

**Pojednání o problematice ustanovení § 261 odst. 1
zák. č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníku,
ve znění pozdějších předpisů**

Dana Šramková, Jiří Valdhans*

1. ÚVOD

Na první pohled by se mohlo zdát, že následující pojednání o problematice § 261 odst. 1 zák. č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníku (dále jen ObZ) by mohlo být pouze další kapitolou v řadě čistě akademických diskusí. Avšak novelou 103/2000 Sb. zák. č. 72/1994 Sb., kterým se upravují některé spoluvlastnické vztahy k budovám a některé vlastnické vztahy

k bytům a nebytovým prostorům a doplňují některé zákony (zákon o vlastnictví bytů), se vytvořil předpoklad pro vznik nezanedbatelného počtu reálně existujících subjektů, a to ze zákona, které se budou zapisovat do obchodního rejstříku, stanou se tak podnikateli na základě § 2 odst. 2, písm. a ObZ, (viz následující výklad), ale nebudou vyvíjet podnikatelskou činnost.

Pro posouzení právního režimu závazkových vztahů navazovaných subjekty obchodního práva je rozho-

* Dana Šramková, studentka Právnické fakulty Masarykovy univerzity, Brno
Jiří Valdhans, student Právnické fakulty Masarykovy univerzity, Brno

dujícím ustanovením § 261 odst. 1 ObZ. Z textu tohoto ustanovení vyplývají dvě kriteria, která jsou pro určení obchodněprávního režimu závazkového vztahu rozhodující:

- a) jde o závazkové vztahy mezi podnikateli,
- b) při vzniku závazkových vztahů je s přihlédnutím ke všem okolnostem zřejmé, že se týkají jejich podnikatelské činnosti.

Citované ustanovení nevzbuzuje žádné problémy, pokud podnikatelé (definovaní v § 2 odst. 2 ObZ) skutečně vyvíjejí zákonem¹ presumovanou činnost označovanou § 2 odst. 1 ObZ jako podnikání. V souvislosti s problematikou fiktivních podnikatelů však znění § 261 odst. 1 ObZ ztrácí svou zdánlivou jednoznačnost.

V tomto směru vyvstávají do popředí dva okruhy problémů. Jedná se v první řadě o problematiku týkající se působnosti daného ustanovení na tzv. fiktivní podnikatele, charakterizovanou otázkami typu: které subjekty jsou považovány za fiktivní podnikatele a zda je vůbec fiktivní podnikatel (vzhledem ke znění níže diskutovaných ustanovení ObZ) podnikatelem, na něhož je v plném rozsahu aplikovatelná III. část ObZ.

V souvislosti s druhým okruhem problémů, který představují způsoby výkladu pojmu „podnikatelská činnost“ právě s ohledem na fiktivní podnikatele, se nabízí otázky: jaký je výklad termínu „podnikatelská činnost“ (a to vzhledem k obsahu pojmů „podnikání“ a „podnikatel“) a jaké je vyřešení použitelnosti citovaného ustanovení na již zmíněné fiktivní podnikatele.

2. PROBLEMATIKA FIKTIVNÍCH PODNIKATELŮ

Než se začneme věnovat otázkám týkajícím se fiktivních podnikatelů, je nutné si vyjasnit, které subjek-

ty jsou vlastně právními teoretiky za fiktivní podnikatele považovány.

Právní úprava přisuzuje za určitých okolností podnikatelský status i subjektům, které fakticky nepodnikají.

V našem právním řádu se jedná o osoby, které si ce splňují podmínku uvedenou v § 2 odst. 2, písm. a) ObZ (tj. jsou zapsány v obchodním rejstříku), ale jejichž činnost současně nenaplnuje všechny zákonné požadavky, které s podnikáním spojuje ustanovení § 2 odst. 1 ObZ.² Uvedené subjekty jsou pak označovány za podnikatele fiktivní neboli podnikatele podle formy.³

Pro další rozbor dané problematiky je rovněž důležité si uvědomit, že odstavce § 2 ObZ jsou na sobě vzájemně nezávislé. Každý z těchto odstavců totiž obsahuje definici jiného pojmu. První odstavec definuje pojem podnikání, druhý odstavec pojem podnikatel a odstavec třetí se zabývá definicí sídla, resp. místa podnikání. Z výše uvedeného je zřejmé, že marginální rubriku „Podnikání“ je v tomto případě nutno chápat jako souhrnné vyjádření pro zákonné definice obsažené v uvedeném ustanovení.

Kterým kategoriím subjektů tedy přiznává český právní řád status podnikatele? Odpověď na tuto otázku nám dává ustanovení § 2 odst. 2 ObZ, které taxativním způsobem vymezuje podnikatelské kategorie.

Zmíňme nejprve definice vymezené v písmenech b)–d) výše uvedeného odstavce. Tato ustanovení hovoří o osobách, které podnikají na základě živnostenského (písm. b)) nebo jiného než živnostenského oprávnění podle zvláštních předpisů (písm. c)), nebo se jedná o fyzické osoby, které provozují zemědělskou výrobu a jsou zapsány do evidence podle zvláštního předpisu (písm. d)). Z dikce zmíněných ustanovení vyplývá, že u těchto osob⁴ zákon sám předpokládá nějakou činnost, což je patrné zákonodárcem použitých termínů „podniká“ a „provozuje“.⁵

U písmene a) diskutovaného ustanovení⁶ byl však zvolen jiný způsob určení podnikatelského statusu,

¹ Viz výše zmíněný § 261 odst. 1 ObZ.

² Uvedený paragraf zde stanovuje celkem šest kumulativních podmínek pro označení konkrétní činnosti za podnikání: daná činnost musí být prováděna soustavně, musí ji vykonávat podnikatel – a to samostatně, vlastním jménem, na vlastní odpovědnost a za účelem dosažení zisku. U fiktivních podnikatelů se pak problematikou jeví zejména podmínka spočívající v účelu jejich činnosti.

³ V roce 1993 proběhla na dané téma v odborném tisku diskuse mezi FRANTIŠKEM FALDYNOU a KARLEM ELIÁŠEM, ve které došlo ke střetu dvou koncepčně odlišných názorů:

FALDYNA, F.: K problematice pojmu podnikatel podnikání, Právo a podnikání 9/1993, str. 2 a n.

ELIÁŠ, K.: Glosa k otázce podnikatele podle právní formy, Právo a podnikání 11/1993, str. 12 a n.

FALDYNA, F.: Glosa ke glose k otázce podnikatele podle právní formy, Právo a podnikání 1/1994, str. 11 a n.

ELIÁŠ, K.: Ještě dvě poznámky k podnikateli podle právní formy, Právo a podnikání 4/1994, str. 20 a n.

⁴ Podnikatelů podle § 2 odst. 2, písm. b)–d) ObZ.

⁵ Na tomto místě považujeme za vhodné alespoň zmínit problematičnost znění diskutovaného § 261 odst. 1 ObZ ve vztahu k subjektům spadajícím pod písmena b)–d) § 2 odst. 2 ObZ, které činnost předpokládanou v těchto ustanoveních nevykonávají soustavně. Již výše rozebrané ustanovení § 2 odst. 1 ObZ totiž za podnikání považuje činnost soustavnou. Jestliže uvedené subjekty soustavnou činnost nevyvíjejí, můžeme dovést závěr, že za současného stavu platné právní úpravy nepodnikají. Vzhledem k tomu, že ustanovení písmen b) a c) § 2 odst. 2 ObZ vyžadují podnikání a ustanovením písmene d) je vyžadováno provozování zemědělské výroby (které lze podle našeho názoru také považovat za podnikání), domníváme se, že u daných subjektů (byl by měly řádné podnikatelské oprávnění) lze pochybovat o jejich podnikatelském statusu, následně pak o aplikovatelnosti § 261 odst. 1, a tím i III. části ObZ.

⁶ § 2 odst. 2, písm. a) ObZ.

když zákon hovoří pouze o osobě zapsané v obchodním rejstříku. V tomto případě není v zákonném textu uvedena žádná další podmínka spočívající v druhu činnosti jako je tomu v písmenech b)–d). Z díkce písmene a) lze tedy usuzovat, že mohou existovat i takové subjekty, které jsou zapsány v obchodním rejstříku, ale nevyvíjejí činnost, kterou § 2 odst. 1 vymezuje jako podnikání.

Tato domněnka je dále prohloubena v §§ 56 a 221 ObZ. Uvedený § 56 ObZ ve svém odstavci 1 in fine připouští, aby společnost s ručením omezeným a akciová společnost byly založeny a vznikly i za jiným účelem než je podnikání, pokud to zvláštní zákon nezakazuje. Ustanovení § 221 hovořící o družstvech dává zakladatelům družstva možnost vybrat si, zda založí družstvo za účelem podnikání nebo zajišťování hospodářských, sociálních anebo jiných potřeb svých členů.

Pokud tedy obchodní zákoník ve svých §§ 56 a 221 takto výslovně upravuje možnost vzniku fakticky nepodnikajících subjektů, měly by mít i ony právní status podnikatelů. Za jeden z argumentů pro tento názor je možné považovat též dikci § 1 odst. 1 ObZ, který vztahuje působnost obchodního zákoníku na osoby *podnikatelů*: když obchodní zákoník obsahuje úpravu výše uvedených fakticky nepodnikajících subjektů, lze je právem pokládat za podnikatele. Dalším argumentem pro uznání možné formálnosti podnikatelského statusu je také požadavek právní jistoty, který nepřipouští možnost tápání, zda se při právním styku se společnostmi s ručením omezeným, akciovými společnostmi nebo družstvy jedná o podnikatele či nikoliv. Případná akceptace opačné možnosti by mohla vést ke zcela nepřijatelnému zproblematizování obchodního styku, kdy by pro každý konkrétní případ bylo nutné zjišťovat status daného subjektu.

3. VÝKLADOVÁ NEJASNOST USTANOVENÍ § 261 Odst. 1 ObZ

Bylo již zdůvodněno, že fiktivního podnikatele lze považovat za podnikatele plnohodnotného. Je však na místě položit si otázku, zda bude opravdu moci bez jakýchkoliv problémů na základě svého podnikatelského statusu používat podle § 261 odst. 1 ObZ třetí část obchodního zákoníku pro úpravu závazkových vztahů, do nichž vstupuje, tedy zda bude moci své závazkové vztahy upravit jako obchodněprávní na základě uvedeného ustanovení o relativních obchodech.

Příčina potenciálních nesnází může být skryta v § 261 odst. 1 in fine. Obchodní zákoník v tomto ustanovení klade, jak již bylo uvedeno výše, dvě kumulativní podmínky pro vymezení rozsahu své působnosti v obchodních závazkových vztazích:

1. Subjekty musí být podnikatelé. Při akceptaci v předchozím textu uvedeného závěru⁷ nejsou s touto podmínkou spojeny žádné problémy, a to ani ve vztahu k podnikatelům podle formy.
2. Při vzniku závazkového vztahu musí být s přihlédnutím ke všem okolnostem zřejmé, že se vztah týká podnikatelské činnosti těchto dvou subjektů.

Po zběžném pohledu by ani tento druhý předpoklad nemusel působit problémy a jevil by se zcela potřebným, pokud by ovšem nebylo třeba brát v úvahu již výše zdůvodněnou existenci fiktivních podnikatelů. V jejich případě je totiž zákonný požadavek být podnikatelem sice naplněn, avšak druhá podmínka, kterou je dle § 261 odst. 1 ObZ podnikatelská činnost, nemůže být právě u fiktivních podnikatelů nikdy naplněna (respektive působit současně tak, jak to vyžaduje zákon)⁸.

Po shrnutí výše uvedených faktů se nabízí konstatování, že třetí část obchodního zákoníku se na fiktivní podnikatele nevztahuje a že pro úpravu svých závazkových vztahů by tyto subjekty měly používat buď ustanovení o fakultativních obchodech obsažené v § 262 ObZ, nebo zákoník občanský (pokud se ovšem na daný případ nevztahuje ustanovení § 261 odst. 3 ObZ o tzv. absolutních obchodech).

S tímto (byť zdánlivě logicky odůvodnitelným) závěrem se ale není možné ztotožnit. Pokud totiž fiktivním podnikatelům obchodní zákoník přisuzuje podnikatelský status, měly by mít i tyto osoby možnost pro úpravu svých obchodněprávních závazkových vztahů používat třetí část obchodního zákoníku.

Schůdnou cestou k odstranění zmíněného nesouladu mezi uvedenými souběžnými podmínkami stanovenými § 261 odst. 1 pro případ fiktivního podnikatele může být (de lege lata) výklad pojmu podnikatelská činnost. Jeho bližší rozbor a posouzení vztahu pojmu podnikatelská činnost a podnikání by potom otevřelo cestu i k překonání výkladových potíží spojených s textem § 261 odst. 1 ObZ, které jsou způsobeny tím, že v obchodním zákoníku (a ani v jakémkoliv z mnoha desítek předpisů různé právní síly, které s tímto pojmem operují) není termín „podnikatelská činnost“ žádným způsobem definován. Nezbyvá tedy, než pokusit se rozebrat možné výkladové cesty k uvedenému pojmu a nalézt východisko, které by nejlépe vystihovalo postavení, jež fiktivní podnikatelé v závazkových vztazích zaujímají. Možné výkladové cesty lze rozdělit do dvou základních skupin.

V první skupině výkladů (body 1–4) jsou podnikání a podnikatelská činnost chápány jako dva samostatně stojící pojmy a důraz je kladen na hledání jejich

⁷ Fiktivního podnikatele považujeme za podnikatele plnohodnotného.

⁸ Fiktivní podnikatel totiž nepodniká, dokonce ani podnikat nemůže.

obsahu. Oba termíny přitom mohou vystupovat buď jako synonyma, nebo jako pojmy sice stojící vedle sebe, ale s obsahem vzájemně se nepřekrývajícími.

Druhá (volně navazující) skupina výkladů (body 5-6) pak předpokládá, že diskutované pojmy jsou ve vzájemném vztahu a obsahově se alespoň částečně překrývají (přičemž není vyloučeno, že jeden z nich bude jako obsahově užší zahrnut do pojmu obsahově širšího).

1) Význam pojmu „podnikání“ je shodný s „podnikatelskou činností“

Tento výklad sice bývá často uváděn ve výkladových slovnících, avšak ve svých důsledcích vede k vyloučení diskutovaných fiktivních podnikatelů z dosahu působnosti ustanovení § 261 odst. 1, neboť tito nebyli založeni k podnikatelským účelům a jednoduše ani podnikat nemohou.

Zároveň by akceptace tohoto výkladu připustila porušení jednoho ze základních legislativních pravidel – nepoužívání synonym, když by v tomto případě právní předpis místo jednotného používání pojmu „podnikání“ v některých svých ustanoveních operoval s termínem „podnikatelská činnost.“ V tomto směru lze souhlasit s názorem J. Bejčka⁹, který uvádí, že spíše než o pochybení může jít o zákonodárcův záměr zajistit právě podnikatelům podle formy stejný právní režim jako ostatním v tomto směru „bezproblémovým“ podnikatelům. Ovšem i za předpokladu, že je domněnka J. Bejčka správná, nejde o zákonodárcem šťastně zvolený způsob řešení, neboť jím byla situace ještě více zkomplikována (operování s nedefinovaným pojmem „podnikatelská činnost“ nejen že situaci fiktivních podnikatelů neřeší, ale může vést i k zavádějícím názorům, jež jsou naznačeny níže).

2) Pojem „podnikání“ stojí vedle pojmu „podnikatelská činnost“

Tato varianta může být z jazykového hlediska považována za celkem odpovídající. Podnikatelskou činnost lze totiž a priori chápat jako činnost související s podnikáním. Podnikání a podnikatelská činnost by pak společně mohly v postavení dvou vzájemně se neprolínajících podmnožin tvořit např. tzv. „podnikatelskou činnost“, která by byla vlastně sjednocením obou diskutovaných pojmů.

De lege lata je však uvedený výklad nepřijatelný, protože pro jeho akceptaci by většina ustanovení, která s pojmem podnikatelská činnost operují, ztratila svůj smysl. Pokud by totiž pod pojmem podnikatelská činnost byla chápána opravdu pouze činnost s podnikáním související (ale již ne podnikání samotné) zname-

nalo by to např. také vyloučení působnosti třetí části ObZ na vztahy týkající se přímo vlastního podnikání. Tím by došlo k opačnému efektu – tj. nejenom že by závazkovou část ObZ nebylo možné použít pro podnikatele podle formy, ale v případě vztahů týkajících se vlastního podnikání by nedopadala ani na „klasické“ podnikatele.

Tuto variantu ovšem není možné doporučit ani jako úpravu de lege ferenda, protože diskutované pojmy podnikatelská činnost a podnikání jsou obsaženy v celé řadě právních předpisů. Bylo by tedy velmi obtížné a neúčelné je všechny v naznačeném duchu novelizovat, tj. nahradit je např. zmíněným pojmem podnikatelská činnost. Navíc by takový postup mohl ve svém důsledku paradoxně vést k ještě větším výkladovým problémům.

3) Chápání pojmu „podnikání“ jako činnosti podle § 2 odst. 1 ObZ a „podnikatelské činnosti“ jako jakékoliv činnosti (jakéhokoliv) podnikatele

Při akceptaci tohoto výkladu v sobě podnikatelská činnost obsahuje vedle pojmu podnikání též činnost fiktivního podnikatele. Připuštění uvedeného výkladu tak řeší problematiku zahrnutí či nezahrnutí fiktivních podnikatelů pod působnost diskutovaného ustanovení § 261 odst. 1 ObZ a tím i třetí části obchodního zákoníku. Pokud je totiž fiktivní podnikatel považován za „plnohodnotného“ podnikatele a tento by vykonával svoji činnost, bylo by možné ji pod pojem podnikatelská činnost zahrnout.

Na druhou stranu však uvedené výkladové stanovisko obsahuje problém nový. Při výkladu vycházejícím z jeho doslovného znění by totiž bylo možné dojít k celkem logickému názoru, že třetí část obchodního zákoníku lze použít na skutečně *jakoukoliv* činnost podnikatele bez ohledu na fakt, zda má či nemá souvislost s jeho podnikáním. Protože by daný výklad mohl vést i ke zcela absurdním a nezamýšleným závěrům, nelze jej pro právní praxi považovat za použitelný.

4) Rozlišení „podnikání“ jako činnosti podle § 2 odst. 1 ObZ a „podnikatelské činnosti“ jako jakékoliv činnosti vyvíjené fiktivním podnikatelem

Uvedená výkladová varianta také zdaleka nepatří k nešťastnějším, protože kromě úskalí uvedeného již v popisu předcházejícího případu (tj. použitelnosti závazkové části obchodního zákoníku na jakoukoliv činnost, i když v tomto případě jen fiktivního podnikatele¹⁰) obsahuje ještě jednu další nesnáz. Při doslovném chápání totiž může vést k závěru, který zce-

⁹ Srovnej: BEJČEK, J.: Nad traumatizující záhadou působnosti § 261 a § 262 obchodního zákoníku, Právní rozhledy 10/1999, str. 508.

¹⁰ Také J. BEJČEK ve svém (již výše uváděném) článku uvádí, že „podnikatelé podle formy by byli úpravě obchodněprávní i při

la absurdně z dosahu ustanovení § 261 odst. 1 ObZ vyloučí všechny „nefiktivní“ podnikatele. Důvod této obavy je jednoduchý: zmíněné ustanovení operuje *pouze* s pojmem „podnikatelská činnost“ a o vlastním podnikání *expressis verbis* nic neříká. Výsledek by pak byl totožný s variantou uvedenou pod bodem 2).

5) Zahrnutí pojmu „podnikatelská činnost“ do pojmu „podnikání“

Východiskem toho výkladu je předpoklad, že pod pojem podnikání bychom výkladově zahrnuli pojem podnikatelská činnost. S tímto stanoviskem se nemůžeme ztotožnit, neboť již z výše uvedených výkladů vyplývá, že podnikatelskou činností je nutné (mj. i z jazykového hlediska) chápat širěji než samotné podnikání, kterým je myšlena pouze činnost podle § 2 odst. 1 ObZ.

6) Zahrnutí pojmu „podnikání“ do pojmu „podnikatelská činnost“

V tomto případě se jedná o zrcadlovou variantu k výkladu uvedenému v předcházejícím bodě. Pojem podnikatelská činnost je chápán jako množina, která v sobě zahrnuje podnikání jako jednu z podmnožin. Tento způsob výkladu by mohl být použitelný pro problematiku fiktivních podnikatelů. Skrývá v sobě ale úskalí, kdy by bylo nutné pojem podnikatelská činnost vykládat jedním způsobem pro fiktivní podnikatele a druhým způsobem pro podnikatele „klasické“.

Pro použití u klasických podnikatelů bychom musela být podnikatelská činnost chápána jako množina zahrnující zároveň podnikání (činnost zapsanou v obchodním rejstříku) a činnost s podnikáním související, resp. činnost zajišťující plynulý chod podnikání¹¹.

Oproti tomu pro fiktivního podnikatele by musela být tatáž podnikatelská činnost vykládána jako množina obsahující předmět činnosti zapsaný v obchodním rejstříku a činnost s tímto předmětem související, resp. zajišťující jeho plynulý chod.

Tuto možnost výkladu lze v *mezním případě* považovat za schůdnou, ale nejedná se o příliš elegantní cestu – právě pro zdvojenost výkladu, byť by jím došlo ke sjednocení právní úpravy. Pokud jde o problematiku fiktivních podnikatelů – v jejich případě je pod podnikatelskou činností chápána činnost vedoucí k naplnění účelu, za kterým byli založeni.

ODVOZENÍ POJMU „PODNIKATELSKÁ ČINNOST“ OD VÝKLADU POJMU „PODNIKATEL“

Poslední k diskusi předkládaná možnost výkladu se od všech ostatních liší již v samotném pojetí slova „podnikatelská“. Předcházející případy totiž vycházely ze vztahu podnikatelské činnosti a podnikání. Nyní je však stejný postup uplatněn při vztahu slova „podnikatelská“ ze spojení podnikatelská činnost a pojmu podnikatel. Podnikatelská činnost tedy nebude chápána jako činnost související nějakým způsobem s podnikáním, ale jako činnost, která je podnikatelskou jednoduše proto, že ji provádí podnikatel. (Příčemž podnikatelem je, jak již bylo vysvětleno dříve, i podnikatel fiktivní.)

Subjekt, který je podnikatelem na základě § 2 odst. 2, písm. a) ObZ, musí získat živnostenské oprávnění (z něhož lze zjistit předmět podnikání subjektu), jehož přiložení k návrhu na zápis subjektu do obchodního rejstříku, je jednou z podmínek tohoto zápisu. Z tohoto živnostenského oprávnění lze následně vyvodit určitou skupinu činností, které může podnikatel vyvíjet při výkonu podnikání ve smyslu § 2 odst. 1 ObZ.

Podnikatelé podle § 56 odst. 1 *in fine* jsou založeni za nějakým účelem, který (ač jiný než podnikání) musí být rovněž dostatečným způsobem specifikován, tj. být zapsán v obchodním rejstříku – v tomto případě jako předmět činnosti. Z něj je pak opět možné zjistit možný okruh činností potřebných k zabezpečení uskutečnění a dosažení účelu, za nímž byl subjekt založen. Stejný výklad lze použít i u družstev založených za účelem zajišťování hospodářských, sociálních anebo jiných potřeb svých členů podle § 221 ObZ.

V daném případě (na rozdíl od předcházející varianty) nedochází k žádnému výkladovému zdvojení. Slovo „podnikatelská“ ze spojení „podnikatelská činnost“ je vykládáno identickým způsobem pro podnikatele fiktivní i klasické, kdy u použití tohoto způsobu výkladu je případná fiktivnost subjektu irelevantní. Ani vymezení termínu „činnost“ by zde nemělo působit problematicky, neboť u obou kategorií subjektů se vychází ze stejného základu, kterým je zápis v obchodním rejstříku. U tohoto výkladového pojetí je rovněž patrná logická nutnost restriktivního pojetí činnosti, kterou je potřeba u fiktivních i „klasických“ podnikatelů vykládat jako obchodněprávně (podnikatelsky) relevantní činnost podnikatele.

nepodnikatelských aktivitách podřízeni automaticky (neboť jsou podnikateli již jen faktem zápisu do obchodního rejstříku), zatímco ostatní (nezapsané) subjekty jen v případě, že by skutečně podnikali.“

¹¹ Může se jednat například o nákup daňových dokladů, které podnikatel zcela zřejmě potřebuje pro své podnikání (resp. pro svou podnikatelskou aktivitu). V tomto případě totiž zjevně nejde o samotné podnikání, ale přesto má uvedený úkon k podnikání nesporný vztah.

Máme za to, že za stavu *de lege lata* by mohl tento výklad působit nejmenší nesnáze, neboť řeší nejen problematiku fiktivních podnikatelů, ale nenachází se v něm ani zdroj dalších možných nesnází ve vztahu k podnikatelům vyvíjejícím činnost, kterou § 2 odst. 1 vymezuje jako podnikání, jak tomu bylo u výkladů předcházejících.

4. PODNĚTY PRO ÚPRAVU DE LEGE FERENDA

Předcházející výklad obsahoval možné řešení za stavu *de lege lata*. Neméně důležité je však navržení možných úprav *de lege ferenda* – a to také vzhledem k faktu, že diskutované ustanovení § 261 odst. 1 ObZ nebylo na rozdíl od jiných dotčeno ani poslední novelou obchodního zákoníku.

Nabízejí se dvě potencionální cesty, kterými by se budoucí právní úprava mohla ubírat. Jednou z nich je redukce zákonného textu § 261 odst. 1 ObZ. Z uvedeního ustanovení by byla vypuštěna jeho druhá část, která problematický termín podnikatelská činnost obsahuje, s odvoláním na úpravu v základních ustanoveních obchodního zákoníku, konkrétně na § 1 odst. 1 ObZ.

Pokud bychom přistoupili na stanovisko, že znění § 261 odst. 1 ObZ bude vypadat následovně: „*Tato část upravuje závazkové vztahy mezi podnikateli.*“, mohly by se vyskytnout v minulé kapitole presumované, ale námi odmítané výklady, které by mohly vést k názoru, že třetí část obchodního zákoníku se bude vztahovat na jakékoliv závazky podnikatelských subjektů. Tento nepříznivý důsledek by snad bylo možné odstranit pomocí výkladu § 1 odst. 1 ObZ, který sám o sobě vymezuje rozsah působnosti obchodního zákoníku. Z takto vymezeného rozsahu je zřejmé,

že obchodní zákoník dopadá na podnikatele a jejich závazkové vztahy, a tím vylučuje takové vztahy, u nichž nejde o realizaci předmětu podnikání nebo účelu založení.

Za druhý možný (*a námi doporučený*) způsob případné úpravy *de lege ferenda* je možné považovat eventuelní rozšíření textu § 261 odst. 1, respektive zpřesnění druhé podmínky (souvislost s podnikatelskou činností) do té míry, aby pod ní bylo možno „vsunout“ (resp. podřadit) i podnikatele podle formy bez nutnosti nějakého dalšího zpřesňujícího výkladu. V případě první podmínky (subjekty musí být podnikateli) přitom samozřejmě není nutná žádná změna. Případná novelizace zmíněného ustanovení § 261 odst. 1 ObZ by potom mohla být vedena například následující formou, kdy by na konec zmíněného odstavce byla vsunuta část modifikující jeho znění i pro potřeby fiktivních podnikatelů: „*Tato část zákona upravuje závazkové vztahy mezi podnikateli, jestliže je zřejmé s přihlédnutím ke všem okolnostem, že se týkají jejich podnikání nebo jiného účelu, za němž byli založeni (§ 56 odst. 1 ObZ, § 221 ObZ).*“

5. ZÁVĚR

Podle našeho mínění neexistence definice pojmu „podnikatelská činnost“ způsobuje výkladové problémy o aplikovatelnosti III. části obchodního zákoníku na podnikatele podle formy. Ostatně pestrá škála možných pojetí pojmu podnikatelská činnost je uvedena v tomto článku. Nezbyvá tedy než konstatovat, že vzhledem k současné situaci, kdy je termín podnikatelská činnost obsažen v celé řadě předpisů různé právní síly, se jeví legální definice daného pojmu jako nezbytná.