské oprávnění (§ 3a ObchZ),
- problém činnosti, která není upravena veřejnoprávními předpisy – vazba vymezení podnikatele na veřejnoprávní předpisy předpokládá, má-li zachytit všechny činnosti, jež by se potencionálně mohly stát podnikáním, že příslušné předpisy upravující podmínky podnikatelského oprávnění budou obsahovat i obecné kategorie dopadající na činnosti výslovně nespécifikované. Problém se konkretizoval v souvislosti s výčtem volných ohlašovacích živností ve vl. nař. č. 140/2000 Sb. Metoda právní regulace pomocí výslovného výčtu vždy vzbuzuje otázku, zda se nemohou objevit činnosti ve výčtu nezachycené, které by nemohly postavení podnikatele založit. Tyto pochybnosti jsou však v současné době odstraněny, neboť příloha č. 4 k živnostenskému zákonu formuluje předmět podnikání, který je volnou živností, zcela obecně a pro všechny činnosti shodně (výroba, obchod a služby neuvedené v přílohách 1 až 3 živnostenského zákona) a v seznamu oborů činností náležejících do živnosti volné je pod č. 80 pamatováno na výrobu, obchod a služby jinde nezařazené.

Můžeme tedy uzavřít, že na rozdíl od historického vymezení kupce se dnešní pojetí podnikatele opírá

<sup>13</sup> Na širší vymezení pojmu podnikatel upozorňuje PELIKÁNOVÁ, I. v díle Komentář k obchodnímu zákoníku (s přihlédnutím k evropskému právu). 1. díl, 4. aktualizované vydání. Praha: ASPI, 2004, ISBN 80-7357-009-2, str. 34–35 a vyslovuje se pro návrat k tradičnímu pojetí obchodníka.

<sup>14</sup> PELIKÁNOVÁ, I., Subjekt v obchodním právu, Právo a podnikání č. 2/1993, str. 11, FALDYNA, F., K problematice pojmu podnikatel a podnikání, Právo a podnikání č. 9/1993, od str. 2, PELIKÁNOVÁ, I., Podnikatel a podnikání podle obchodního zákoníku, Právo a podnikání č. 3/1994, str. 17, ELIÁŠ, K., Glosa k otázce podnikatele podle právní formy, Právo a podnikání č. 11/1993, str. 12–14, ELIÁŠ, K., Ještě dvě poznámky k podnikateli podle právní formy, Právo a podnikání č. 4/1994, str. 20.

<sup>15</sup> PLÍVA, S. v díle citovaném v pozn. 12, str. 7, PELIKÁNOVÁ, I. v díle cit. v pozn. 13, str. 37 a dále PELIKÁNOVÁ, I., Subjekt v obchodním právu, Právo a podnikání č. 2/1993, str. 11.

<sup>16</sup> Na problém upozorňuje PELIKÁNOVÁ, I. v díle Komentář k obchodnímu zákoníku (s přihlédnutím k evropskému právu). 1. díl, 4. aktualizované vydání. Praha: ASPI, 2004, ISBN 80-7357-009-2, str. 33–34.

o dvě kritéria, kritérium činnosti, která nese určité zákonem stanovené znaky, a kritérium oprávněnosti této činnosti. Kategorie podnikatelů je v zásadě homogenní, zachycuje osoby právnické i fyzické, které naplňují obě zmíněná kritéria. Vyšší nároky na transparentnost podnikatele klade právní úprava u obchodních společností a družstev, u nichž vyžaduje povinný zápis ve veřejném obchodním rejstříku a zveřejňování poměrně širokého okruhu informací ve sbírce listin tohoto rejstříku. Obdobné požadavky vyslovuje i vůči fyzickým osobám, jejichž podnikání nabylo většího rozsahu (kritériem pro posouzení je výše výnosů nebo příjmů za dvě po sobě následující účetní období – § 34 odst. 2 ObchZ). U ostatních fyzických osob nechává na jejich svobodném uvážení, zda se nechají do obchodního rejstříku zapsat a podrobí se tím zveřejňovacím povinnostem se zápisem spojeným.

### 3. Právní úprava podnikatele v novém občanském zákoníku

Úprava pojmu podnikatel je nově zařazena do občanského zákoníku. Změnu systematického začlenění vysvětluje důvodová zpráva souvislostí s unifikací úpravy závazkového práva a potřebou chránit spotřebitele.

Ve srovnání s historickou úpravou i úpravou v současnosti účinnou spojuje nové pojetí pozitivní obou: zachovává jednotný pojem podnikatele zahrnující osoby fyzické i právnické, ale vrací se k jedinému kritériu, od něhož odvozuje podnikatelský status, a tím je činnost vykonávaná profesionálním podnikatelským způsobem. Úprava již systematicky neodděluje vlastní vymezení podnikatele a charakteristiku podnikatelské činnosti jako činnosti samostatné, soustavné, vykonávané vlastním jménem podnikatele a na jeho vlastní účet a zaměřené na dosahování zisku, nýbrž určuje, že podnikatelem je každý, kdo vykonává takovou činnost živnostenským nebo jiným obdobným způsobem. Není proto pochyb o tom, že podnikatelé jsou osoby, které se profesionálně věnují takovým činnostem, jejichž cílem je uspět na trhu v soutěži s ostatními a získat tak hospodářský prospěch.

Okruh osob řazených k podnikatelům rozšiřuje druhý odstavce cit. ustanovení. Zmiňuje tři skupiny osob, které se též považují za podnikatele. Jejich podnikatelský status však není obecný, nýbrž funkčně podmíněný účelem ochrany spotřebitele a návazností na úpravu splatnosti ceny za zboží a služby ve vzájemných závazcích podnikatelů. Nová úprava upřesňuje, že za podnikatele se pro výše zmíněné účely pokládají

- osoby uzavírající smlouvy, které souvisejí s jejich obchodní, výrobní nebo jinou obdobnou činností – úprava jako by navazovala na historickou kategorii akcesorických obchodů, vyjadřuje zde však, že podnikatel neztrácí svůj podnikatelský status ani

v těch vztazích, v nichž nerealizuje vlastní předmět svého podnikání, nýbrž si např. v postavení zákazníka zajišťuje stroje, zařízení nebo služby nutné pro realizaci vlastního podnikání,

- osoby, které vykonávají samostatně svoje povolání. Je otázka, které kategorie osob spadají do této skupiny. V úvahu by připadala tzv. svobodná povolání jako jsou např. advokáti, notáři nebo lékaři, která byla v dosavadní úpravě zařazena pod ust. § 2 odst. 2 písm. c) ObchZ. Takto podnikající osoby byly k podnikání oprávněna speciálními předpisy a obecné živnostenské podnikatelské oprávnění se na ně nevztahovalo, nebylo však pochyb o tom, že jde o podnikatele. Podle nové úpravy by tedy příslušníci těchto povolání byli podnikateli podle § 420 odst. 1 a rozšíření ve druhém odstavci by na ně nedopadalo. Jiná skupina osob, které vykonávají svoje povolání samostatně a které dosud za podnikatele považovány nebyly, jsou členové orgánů obchodních společností. Ve vztahu k nim však není příliš logické účelové omezení druhého odstavce – pro účely ochrany spotřebitele a pro účely splatnosti závazků spočívajících v dodávce zboží nebo služeb, pokud jde o vzájemný závazek mezi podnikateli (§ 1963 NOZ). Nejlogičtější vysvětlení spatřuji v této chvíli v převzetí požadavků evropské směrnice č. 2011/7/EU ze dne 16. února 2011 o postupu proti opožděným platbám v obchodních transakcích. Podle bodu 10 preambule k této směrnici je zřejmé, že evropská interpretace příslušníky svobodných povolání k podnikatelům nepřiznává, vyžaduje však, aby se opatření zabezpečující včasnost plateb vztahovalo i na ně (viz též široká formulace definičních ustanovení v čl. 2, bod 1 a 3 cit. směrnice,
- osoby jednající jménem nebo na účet podnikatele: v historické návaznosti by šlo o relativní obchody spočívající v jednání komisionářů a zprostředkování a uzavírání obchodů pro jiné osoby, v současnosti vyhovuje uvedenému vymezení např. vázaný zástupce podle § 32a a násl. z. č. 256/2004 Sb. o podnikání na kapitálovém trhu. V návaznosti na diskusi, která k tomuto příspěvku proběhla, se domnívám, že účelové zaměření druhého odstavce ust. § 420 rozšiřuje okruh osob, které mají status podnikatele, i na takové osoby, u nichž je zřejmé, že podnikateli ve smyslu § 420 odst. 1 nového občanského zákoníku nejsou (např. zaměstnanec podnikatele, který pro tohoto podnikatele zařizuje určitou záležitost jako komisionář).

Základní úprava ust. § 420 NOZ je doplněna nevyvratitelnou domněnkou považující za podnikatele všechny osoby zapsané do obchodního rejstříku. Zachovává se tak kategorie tzv. fiktivních podnikatelů (podnikatelů podle formy) pro kapitálové obchodní společnosti a družstva, ovšem za podmínky, že je zákon upravující obchodní rejstřík zařadí do okruhu zapisova-

ných osob. Režim podnikatele by tak byl zachován i pro všechny další osoby, u nichž stanoví povinnost zápisu speciální právní předpis. Otevřené zůstává postavení fyzických osob provozujících podnikání velkého rozsahu. Zda budou zachyceny shora uvedenou domněnkou i tyto osoby, je rovněž závislé na nové úpravě rejstříkových zápisů.

Nová úprava zcela neopustila ani vazbu na veřejnoprávní podnikatelské oprávnění. Toto kritérium má však povahu jen doplňkovou a je spojeno s vyvratitelnou domněnkou. Podle ní se předpokládá podnikatelský status u všech osob, které mají k podnikání živnostenské oprávnění nebo oprávnění podle jiného zákona. Není již nadále nutné, aby podnikatelská činnost byla i skutečně vykonávána, a je ponecháno na dotčené osobě, aby prokázala, že podnikatelem není.

Ve spojitosti s dalšími pravidly nového občanského zákoníku mohou být do kategorie podnikatelů zařazeny ještě další osoby, na něž by se ust. § 420 odst. 1 NOZ nemohlo vztahovat z důvodů absence zletilosti:

- nezletilá fyzická osoba, která nenabyla plně svéprávnosti a které její zákonný zástupce s přivolením soudu udělil souhlas k samostatnému provozování obchodního závodu nebo jiné podobné výdělečné činnosti (§ 33 NOZ),
- nezletilá fyzická osoba, která není dosud plně svéprávná a které na její návrh přiznal svéprávnost soud, pokud je starší šestnácti let. Tato osoba musí prokázat schopnost samostatně se živit – zákon neupřesňuje způsob, kterým by si uvedená osoba měla obstarávat obživu, není proto vyloučeno, že bude provozovat činnost vykazující znaky podnikání podle ust. § 420 odst. 1 NOZ (§ 37 NOZ).

Při srovnání nové právní úpravy s výkladovými problémy, které vyvolávala úprava dosavadní, se zdá, že přerušením vazby na veřejnoprávní podnikatelské

oprávnění byla většina z nich odstraněna. Domnívám se však, že by soulad mezi soukromoprávním vymezením podnikatele a požadavky, které na něho klade veřejnoprávní úprava, měl být zachován a že by veřejnoprávní předpisy měly na nově upravený pojem podnikatele reagovat. Pokud se tak nestane, zůstává na rozhodovací praxi soudů, aby vytvořila určitý výkladový standard, který odstraní pochybnosti, jež s sebou praktický život nepochybně přinese.

#### **4. Změny ve výuce obchodního a občanského práva**

Výklad pojmu podnikatel náležel dosud ve výukové praxi plně předmětu obchodní právo, v němž tvořil náplň úvodních přednášek věnovaných subjektům obchodněprávních vztahů. Změněná legislativní situace otevírá podle mého názoru pro výuku další možnosti, které budou především determinovány rozhodnutím, zda bude zachováno obchodní právo jako samostatný výukový předmět, a pokud tomu tak bude, rozdělením přednášených témat mezi specialisty na občanské a na obchodní právo.

Nejjednodušší při řešení této složité otázky je setrvání u dosavadní praxe a zařazení výukové kapitoly o podnikatelích na začátek výukového tématu „subjekty obchodněprávních vztahů“. Pokud by byla zvolena cesta rozšíření výuky občanského práva a zaměření výuky obchodního práva jen na speciální témata výhradně související s podnikáním, potom by výklad o podnikatelích mohl tvořit zvláštní kapitolu výukového tématu „subjekty občanskoprávních vztahů“. Možnou variantou je i kombinace obou přístupů a demonstrace téže kategorie v různých úhlech pohledu podle toho, jaké by bylo základní zaměření výuky příslušného předmětu.