

STATI

Správa vlastního majetku a podnikání

Milan Hulmák*

Abstrakt: Obsahem článku je pokus o nalezení hranice mezi pouhou správou vlastního majetku a podnikáním v soukromém právu. Přestože se uplatňuje princip jednoty právního řádu, pojetí v jiných právních odvětvích bude s ohledem na účel regulace často jiné. V soukromém právu je rozhodující naplnění kritérií podnikání podle § 420 odst. 1 a odst. 2 o. z. Zásadním může v hraničních případech být požadavek živnostenského nebo obdobného způsobu výdělečné činnosti. Autor se snaží tento požadavek interpretovat v souladu s historickými vzory i obdobnými úpravami v Rakousku a Německu jako požadavek určitého způsobu organizace práce, plánovanosti a rozsahu činnosti, trvalosti a časové náročnosti takové organizace. Tato kritéria musí být aplikována i na případy pronájmu majetku, účasti v obchodních společnostech nebo zemědělské činnosti. Pronájem bytu, investice do cenných papírů, účast v obchodní společnosti nebo hospodaření na vlastním pozemku nejsou bez dalšího podnikáním jenom z důvodu, že dochází k opakování této činnosti se záměrem dosažení zisku. Zvýšení právní jistoty v soukromém právu by mohlo přinést stanovení přesné hranice pro některé činnosti, pak spíše v podobě vyvratitelné právní domněnky. Jiným řešením je ale i zachování jednoty soukromého práva, povinná identifikace stran, ochrana očekávání druhé strany a za určitých okolností i samostatná odpovědnost například zprostředkovatelů za plnění zprostředkované smlouvy.

Klíčová slova: správa vlastního majetku, podnikání, podnikatel, spotřebitel, živnostenský nebo jiný obdobný způsob výdělečné činnosti

Úvod

Právo vlastnit majetek je jedním ze základních lidských práv.¹ Jeho nezbytnou součástí je právo spravovat vlastní majetek, vlastnické právo se vykonává při správě věci. Už na ústavní úrovni je přítom nutně si všimnout odlišných předpokladů stanovených pro podnikání. I právo podnikat je garantováno Listinou základních práv a svobod. Zákon však může stanovit podmínky podnikání. Práva na podnikání se lze dovolávat pouze v rozsahu provádějících zákonů,² navíc pro některé osoby může být právo podnikat omezeno.³

Listina základních práv a svobod naznačuje, že při řešení řady otázek bude nezbytné nalezení hranice mezi správou vlastního majetku a podnikáním.⁴ Výkon řady funkcí je spojen s omezením hospodářské činnosti s výjimkou správy vlastního majetku.⁵ V nava-

* Doc. JUDr. Milan Hulmák, Ph.D. Příspěvek je výsledkem projektu APVV-17-0562 *Zmluvy uzatvárané prostredníctvom elektronických platforiem*. Právní předpisy jsou vždy citovány ve znění pozdějších předpisů, ve stavu k 15. 11. 2020, není-li uvedeno jinak.

1 Srov. čl. 11 odst. 1 a 3 usnesení předsednictva ČNR č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky (dále jen „LZPS“).

2 Srov. čl. 26 odst. 1, 2 a čl. 41 LZPS.

3 Srov. čl. 44 LZPS.

4 Necháváme zde stranou skutečnost, že čl. 26 odst. 1 LZPS upravuje na témže místě i jinou hospodářskou činnost, kam někteří autoři řadí i správu a rozmnožování vlastního majetku (WINTR, J. In: WAGNEROVÁ, E. – ŠIMÍČEK, V. – LANGÁŠEK, T. – POSPÍŠIL, I. a kol. *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2012, čl. 26).

5 Srov. § 24 odst. 6 zák. č. 283/1993 Sb., o státním zastupitelství, § 47 zák. č. 221/1999 Sb., o vojácích z povolání, § 85 zák. č. 6/2002 Sb., o soudech, soudcích, přísedících a státní správě soudů a o změně některých dalších zákonů (zákon

zující judikatuře se pak řeší ústavnost takových omezení⁶ a kárná odpovědnost.⁷ Samozřejmě to neznamená, že by vlastnické právo nemohlo být omezeno, s ohledem na sociální funkci vlastnického práva pak dokonce bezúplatně.⁸ Zatímco však omezení vlastnického práva podléhá přísnému testu přiměřenosti, v případě práv hospodářských, tedy i práva podnikat, jde o test pouhé rozumnosti.⁹

V soukromém právu se lze ptát, zda cílem činnosti právnické osoby může být správa vlastního majetku,¹⁰ respektive zda zde jsou důvody pro zrušení právnické osoby po zániku podnikatelského oprávnění.¹¹ Podobně, v kterých případech dochází k porušení zákazu podnikání některých právnických osob.¹² V souvislosti s rozvojem sdílené ekonomiky vyvstávají otázky rozlišení podnikání a pouhé správy vlastního majetku stále častěji i v oblasti závazkového práva.¹³ Typickým případem je přenechání věci k užití jinému, zejména do nájmu, může se ale jednat i o založení obchodní společnosti, umožnění přepravy či výkonu jiné činnosti. V zahraničí bylo řešeno postavení dodavatelů elektrické energie ze solární elektrárny na nemovitosti.¹⁴ Spotřebitel (uživatel služeb a zboží) – *consumer* se stává *prosumer* (poskytovatel zboží, ubytování, úklidových služeb atd.).¹⁵ Taková činnost může znamenat, že poskytovatel služby již není spotřebitel, ale podnikatel.¹⁶ Subjekt může porušit zákaz podnikání, typicky pro určitý druh právnické osoby. Postavení stran se může promítnout i při určení smluvního typu.¹⁷ Charakter závazku se projevuje v pravidlech mezinárodního práva soukromého a procesního.¹⁸ Má dopad do insolvenčního řízení.¹⁹ Z hlediska veřejného práva vyvstává otázka potřebnosti povolení pro

o soudech a soudcích), § 16 odst. 4 a 5 zák. č. 312/2002 Sb., o úřednicích územních samosprávných celků, § 81 odst. 2 zák. č. 234/2014 Sb., o státní službě, § 4 zák. č. 159/2006 Sb., o střetu zájmů.

⁶ Srov. náleží ÚS ze dne 11. 2. 2020, sp. zn. Pl. ÚS 4/17.

⁷ Srov. rozhodnutí NSS ze dne 19. 11. 2019, sp. zn. 15 Kse 4/2018.

⁸ S odkazem na čl. 11 odst. 3 LZPS Ústavní soud připoustí i omezení bez náhrady (náleží ÚS ze dne 8. 12. 2020 sp. zn. Pl. ÚS 21/20, náleží ÚS ze dne 21. 12. 2018, sp. zn. Pl. ÚS 27/16). Limity podle čl. 11 odst. 4 LZPS se mají uplatnit pouze v případech, že jde o omezení, které vylučuje realizaci vlastnického práva buď zcela, nebo v rozsahu, který podstatnou měrou znemožňuje výkon vlastnického práva v některé z jeho složek.

⁹ Zda se právní úprava nedotýká samotné existence hospodářského nebo sociálního práva nebo skutečné realizace jeho esenciálního obsahu (náleží ÚS ze dne 8. 12. 2020 sp. zn. Pl. ÚS 21/20, odst. 61 an.).

¹⁰ Např. nadace – srov. usnesení NS ze dne 5. 11. 2002, sp. zn. 29 Odo 413/2002 a RONOVSÁ, K. Nadace (a trusty) v kontinentální Evropě – pohled funkcionální. *Obchodněprávní revue*. 2012, č. 7–8, s. 203. Naopak ve vztahu ke společnostem s ručením omezeným NS ze dne 21. 5. 2008, sp. zn. 29 Cdo 152/2007.

¹¹ Ustanovení § 93 písm. a) zák. č. 90/2012 Sb., o obchodních společnostech a družstvech (zákon o obchodních korporacích) – dále jen „ZOK“ – explicitně stanoví, že ztráta podnikatelského oprávnění není důvodem pro zrušení obchodní korporace v případě, že předmětem její činnosti je i správa vlastního majetku nebo jiná nepodnikatelská činnost. Dovojuje se, že předmětem činnosti obchodní korporace může být i správa vlastního majetku (srov. usnesení VS v Praze ze dne 24. 11. 2016, sp. zn. 7 Cmo 125/2016).

¹² Např. spolku (§ 217 zák. č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku, (dále jen „o. z.“), nadace (§ 307 o. z.), politické strany a hnutí podle § 17 odst. 2 zákona č. 424/1991 Sb., o sdružování v politických stranách a v politických hnutích.

¹³ Podobný problém vzniká v souvislosti s rozvojem platformem při rozlišení podnikání a výkonu závislé práce (podrobněji in: DEVOLDER, B. (ed.). *The Platform Economy. Unravelling the Legal Status of Online Intermediaries*. Cambridge – Antwerp – Chicago: Intersentia, 2019, s. 187).

¹⁴ BGH ze dne 5. 7. 2017, sp. zn. VIII ZR 147/16.

¹⁵ BUSCH, A. The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law? *eu*. 2016, č. 3, s. 4.

¹⁶ To má význam pro možnost použití úpravy nepřiměřených ujednání. Možnost odstoupit od smlouvy uzavírané pomocí prostředků komunikace na dálku nebude přicházet v úvahu s ohledem na *Airbnb* zavazuje hostitele k výběru ze tří možností storna ze strany uživatele (od benevolentní po přísné).

¹⁷ Např. obchodní zastoupení – obchodní zástupce musí být podnikatel (§ 2483 o. z.), zájezd – o zájezd se nejedná, jestliže soubor služeb cestovního ruchu je poskytnutý podnikateli za účelem jeho dalšího podnikání, nebo jestliže nabídka a poskytnutí souboru služeb cestovního ruchu není podnikáním (§ 2548 o. z.).

takovou činnost, způsobu zdanění příjmů, placení místních poplatků či eventuálního postihu pro neoprávněné podnikání.

Cílem tohoto článku je v první řadě pokus o vymezení základních kritérií odlišujících z pohledu soukromoprávního podnikání od pouhé správy vlastního majetku. Právní řád založený na principech jednoty, racionality a vnitřní obsahové bezrozpornosti s sebou nutně přináší imperativ stejného náhledu na srovnatelné právní instituty, byť upravené v rozdílných právních předpisech či dokonce odvětvích.²⁰ Princip jednoty právního řádu neznamena však, že úprava je skutečně ve všech odvětvích práva shodná. Smysl a účel zákonné regulace nutně nevyžaduje, aby hranice mezi pouhou správou vlastního majetku a podnikáním byla pro všechny případy stejná. Zájem na nestranném a nezávislém rozhodování, spravedlivý daňový systém, požadavek odbornosti výkonu činnosti nebo ochrana slabší strany v soukromoprávních vztazích se mohou projevit v různé míře regulace a v různě nastavené hranici mezi podnikáním a pouhou správou vlastního majetku.²¹ Na druhou stranu, také není pochyb, že by zde měla být snaha o jednotné pojetí, pokud zde nejsou zvláštní zřetelné a rozumné důvody pro odlišení.²²

Po vymezení správy vlastního majetku (část 1.) se článek zaměří na hledání kritérií odlišujících podnikání od pouhé správy vlastního majetku (část 2.). V další části je obsažena analýza tradičních oblastí, kde ke kolizi dochází, nájem, účast v obchodní společnosti a zemědělská činnost (část 3.). Protože rozlišení není vždy jednoduché, obsahem článku je i krátké zamyšlení, jak se uvedenému problému do určité míry vyhnout (část 4.).

1. Úprava správy vlastního majetku v soukromém právu

Občanský zákoník nikde správu vlastního majetku nevynezuje, dokonce s ní ani výslovně nepočítá. Jestliže je ale předmětem úpravy správa cizího majetku (§ 1400 a násl. o. z.), je zřejmé, že zde musí být i správa vlastního majetku.²³

Podobně obtížně se hledá vymezení správy vlastního majetku v judikatuře. Často se v této souvislosti cituje usnesení NS ČR ze dne 21. 5. 2008, sp. zn. 29 Cdo 152/2007, podle něhož „*správa vlastního majetku není podnikáním a nemůže proto být ani předmětem*

¹⁸ Podle čl. 6 odst. 2 nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 593/2008 ze dne 17. června 2008 o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (Řím I) a čl. 17 nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 1215/2012 ze dne 12. prosince 2012 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech.

¹⁹ Např. možnost oddlužení [§ 389 zák. č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon) – dále jen „ins. z.“].

²⁰ Srov. např. nález ÚS ze dne 6. 2. 2007, sp. zn. I. ÚS 531/05, nález ÚS ze dne 29. 11. 2007, sp. zn. III. ÚS 741/06, nález ÚS ze dne 10. 12. 2019, sp. zn. II. ÚS 2149/17, odst. 49.

²¹ Srov. rozhodnutí NSS ze dne 5. 11. 2020, sp. zn. 13 Kss 2/2020 – 146. Nešlo o hranici mezi pouhou správou vlastního majetku a podnikáním. Soud pojal správu vlastního majetku široce, včetně podnikání, a poměřoval ji s nepřipustnou jinou výdělečnou činností. Tu nedovodil, přestože soudce sám zřejmě podnikal podle § 420 odst. 1 o. z., byl držitel několika podnikatelských oprávnění i plátce DPH (nepřesně je citován § 420 odst. 2 o. z.).

²² Nejde o problém jenom v ČR, podobně třeba v Německu. V daňovém právu byla hranice shledána v okamžiku, kdy podle celkového obrazu činnosti a s přihlédnutím k veřejnému mínění převažuje využívání aktiv formou jejich přerozdělování nad jejich užíváním ve smyslu získávání užiteků z hodnot, které mají být zachovány (BFH ze dne 19. 1. 2017, sp. zn. IV R 50/14, BFH ze dne 10. 12. 2001, sp. zn. GrS 1/98). Podrobněji k daňovému rozlišení RITTER, F. *Die Abgrenzung der privaten Vermögensverwaltung von der Gewerblichkeit bei Private Equity-Fonds*. Wiesbaden: Springer Gebler, 2019.

²³ TICHÝ, L. In: ŠVESTKA, J. – DVOŘÁK, J. – FIALA, J. a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek III*. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 1084.

podnikání obchodní společnosti. Jde o činnost, jež je vlastní každé obchodní společnosti, neboť je nezbytná k jejímu řádnému fungování. Ke správě vlastního majetku není třeba žádného úředního povolení.“ Je tedy zřejmé, že správa vlastního majetku nevyžaduje úřední povolení, vykonává ji každý, když je třeba pro řádné fungování. Konkrétní kritéria pro rozlišení správy vlastního majetku a podnikání však nestanoví. Hlavně se však zdá z uvedeného rozhodnutí, že správa vlastního majetku nemůže podnikáním ani být.

Východiskem úvahy bude proto sémantický rozbor výrazu *správa vlastního majetku*. Majetek občanský zákoník vymezuje v § 495 o. z. jako soubor všeho, co osobě patří. Čelíme zde proto úplně stejnému problému, se kterým se potýkáme při výkladu § 1400 a násl. o. z., tj. úpravy správy cizího majetku. Majetek se v rámci této úpravy chápe širěji tak, že zahrnuje i dluhy. Ve své podstatě jde tedy o správu jmění.²⁴ S ohledem na ustálenost spojení je proto dále v tomto širším významu pojem majetek užíván.

Zda je konkrétní majetek vlastní či cizí, nemusí být vždy jasné. Skutečnost, že je osoba vlastníkem, neznamená vždy, že se s daným majetkem nezachází jako s majetkem cizím, typicky v insolvenčním řízení jako důsledek neúčinných úkonů, ale i v případě zajištění převodem vlastnického práva.²⁵ I občanský zákoník přikazuje použití pravidel správy cizího majetku na majetek převedený za účelem zajištění (§ 2042 o. z.). Správa vlastního majetku může být také obsahem závazku ke správě cizího majetku třetí osoby, typicky na základě smlouvy o správě k věrné ruce (*Treuhand, trust*) či komisionářské smlouvy.²⁶ Na pohledávku komisionáře ze smlouvy, kterou komisionář pro komitenta uzavřel, se v poměru komitenta ke komisionáři nebo jeho věřiteli hledí jako na komitentovu pohledávku (§ 2464 o. z.). V zásadě tu budou vždy dva různé úhly pohledu v závislosti na účelu regulace, vnější a vnitřní. Na jedné straně jsou zde třetí osoby, vůči nimž jedná osoba jako vlastník. Z vnějšího pohledu jde o správu vlastního majetku. Na druhé straně zákon chrání i zájmy zastoupeného a zejména jeho věřitelů, z vnitřního pohledu může jít o správu cizího majetku. Tento vnitřní vztah se pak může projevit i při ochranně nestranného rozhodování, řešení konfliktů zájmů, praní špinavých peněz, když se klade důraz na to, kdo je skutečný majitel.²⁷

Pojem správa je užíván v občanském zákoníku v různých významech, s různou šíří v závislosti na konkrétní úpravě, např. z hlediska vymezení oproti jiným úpravám. Například v souvislosti se správou cizího majetku (§ 1400) se zdůrazňuje význam diskrečního oprávnění správce, možnosti jeho uvážení o konkrétním naložení, aby mohla správa cizího majetku být odlišena od pouhého užívání cizí věci či úschovy.²⁸ Občanský zákoník upravuje i správu právnické osoby ve smyslu jejího řízení.²⁹ Můžeme se setkat s pojmy správy společné věci (§ 1123 o. z.) nebo společného jmění (§ 713 o. z.). I zde je podstatnou složkou rozhodování o nakládání se společnou věcí.³⁰

²⁴ Stejně ve vztahu ke správě cizího majetku PIHERA, V. In: SPÁČIL, J. a kol. *Občanský zákoník III. Věcná práva (§ 976–1474). Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 1153.

²⁵ Srov. § 2 písm. g) a 205 odst. 4 ins. z.

²⁶ Blíže k jednotlivým formám a rozdílům BORKOVEC, A. – JOSKOVÁ, A. – TOMÁŠEK, P. Fiduciární vztah a fiduciární povinnost pohledem (nejen) zahraničních jurisdikcí. *Právní rozhledy*. 2018, č. 23–24, s. 815.

²⁷ Srov. § 118b zák. č. 304/2013 Sb., o veřejných rejstřících právnických a fyzických osob a o evidenci svěřenských fondů, § 4 zák. č. 253/2008 Sb., o některých opatřeních proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu.

²⁸ PIHERA, V. In: SPÁČIL, J. a kol. *Občanský zákoník III. Věcná práva (§ 976–1474). Komentář*, s. 115, LOKAJÍČEK, J. In: PETROV, J. – VÝTISK, M. – BERAN, V. a kol. *Občanský zákoník. Komentář*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2019, s. 1469, TICHÝ, L. In: ŠVESTKA, J. – DVOŘÁK, J. – FIALA, J. a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek III*, s. 1085.

²⁹ Srov. např. § 217 odst. 3 o. z., § 338 odst. 1 o. z.

Problém rozlišení pouhé správy vlastního majetku od jiné výdělečné činnosti a podnikání vyvstává, jestliže dochází k rozšiřování vlastního majetku v důsledku rozhodování vlastníka o nakládání s vlastním jměním. Je přitom zřejmé, že správa vlastního majetku ve skutečnosti nemusí vést k žádnému obohacení, např. půjde jenom o údržbu, zničení či opuštění věci, nebo prominutí dluhu. Jejím cílem může být ve svém důsledku pouze zachování hodnoty spravovaného majetku v čase. Je také zřejmé, že zde nejde jenom o rozhodování, ale musí přistoupit i následné nakládání, a to v širokém významu (§ 1012 o. z.), např. nejde jenom o rozhodnutí o pronájmu, ale i pronajmutí. Pouhým rozhodováním bez výkonu rozhodnutí k žádné výdělečné činnosti docházet nemůže. Nakládání se nemusí realizovat jenom prostřednictvím právního jednání, ale i faktickou činností či nekonáním, např. zhotovením stavby, opravou věci, zasetím rostlin, neodstraněním stromů.

Správou vlastního majetku se rozumí i případy, kdy dochází k nabytí takového majetku. Je třeba si uvědomit, že při nabytí věci půjde často zároveň o pozbytí jiné věci či vznik dluhu vlastníka (v případě úplatného právního jednání).³¹ Může být sporné, zda do správy vlastního majetku zařadit i přijímání bezúplatného plnění. Správou vlastního majetku je určitě i takové jednání, které se týká vlastního majetku, např. sklizeň plodů, dohoda o bezúplatné opravě či údržbě věci, přijetí daru s příkazem, týkajícím se vlastního majetku. Není podstatné, zda jde již o existující majetek nebo budoucí majetek, např. příkaz nebo servis věci, která bude teprve vytvořena nebo nabyta.

Význam správy vlastního majetku by byl však zcela popřen, vyprázdněn, jestliže by zahrnovala všechna jednání směřující ke vzniku jakékoliv pohledávky. Do správy vlastního majetku nespadá proto jednání, jehož předmětem není vlastní majetek. Může jít o bezúplatná právní jednání, např. přijímání daru. Může jít o případy, kdy plnění vlastníka spočívá v jeho činnosti, např. výkonu zaměstnání, správě nebo údržbě cizího majetku, či jiné činnosti pro jiné subjekty, přestože zde může docházet ke vzniku pohledávky a rozšíření majetku.³² Správou vlastního majetku není ani jednání třetí osoby, přestože vzniká vlastníkovu pohledávka, např. způsobení škody.

2. Vztah správy vlastního majetku a podnikání

Předmětem zájmu je odlišení správy vlastního majetku od výdělečné činnosti a zejména od podnikání. Jde o pojmy, které nejsou vůči sobě v nadřazeném či podřazeném významu. Některé činnosti svým obsahem však mohou být jak podnikáním, tak správou vlastního majetku.³³ Ve své podstatě jde o hledání průniků těchto činností. Přesnější je proto hovořit o odlišení pouhé správy vlastního majetku a podnikání.

³⁰ Srov. KRÁLÍK, J. In: SPÁČIL, J. a kol. *Občanský zákoník III. Věcná práva (§ 976–1474). Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 483, REMEŠ, J. In: PETROV, J. – VÝTISK, M. – BERAN, V. a kol. *Občanský zákoník. Komentář*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2019, s. 1210, MELZER, F. – TÉGL, P. In: MELZER, F. – TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník – velký komentář*. Svazek IV. § 655–975. Praha: Leges, 2016, s. 358.

³¹ Nabytí věci do společného jmění manželů nebo podílového spoluvlastnictví se chápe jako právní jednání, které se netýká společného jmění manželů (§ 713 odst. 3 o. z.) nebo společné věci (§ 1127 o. z.): MELZER, F. – TÉGL, P. In: MELZER, F. – TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník – velký komentář*. Svazek IV. § 655–975, s. 364, KRÁLÍK, J. In: SPÁČIL, J. a kol. *Občanský zákoník III. Věcná práva (§ 976–1474). Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 486.

³² Ve své podstatě zde však vzniká podobný problém při hledání hranice mezi podnikáním a jinou činností, např. v případě výkonu funkce statutárního orgánu.

³³ Srov. rozhodnutí NSS ze dne 5. 11. 2020, sp. zn. 13 Kss 2/2020 – 146.

Východiskem úvahy musí být vymezení podnikatele a spotřebitele v § 419 a násl. o. z. S ohledem na omezení osoby spotřebitele na fyzickou osobu jde o určité zjednodušení. Nejde jenom o rozlišení, kdy člověk jednající při správě vlastního majetku je spotřebitelem a kdy se stává podnikatelem. Jak ukazují výše uvedené případy, např. zákazy podnikání, podobnou otázku, kdy se stává správa vlastního majetku podnikáním, je nutné si klást i v případech právnických osob.

Spotřebitelem je každý člověk, který mimo rámec své podnikatelské činnosti nebo mimo rámec samostatného výkonu svého povolání uzavírá smlouvu s podnikatelem nebo s ním jinak jedná (§ 419 o. z.). Za podnikatele se považuje ten, kdo samostatně vykonává na vlastní účet a odpovědnost výdělečnou činnost živnostenským nebo obdobným způsobem se záměrem činit tak soustavně za účelem dosažení zisku, a to se zřetelem k této činnosti (§ 420 odst. 1 o. z.). Pro účely ochrany spotřebitele a pro účely § 1963 se za podnikatele považuje také každá osoba, která uzavírá smlouvy související s vlastní obchodní, výrobní nebo obdobnou činností či při samostatném výkonu svého povolání, popřípadě osoba, která jedná jménem nebo na účet podnikatele (§ 420 odst. 2 o. z.).³⁴

Pro účely výkladu v úpravě občanského zákoníku mají zásadní význam domněnky a fikce podnikatele v § 421 o. z. V některých případech proto není nutné zkoumat, zda jsou naplněny podmínky podnikání. V jiných se jejich naplnění předpokládá. Pokud se budeme dále věnovat problematice správy vlastního majetku, pak tato otázka má v těchto případech omezený význam. Jestliže jde o fiktivní podnikatele, není nutné řešit, zda spravují majetek nebo podnikají ve smyslu § 420 odst. 1 o. z.

Na první pohled je zřejmé, že není nutné řešit ani případy, kdy podnikání spočívá v něčem jiném než v hospodaření s vlastním majetkem, např. ve správě cizího majetku, výkonu činností nijak nesouvisející s vlastním majetkem. Nemusíme příliš řešit ani jednorázové aktivity. Tam bude vyloučen charakter podnikání už jenom na základě požadavku soustavnosti, např. jednorázové postoupení pohledávky oproti obchodování s pohledávkami ve velkém.³⁵ Podobně nebude předmětem kolize bezúplatné jednání, např. rozdělování úrody, s tím se v případě podnikání často nesetkáváme, třebaže to není v jednotlivých případech vyloučeno. Kolize s podnikáním nepřichází v úvahu ani v případech, kdy se správa vlastního majetku neprojevuje v jednání vůči třetím osobám, např. oprava věci, výdělečná činnost se záměrem zisku vyžaduje jednání s třetími osobami, např. nákup nemovitosti, její oprava a následný prodej.

Z pohledu adresáta právního jednání není rovněž nutné řešit skutečný charakter jednání, tedy zda se nejedná o pouhou správu vlastního majetku, jestliže osoba vystupuje v konkrétním případě jako podnikatel, k tomu blíže dále (5.2) v souvislosti s identifikací jednajícího. Nejvyšší soud ve svém usnesení ze dne 30. 5. 2019, sp. zn. 29 NSCR 102/2017 v souvislosti s investováním do cenných papírů nejdříve zkoumal, jak subjekt formálně vystupuje, tj. na kapitálovém trhu nevystupoval jako profesionální zákazník, ani jako investiční zprostředkovatel či obchodník s cennými papíry.³⁶

³⁴ Z hlediska soukromého práva nejsou podstatné definice podnikání v předpisech veřejného práva, např. definice živnosti podle § 2 zák. č. 455/1991 Sb., živnostenského zákona (dále jen „ž. z.“). Nájem bytů či nebytových prostor, nemovitostí, přestože by naplňoval znaky, je však úplně vyloučen [§ 3 odst. 3 písm. ah) ž. z.].

³⁵ Rozhodnutí NSS ze dne 4. 3. 2014, sp. zn. 15 Kse 5/2013.

³⁶ Je však třeba říci, že kategorie profesionálního zákazníka nevyklučovala postavení spotřebitele, naopak neprofesionální zákazník spotřebitelem být nemusel srov. rozsudek SDEU, C-208/18, ze dne 3. 10. 2019, *Jana Petruchová proti FIBO Group Holdings Limited*, odst. 67 an. a § 2a a 2b zák. č. 256/2004 Sb., o podnikání na kapitálovém trhu.

Život nepřináší ale pouze jasné případy, kdy někdo jedná jako spotřebitel a kdy někdo jedná jako podnikatel. Jak píše generální advokát Bobek ve svém stanovisku ohledně užívání facebookového účtu, mezi těmito dvěma světy, z nichž jeden je nesporně soukromý a druhý zjevně podnikatelský, existuje padesát odstínů (facebookové) modré.³⁷

Člověk v rámci správy vlastního majetku činí často soustavnou výdělečnou činnost, na vlastní účet a na vlastní odpovědnost za účelem zisku. Ušetřené prostředky ukládá na účty, investuje do cenných papírů,³⁸ pořizuje nemovitosti za účelem jejich pronájmu, zřizuje fotovoltaické panely na svých nemovitostech, zakládá obchodní společnosti, staví domy za účelem prodeje, spekuluje, poskytuje úvěry jiným osobám. To samotné, přestože se tak činí soustavně, vlastním jménem na vlastní odpovědnost, za účelem dosažení zisku, nevylučuje, že se jedná o jednání spotřebitele, respektive nepodnikatele. Pronajímatel může být spotřebitelem, a to i v případě krátkodobých pronájmů.

Podíváme-li se na definici podnikatele podle § 420 odst. 1 o. z., je zřejmé, že mohou být naplněny správou vlastního majetku všechny parametry a že může jít o podnikání. Zásadní význam pro rozlišení může mít požadavek soustavnosti a požadavek výkonu výdělečné činnosti živnostenským nebo obdobným způsobem. Oba požadavky směřují podobným směrem.

2.1 Soustavnost

Právní úprava vyžaduje záměr soustavného výkonu výdělečné činnosti. Požadavek soustavnosti bude naplněn, jestliže půjde o činnost opakovanou. Požadavek soustavnosti nebude dotčen při delším prodlení, například v případě sezonních prací. Literatura se liší v požadavku pravidelnosti opakování.³⁹ Je zřejmé, že pouhá nepravidelnost opakování, např. v závislosti na poptávce a velikosti zakázky, nevylučuje podnikání. Na druhou stranu pravidelnost vylučuje nahodilost, přestože proto půjde o krátkodobou, ale pravidelnou činnost, může naplnit znaky podnikání, např. vedení účetnictví dva dny měsíčně. Je shoda, že požadavek soustavnosti nevyžaduje trvalost výkonu.⁴⁰

Můžeme si všimnout, že na rozdíl od předchozí definice v § 2 odst. 1 zákona č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníku (dále jen „obch. z.“), postačí záměr soustavného výkonu výdělečné činnosti. Ten bude naplněn, přestože výsledku nebude dosaženo.⁴¹ Ten bude také naplněn již při prvním jednání, aniž by muselo dojít k opakování činnosti.

Ve své podstatě se požadavek soustavnosti neinterpretuje pozitivně, co všechno by měl požadavek soustavnosti zahrnovat. Spíše se lze setkat s přístupem opačným. Je proto

³⁷ Stanovisko generálního advokáta Bobka, C-498/16, ze dne 14. 11. 2017, *Maximilian Schrems proti Facebook Ireland Limited*, odst. 46.

³⁸ Vznikly-li dluhy dovolatele z činnosti, v rámci níž dovolatel vystupoval při investování na finančních trzích jako zákazník (investor), který hodlá zhodnotit naspořené finanční prostředky obchodováním s investičními nástroji, nejde o dluhy z podnikání. Na charakter těchto dluhů nemá vliv ani skutečnost, že dovolatel si opakovaně (tříkrát) finanční prostředky zapůjčil od třetích osob (usnesení 30. 5. 2019, sp. zn. 29 NSCR 102/2017).

³⁹ Nepravidelnost připouští HAVEL, B. In: MELZER, F. – TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek III. § 419–654*. Praha: Leges, 2014, s. 12, LASÁK, J. In: LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654). Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 1607, PELIKÁNOVÁ, I. – PELIKÁN, R. In: ŠVESTKA, J. – DVOŘÁK, J. – FIALA, J. a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek I (§ 1–645, obecná část)*. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 959. Jinak dříve HORÁČEK, T. In: POKORNÁ, J. – KOVAŘÍK, Z. – ČÁP, Z. a kol. *Obchodní zákoník. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2009, § 2.

⁴⁰ HAVEL, B. In: MELZER, F. – TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek III. § 419–654*, s. 12.

⁴¹ Shodně LASÁK, J. In: LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654). Komentář*, s. 1607.

jasné, že požadavek soustavnosti nebudou naplňovat činnosti jednorázové,⁴² výjimečné, nahodilé.⁴³ Pronájem nebytových prostor nebyl v konkrétním případě posouzen jako podnikání, když šlo o nahodilé uzavírání smluv.⁴⁴ Podle Eliáše nejde o soustavný výkon výdělečné činnosti ani v případě sporadické výpomoci, byť za úplatu.⁴⁵

2.2 Živnostenský nebo obdobný způsob

Požadavek živnostenského nebo obdobného způsobu výdělečné činnosti je novinkou, která se v předchozí definici podnikání neobjevovala.⁴⁶ Má svůj původ v definici obchodníka podle čl. 4 Rakouského všeobecného obchodního zákoníku z roku 1863, v němž se vyžadovalo, aby obchodník po živnostensku činil obchody.⁴⁷ Inspirací pro něj byl čl. 1 *Code de Commerce*, podle něhož jsou obchodníci ti, kteří provádějí obchodní činnosti a dělají z nich své obvyklé povolání.⁴⁸ I v této době se vedla diskuse, co vlastně po živnostensku (*gewerbemäßig*) znamená, zda zde musí být účel obživy, časté opakování obchodu, či zda postačí jeden dlouhodobý obchod, např. prodej knihy vydané vlastním nákladem.⁴⁹ Někteří autoři viděli jako rozhodující vůli kupce od samého začátku zaměřenou na uzavření celé řady souvisejících obchodních transakcí.⁵⁰ Jiní viděli jako rozhodující plánování více obchodů, které by měly podnikateli založit trvalý zdroj příjmů, závod, vzniklý v důsledku řady jednání jako ucelené hospodářské činnosti na základě rozhodnutí podnikatele.⁵¹ Opakování obchodů však nebylo nezbytné, když už první obchod mohl založit postavení kupce.⁵² Podstatné také nebylo, zda šlo o výlučnou činnost, např. řada kupců byla zároveň statkáři a naopak.⁵³

Historicky tedy požadavek živnostenské činnosti nebyl spojen s potřebou veřejnoprávního povolení, a ani v kontextu současné úpravy nelze dovozovat, že by pojem podnikatele byl spojen s veřejnoprávním oprávněním nebo veřejnoprávní regulací.⁵⁴ Nemusí se jednat o výkon činnosti podle živnostenského zákona.⁵⁵ Jde o živnostenský či obdobný způsob výkonu výdělečné činnosti.

⁴² Usnesení NS ČR ze dne 29. 9. 2015, sp. zn. 23 Cdo 1364/2015 (uzavření jedné smlouvy).

⁴³ LASÁK, J. In: LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654). Komentář*, s. 1607.

⁴⁴ Usnesení NS ČR ze dne 24. 7. 2014, sp. zn. 29 Cdo 3198/2012.

⁴⁵ ELIÁŠ, K. *Kurs obchodního práva. Úvodní a obecná část. Soutěžní právo*. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 79.

⁴⁶ Srov. § 2 odst. 1 obch. z.

⁴⁷ Srov. čl. 4 zák. č. 1/1863 ř. z., obchodního zákoníku, podle něhož za kupce dle tohoto zákonníka pokládán budiž ten, kdo za živnost provozuje obchody („*gewerbemäßig Handelsgeschäfte betreibt*“).

⁴⁸ „*Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle.*“

⁴⁹ KOCH, F. C. *Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch herausgegeben mit Kommentar in Anmerkungen*. Berlin: J. Guttentag, 1863, s. 126 a 283.

⁵⁰ PUCHELT, E. S. *Commentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch*. Leipzig: Roßberg, 1874, s. 10. LÖHR, G. *Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch: erläutert aus den Materialien, der Rechtslehre und den Entscheidungen der deutschen Gerichte; unter genauer Berücksichtigung der Einführungsgesetze sämtlicher deutschen Staaten*. Elberfeld: R. L. Friderichs, 1868, s. 6.

⁵¹ GAREIS, K. – FUCHSBERGER, O. *Das allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch*. Berlin: J. Guttentag, 1891, s. 16 a 17.

⁵² KOCH, F. C. *Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch herausgegeben mit Kommentar in Anmerkungen*. Berlin: J. Guttentag, 1863, s. 283, PUCHELT, E. S. *Commentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch*. Leipzig: Roßberg, 1874, s. 11.

⁵³ PUCHELT, E. S. *Commentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch*. Leipzig: Roßberg, 1874, s. 11.

⁵⁴ LASÁK, J. In: LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654). Komentář*, s. 1608, ZAPLETAL, J. In: PETROV, J. – VÝTISK, M. – BERAN, V. a kol. *Občanský zákoník. Komentář*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2019, s. 420, PELIKÁNOVÁ, I. – PELIKÁN, R. In: ŠVESTKA, J. – DVORÁK, J. – FIALA, J. a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek I (§ 1–645, obecná část)*, s. 959.

Živnostenský nebo jiný způsob výdělečné činnosti je vykládán jako požadavek činnosti za účelem obživy.⁵⁶ Výše uvedený stručný přehled však ukazuje různé přístupy. V současné definici se může zdát tento požadavek duplicitní s ohledem na vyjmenované další znaky, které předchází definice výslovně neřešila, např. záměr soustavnosti a zaměřenosti na zisk.⁵⁷ Autoři si také všímají odkazů na jiný způsob, který podle nich při výkladu bez zohlednění veřejného práva postrádá smysl.⁵⁸

Připuštění jiných obdobných způsobů nutně neodkazuje na veřejnoprávní pojetí. Soukromé právo se aplikuje nezávisle na právu veřejném (§ 1 odst. 1 o. z.). Vymezení živnostenského podnikání podle § 2 a 3 ž. z. nemá v tomto žádný význam. Je nutné hledat autonomní obsah tohoto pojmu.⁵⁹ Nejde o vlastní charakter činnosti (čím, zda jde o živnost), ale kvalitu činnosti (jak). Proto odkaz na způsob. Odkaz na jiné obdobné způsoby vidíme spíše jako zdůraznění toho, že nejde o spojení s živnostenským podnikáním.

Pluralita činností při vymezení podnikání je typická pro definice podnikatele v právu EU. Jde pouze o snahu o nejvěrnější vymezení s odkazem na různý faktický charakter podnikatelské činnosti. Podíváme-li se například na definice podnikatele v čl. 2 odst. 2 směrnice 2011/83/EU o právech spotřebitele, objevuje se zde účel, který lze považovat za jeho obchodní činnost, podnikání, řemeslo nebo povolání. Také v Návrhu referenčního rámce se definoval podnikatel popisem různých činností, když mělo jít o samostatně vykonávaný obchod, práci, či povolání (*self-employed trade, work, or profession*).⁶⁰ Jinak se lze setkat s různými definicemi podnikatele, obecnějšími⁶¹ rozvedenými dále v judikatuře a odborné literatuře⁶² či vymežujícími podrobněji jednotlivé znaky podnikatelské činnosti,⁶³

⁵⁶ LASÁK, J. In: LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654). Komentář*, s. 1608, ZAPLETAL, J. In: PETROV, J. – VÝTISK, M. – BERAN, V. a kol. *Občanský zákoník. Komentář*. 2. vydání, s. 449.

⁵⁷ Shodně PELIKÁNOVÁ, I. – PELIKÁN, R. In: ŠVESTKA, J. – DVOŘÁK, J. – FIALA, J. a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek I (§ 1–645, obecná část)*, s. 958, HAVEL, B. In: MELZER, F. – TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek III. § 419–654*, s. 12, přes určité pochybnosti i ZAPLETAL, J. In: PETROV, J. – VÝTISK, M. – BERAN, V. a kol. *Občanský zákoník. Komentář*. 2. vydání, s. 420.

⁵⁸ Shodně PELIKÁNOVÁ, I. – PELIKÁN, R. In: ŠVESTKA, J. – DVOŘÁK, J. – FIALA, J. a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek I (§ 1–645, obecná část)*, s. 958, HAVEL, B. In: MELZER, F. – TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek III. § 419–654*, s. 12, přes určité pochybnosti i ZAPLETAL, J. In: PETROV, J. – VÝTISK, M. – BERAN, V. a kol. *Občanský zákoník. Komentář*. 2. vydání, s. 420.

⁵⁹ PELIKÁNOVÁ, I. – PELIKÁN, R. In: ŠVESTKA, J. – DVOŘÁK, J. – FIALA, J. a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek I (§ 1–645, obecná část)*, s. 959.

⁶⁰ Podobná diskuse probíhala v Polsku, např. nakolik vymezení hospodářské činnosti v § 2 zákona o svobodě hospodářské činnosti [ustawa z dnia 2 lipca 2004 o swobodzie dzialalności gospodarczej (Dz.U. 2004 nr 173 poz. 1807)] je závazné i pro vymezení podnikatele v čl. 43¹ polského občanského zákoníku (*Kodeks cywilny*, Dz.U. 1964 Nr 16 poz. 93). Polský Nejvyšší soud dlouhodobě vychází z toho, že pojem podnikatele vymezený v občanském zákoníku má autonomní obsah (rozhodnutí SN ze dne 13. 4. 2017, sp. zn. III CZP 3/17).

⁶¹ Srov. čl. I. – 1:105 odst. 2 DCFR.

⁶² Srov. § 14 BGB je podnikatelem ten, kdo při právním jednání jedná při výkonu své podnikatelské nebo samostatné profesní činnosti („bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt“). Podle § 52 odst. 2 zák. č. 40/1964 Zb. občanského zákoníka, je dodavatelem osoba, která při uzavírání a plnění spotřebitelské smlouvy jedná v rámci předmětu své obchodní nebo podnikatelské činnosti.

⁶³ Např. podnikatelskou činnost (*gewerbliche Tätigkeit*) vymezuje německá judikatura jako pravidelnou a trvající samostatnou hospodářskou činnost s účastní v hospodářské soutěži („jede planmäßige und auf Dauer angelegte selbständige wirtschaftliche Tätigkeit unter Teilnahme am Wettbewerb“ – BGH ze dne 23. 10. 2001, sp. zn. XI ZR 63/01).

⁶⁴ Např. podle čl. 43¹ polského občanského zákoníku (*Kodeks cywilny*, Dz.U. 1964 Nr 16 poz. 93), je podnikatel ten, kdo vlastním jménem vykonává činnosti podnikatelskou či profesní („prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową“), podle § 1 odst. 2 rakouského zákona o ochraně spotřebitele (*Konsumentenschutzgesetz*, BGBl. Nr. 140/1979) je podnikáním jakákoliv dlouhodobá organizace nezávislé ekonomické činnosti, i když není zaměřena na zisk („jede auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein“), stejná definice je v § 1 odst. 2 rakouského obchodního zákoníku (*Unternehmensgesetzbuch*, dRGBI.

i v nich se však objevují vedle sebe činnosti, které nemají zřetelné hranice a které spolu obsahově souvisí.

Různé jazykové verze ukazují, že jde částečně i o problém překladu. *Gewerblich, gewerbsmäßig* se nepředkládá dnes pouze jako živnostenský, ale také podnikatelský, profesionální, obchodní, z povolání.⁶⁴

Srovnání definice podnikatele v § 420 odst. 1 o. z. s tím, jak se živnostenský způsob historicky vykládal, odhaluje, které další znaky podnikání živnostenský či obdobný způsob představuje. To i při zohlednění vymezení podnikatele v právu EU a okolních právních řádech, když základ by měl být totožný. Samostatnost, soustavnost, zaměření na zisk,⁶⁵ to vše zákon vyjmenovává výslovně. Vedle toho jsou však také zmiňovány požadavky na určitou míru, rozsah, organizace práce, plánovanosti činnosti, trvalosti a časové náročnosti takové organizace. To jsou přitom znaky, jejichž naplnění povede k tomu, že se ze správy vlastního majetku, při naplnění ostatních kritérií, stane podnikání. Nezávisí zde na hodnotě spravovaného majetku, výši investice, ale na charakteru a náročnosti správy daného majetku.⁶⁶

Obdobná otázka se řeší i v rámci jiných členských zemí EU. V Německu se jako klíčové vidí, zda správa vlastního majetku a s ní souvisejícího jednání naroste na složitosti a komplexnosti natolik, že vyžaduje pravidelný provoz obchodu (*Geschäftsbetrieb*).⁶⁷ O pouhou správu vlastního majetku se bude jednat, jestliže ji lze vykonávat od stolu v obývacím pokoji.⁶⁸ O podnikání půjde až v případě pravidelného obchodního jednání, plánované obchodní činnosti vyžadující odpovídající zařízení jako je například kancelář nebo jiná organizace obchodu.⁶⁹ Nezáleží na velikosti majetku či výši investice.⁷⁰

S 219/1897). Nesmíme zapomenout na § 2 zákona č. 513/1991 Zb. obchodního zákoníku, podle něhož je podnikání „sústavná činnost vykonávaná samostatne podnikateľom vo vlastnom mene a na vlastnú zodpovednosť za účelom dosiahnutia zisku alebo na účel dosiahnutia merateľného pozitívneho sociálneho vplyvu, ak ide o hospodársku činnosť registrovaného sociálneho podniku podľa osobitného predpisu“.

⁶⁴ Srov. různé jazykové verze dokumentů EU v databázi *EUR-Lex* (dostupné z: <eur-lex.europa.eu>), např. i za pomoci překladáče *linguee*.de.

⁶⁵ Zaměřenost na dosahování zisku není dnes často předpokladem podnikání. Výslovně tak vyplývá z § 1 odst. 2 *Konsumenschutzgesetz* a § 1 odst. 2 *Unternehmensgesetzbuch*. V Německu je to do určité míry sporné, přesto se dovozuje, že postačí úplatnost, není předpokladem záměr dosahovat zisk, až na výjimky (srov. např. FRITZSCHE, J. In: ROTH, H. (Hrsg.). *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 1. Allgemeiner Teil*. Berlin: Sellier – de Gruyter, 2018, § 14 49). V Polsku se sice zmiňuje nezbytnost podřízení principům tržního hospodářství, včetně zaměření na zisk, připouští se však, že o podnikatele půjde i tehdy, jestliže je činnost zaměřena pouze na pokrytí nákladů činnosti vlastními příjmy (rozhodnutí SN ze dne 5. 12. 1991, sp. zn. III CZP 117/91, rozhodnutí SN ze dne 13. 4. 2017, sp. zn. III CZP 3/17). Podobně ani v DCFR (čl. I. – 1:105 odst. 2 DCFR). Zaměřenost na zisk je vnitřní okolnost, která se obtížně prokazuje, navíc může být manipulována, např. v rámci podnikatelského se skupení. Ochrana spotřebitele by se neměla odvíjet od takových vnitřních skutečností (BAR, C. von – CLIVE, E. (eds). *Principles, Definitions and Modern Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Volume I*. Munich: Sellier, 2009, s. 92). Na Slovensku naopak definice dodavatele podle § 52 odst. 2 slovenského občanského zákoníku je spojována s cílem dosahování zisku, přestože ostatní kritéria naplněna být nemusí (srov. BUDJÁČ, M. In: ŠTEVČEK, M. – DULAK, A. – BAJÁNKOVÁ, J. – FEČÍK, M. – SEDLAČKO, F. – TOMAŠOVIČ, M. a kol. *Občiansky zákonník I. § 1–450. Komentár*. 2. vydanie. C. H. Beck, 2019, s. 521 a 522). Jde mimo jiné o projev požadavku na širší ochranu spotřebitele. V českém občanském zákoníku je tento problém řešen pomocí § 420 odst. 2 o. z., kde se pro účely ochrany spotřebitele nevyžaduje, aby podnikatel jednal za účelem dosažení zisku.

⁶⁶ Stejně tak spotřebitel neztrácí postavení spotřebitele z důvodu hodnoty transakcí prováděných na základě takových smluv, jako jsou rozdílové smlouvy, velikosti rizika finančních ztrát spojeného s uzavíráním takových smluv, případné znalosti a odbornosti této osoby v oblasti finančních nástrojů. Srov. rozsudek SDEU, C-208/18, ze dne 3. 10. 2019, *Jana Petruchová proti FIBO Group Holdings Limited*.

⁶⁷ Např. BGH, ze dne 20. 2. 2018, sp. zn. XI ZR 445/17 (jako podnikatelé byli posouzeni spoluvlastníci několika nemovitostí, penzionu, apartmánového domu s 12 byty, bytového domu se 6 byty a rodinného domu).

⁶⁸ OLG Koblenz ze dne 10. 1. 2011, sp. zn. 5 U 1353/10.

Podnikáním nebyl shledán například provoz fotovoltaické elektrárny na svém domě, a to nezávisle na výkonu. Úkony, které jsou k takovému provozu nezbytné, nenaplnují rozsah obchodní činnosti.⁷¹ To samé platilo pro zápůjčky na jejich pořízení.⁷² Nabytí nemovitosti a její správa pravidelně tvoří správu vlastního majetku. Na tom nic nemění použití cizího kapitálu, typicky při pořízení nemovitosti.⁷³ Nepůjde o podnikání například v případě vysokého dividendového příjmu z portfolia cenných papírů⁷⁴ nebo dlouhodobého propachtování zemědělských pozemků.

Hranice mezi správou vlastního majetku a podnikáním se hledá i v Rakousku. Podnikatelskou činností se rozumí dlouhodobě organizovaná samostatná výdělečná činnost, jejímž prostřednictvím jsou navenek poskytovány ekonomicky hodnotné služby, pokud jsou nabízeny za odměnu pokrývající alespoň náklady.⁷⁵ Podnikání vyžaduje pravidelný a metodický přístup.⁷⁶ Je nutné odlišovat správu vlastního majetku (*Privatgeschäft*). I v rakouské judikatuře se připouští, že zákon nestanoví přesně žádnou minimální míru takové organizace (ani kapitálu, počtu zaměstnanců, produkce). Výjimka se výslovně připouští ve vztahu k ojedinělým ekonomickým aktivitám, kde není naplněn znak soustavnosti. Hledání hranice mezi příležitostnou činností a dostatečně organizovanou činností je obtížné.⁷⁷

Naplnění kritérií není dotčeno tím, že osoba využije pomocníka. Může k zajištění činnosti využít třetí osobu, např. pro úklid, vedení účetnictví, realitního makléře pro spravování nemovitostí a vyhledávání zájemců, ale i provozovatele platformy. Ve svém důsledku se taková konkrétní osoba nemusí věnovat dané činnosti v minimálním rozsahu, ale jenom z důvodu využití takové pomoci, např. zjednodušení spojení a vzájemné komunikace mezi smluvními stranami.⁷⁸ To samozřejmě v případě, kdy jde stále o jednání této osoby navenek.

V zahraničí se řešila i otázka, jaký význam má skutečnost, že je placeno DPH.⁷⁹ V kontextu české úpravy je však třeba dovodit, že význam je omezený (§ 1 odst. 1 o. z.). Placení DPH je spojeno s ekonomickou činností, nikoliv podnikáním [§ 5 zákona č. 235/2004 Sb., o dani z přidané hodnoty (dále jen „z. DPH“)].⁸⁰ Navíc řada plnění může být od placení

⁶⁹ FRITZSCHE, J. In: ROTH, H. (Hrsg.). *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungs-gesetz und Nebengesetzen. Buch 1. Allgemeiner Teil*, § 13 51, § 14 53, MICKLITZ, H. W. – PURNHAGEN, K. In: SÄCKER, F. J. (red.). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 1. 7. Auflage*. München: C. H. Beck, 2015, § 13 56.

⁷⁰ Shodně FRITZSCHE, J. In: ROTH, H. (Hrsg.). *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungs-gesetz und Nebengesetzen. Buch 1. Allgemeiner Teil*, § 13 51, § 14 53, TAMM, M. In: TONER, K. – TAMM, M. (Hrsg.). *Verbraucherrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2012, s. 41. SAENGER, I. In: WESTERMANN, P. D. (Hrsg.) *Erman BGB. Kommentar*. 14. Auflage. Köln: Dr. Otto Schmidt, 2014, § 13 14.

⁷¹ OLG Hamm ze dne 11. 11. 2015, sp. zn. 12 U 34/15.

⁷² LG Kleve ze dne 7. 2. 2017, sp. zn. 4 O 144/16, LG Saarbrücken ze dne 6. 9. 2017, sp. zn. 1 O 110/17.

⁷³ BGH ze dne 23. 10. 2001, sp. zn. XI ZR 63/01.

⁷⁴ Zajímavé je, že již v druhé polovině 19. století se u spekulace při koupi cenných papírů vylučovalo, že by mohlo jít o obchody činěné po živnostensku, přestože byly činěny opakovaně za účelem zisku (srov. GAREIS, K., FUCHSBERGER, O. *Das allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch*. Berlin: J. Guttentag, 1891, s. 17).

⁷⁵ OGH ze dne 24. 10. 2006, sp. zn. 10 Obs 170/06g, OGH ze dne 17. 7. 2018, sp. zn. 10 Obs 55/18p.

⁷⁶ OGH ze dne 15. 1. 2013, sp. zn. 4 Ob 204/12x.

⁷⁷ KREJCI, H. In: RUMMEL, P. – LUKAS, M. (Hrsg.). *ABGB – Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*. 3. Auflage. Wien: Manz, 2002, § 1 KSchG 19.

⁷⁸ Srov. KREJCI, H. In: RUMMEL, P. – LUKAS, M. (Hrsg.). *ABGB – Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, § 1 KSchG 21.

⁷⁹ Srov. BGH ze dne 26. 2. 2016, sp. zn. V ZR 208/14 – kupující pozemku se přihlásil jako plátc DPH, což v souvislosti s koupí nemovitosti bylo možné jen, pokud nemovitost měla být použita k podnikatelským účelům.

⁸⁰ Rozhodnutí NSS ze dne 22. 11. 2016, sp. zn. 2 Afs 100/2016.

DPH osvobozena, např. obecně pronájem nemovitostí (§ 56a z. DPH). Neznamená to však, že by uvedená skutečnost měla být při výkladu plně pominuta, např. při zkoumání očkávání adresáta právního jednání.

2.3 Vztah k definici podnikatele podle § 420 odst. 2 o. z.

Občanský zákoník obsahuje více vymezení podnikatele. Pro účely ochrany spotřebitele a pro účely aplikace § 1963 o. z. postačí, pokud osoba uzavírá smlouvy související s vlastní obchodní, výrobní nebo obdobnou činností či při samostatném výkonu svého povolání, popřípadě pokud osoba jedná jménem nebo na účet podnikatele.

Otázka kritérii pro rozlišení podnikání a pouhé správy vlastního majetku může být relevantní i ve vztahu k této definici. Východiskem úvahy je zjištění, v čem se vlastně definice podnikatele podle § 420 odst. 1 a odst. 2 první část věty první o. z. liší.⁸¹

Odpověď vyplývá z důvodové zprávy,⁸² v níž se zdůrazňuje, že k rozšíření dochází tak, aby pojem byl při ochraně spotřebitele vykládán konformně s evropským právem; spotřebitel musí být chráněn i v případech, kdy se ocitne v právním styku s osobou, pro kterou není kritériem zisku významné: např. při poskytování veřejné služby nebo při obecně prospěšné činnosti (např. při provozu nemocnic, veřejné dopravy, při provozování veřejně prospěšných ústavů) osobami, které ve vztahu k této činnosti status podnikatele nemají, např. proto, že náleží do veřejného sektoru.⁸³ Tedy přesně v duchu výše uvedených tendencí definice podnikatele. Ostatní požadavky § 420 odst. 1 o. z. by proto měly být relevantní i ve vztahu k obchodní, výrobní nebo obdobné činnosti či samostatnému výkonu svého povolání, tzn. činnost na vlastní účet a odpovědnost, živnostenským nebo obdobným způsobem se záměrem činit tak soustavně.⁸⁴ Relevantní je proto i dovozovaný rozdíl pro správu vlastního majetku, v níž absentuje živnostenský nebo obdobný způsob činnosti. Není však nijak vyloučeno, aby činností podle § 420 odst. 2 o. z. byla kritéria podle § 420 odst. 1 o. z. naplněna, např. při výkonu svobodného povolání se záměrem dosažení zisku.⁸⁵

3. Typické příklady

Problém rozlišení podnikání a pouhé správy vlastního majetku vyvstává zejména při pronájmu věcí, zejména nemovitostí, účasti v obchodních společnostech a zemědělské činnosti. V souvislosti s problematikou sdílení a platform pak jde především o přenechání věci k užití, typicky v podobě pronájmu.

⁸¹ Ostatní části definice § 420 odst. 2 o. z. již z hlediska správy vlastního majetku nejsou zajímavé.

⁸² Sněmovní tisk 362/O (6. volební období, 2010–2013), s. 656 [online]. Dostupné z: <www.psp.cz> [cit. 15. 11. 2020].

⁸³ Srov. rozsudek KS v Hradci Králové ze dne 23. 9. 2019, sp. zn. 21 Co 184/2019 (jako podnikatel podle § 420 odst. 2 o. z. byla posouzena Knihovna města Plzně, příspěvková organizace). Viz též rozsudek SDEU, C-147/16, ze dne 17. 5. 2018, *Karel de Grote – Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen VZW v. Susan Romy Jozef Kuijpers* (jako podnikatel posouzeno svobodné vzdělávací zařízení). Naopak jinak, a dle našeho názoru nesprávně, rozsudek NS ze dne 17. 10. 2019, sp. zn. 33 Cdo 3805/2018 (zde šlo dokonce o podnikatele podle § 421 odst. 1 o. z., když šlo o společnost s ručením omezeným).

⁸⁴ Shodně ZAPLETAL, J. In: PETROV, J. – VÝTISK, M. – BERAN, V. a kol. *Občanský zákoník. Komentář*, s. 450, PELIKÁNOVÁ, I. – PELIKÁN, R. In: ŠVESTKA, J. – DVOŘÁK, J. – FIALA, J. a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek I* (§ 1–645, obecná část), s. 959.

⁸⁵ Shodně ZAPLETAL, J. In: PETROV, J. – VÝTISK, M. – BERAN, V. a kol. *Občanský zákoník. Komentář*. 2. vydání, s. 449 a 450. Jinak LASÁK, J. In: LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část* (§ 1–654). *Komentář*, s. 1608.

3.1 Pronájem

Pořízení bytu je vnímáno jako vhodný prostředek k uložení úspor, nájemné z takového bytu je pak vítaným užitekem. Popularita vzrostla i s usnadněním možností pronájmu prostřednictvím různých platform. Práva a povinnosti obou stran jsou přitom do značné míry ovlivněna i tím, zda pronajímatel je podnikatel, či nikoliv.⁸⁶

Rozhodující by zde mělo být kritérium výše uvedené, tzn. zda k pronajímání dochází živnostenským či jiným obdobným způsobem. Zásadní je způsob správy takové věci, která se projevuje v určité organizovanosti, plánovanosti, metodičnosti správy. Z pronájmu se nestává podnikání jenom z důvodu, že pronajímatel pronajímá též vybavení, poskytne i lůžkoviny a zajistí celkový úklid. Pro posouzení, zda se jedná o podnikání, není podstatné, zda jde o nájem bytu podle § 2235 o. z. nebo krátkodobý nájem (ubytování) podle § 2326 o. z. Podnikání není podstatnou náležitostí ani jednoho z těchto smluvních typů. Nejde ani o výši nájemného či trvání nájmu. Dlouhodobý pronájem rodového panství může znamenat jediný příjem na léta.

Na tomto místě je však třeba upozornit, že daňová správa přistupuje k dané problematice úplně jinak, a to odlišně pro účely DPH a daně z příjmu.⁸⁷ Odlišný je rovněž náhled při zkoumání otázky, zda jde o živnost a zda jsou plněny s tím spojené povinnosti, např. označena provozovna.⁸⁸

V české judikatuře se akceptuje, že samotný pronájem může být podnikatelskou činností.⁸⁹ V konkrétním případě však soudy dovodily, že pronájem obchodního domu za účelem dosažení zisku takovým podnikáním není, když nepřesahuje správu vlastního majetku. Soudy zohlednily skutečnost, že pronajímatel podnikal v jiném oboru, v daném domě neměl ani kancelář, ani jej jinak nevyužíval pro své podnikání, jeho živnostenské oprávnění nezahrnovalo pronájem. Naopak význam neměl způsob zdanění příjmu z pronájmu.⁹⁰ Podrobnější úvaha, kdy dochází k naplnění požadavků na podnikatelskou činnost, však chybí. Nejde přitom o to, že pronájem mohl ve smyslu § 261 odst. 1 obch. z. souviset s jinou podnikatelskou činností podnikatele, a řídil se tedy v různé míře obchodním zákoníkem,⁹¹ ale o to, zda sám pronájem jí může být.

⁸⁶ K analýze vztahů při užití *Airbnb* bližze MAK, V. Private Law Perspectives on Platform Services Airbnb: Home Rentals between AYOR and NIMBY. *Journal of European Consumer and Market Law*. 2019, č. 1, s. 19 an. Hranice podnikání, která je předmětem diskuse, je však podle autorky relativně přísná. Výslovně vylučuje pouze příležitostné pronájmy prostor po dobu dovolené.

⁸⁷ Srov. Informace Generálního finančního ředitelství k daňovému posouzení povinností poskytovatelů ubytovacích služeb (*Airbnb* a další), č. j. 90076/17/7100-20116-050701 [online]. Dostupné z: <<https://www.financnisprava.cz/cs/dane/dane/dan-z-pridane-hodnoty/informace-stanoviska-a-sdeleni/Posouzeni-povinnosti-poskytovatelu-ubytovani>> [cit. 20. 11. 2020]. Pro účely DPH má být kritérium třídění podle oddílu 55 klasifikace produkce CZ-CPA České statistického úřadu, pro účely daně z příjmu se hledá rozdíl v délce, účelu, v rozsahu poskytovaných služeb a provádění oprav. Odkazuje se pak i na další kritéria, např. zda je cena uváděná za den, zda si energie obstarává uživatel. Na rozdíl od soukromoprávního pojetí jde však o tři kategorie – podnikání, nájem, ubytování, přičemž dochází do určité míry ke smíšení kritérií. Z hlediska soukromého práva je ubytování nájmem a většina výše uvedených kritérií jsou dispozitivní a neslouží k rozlišení nájmu bytu a ubytování, např. opravy, služby, uváděná cena. Skutečnost, že jde o ubytování, neznamená, že jde o podnikání.

⁸⁸ Výjimka v § 3 odst. 3 písm. ah) ž. z. (nájem nemovitosti, bytu či nebytového prostoru) nezahrnuje všechny nájem, ubytování (§ 2326 o. z.) je živností (bod 55 přílohy č. 4 ž. z.). Srov. rozsudek NSS ze dne 20. 8. 2020, sp. zn. 2 As 435/2018, rozsudek NSS ze dne 14. 1. 2020, sp. zn. 3 As 360/2017.

⁸⁹ Srov. usnesení NS ze dne 2. 9. 2014, sp. zn. 23 Cdo 340/2013.

⁹⁰ Rozsudek NS ze dne 21. 6. 2012, sp. zn. 22 Cdo 2044/2010.

⁹¹ Srov. rozsudek NS ze dne 11. 1. 2012, sp. zn. 31 Cdo 660/2010, rozsudek NS ze dne 19. 2. 2009, sp. zn. 30 Cdo 1889/2007.

V Německu v souvislosti s pronájmem judikatura dovozuje dlouhodobě dosažení této hranice v případě kolem osmi pronajímaných prostor, není zde však žádná jasná univerzálně aplikovatelná hranice.⁹² Z poslední doby je možné zmínit rozhodnutí, v němž nebyl pronajímatel posouzen jako spotřebitel, když ve svých čtyřech nemovitostech propachtoval restauraci s dvěma byty, pronajal šest bytů a jeden rodinný dům a krátkodobě pronajímal devět apartmánů. Navíc, k činnosti využíval ředitelku apartmánového domu a měl dva byty pro zaměstnance.⁹³ Jako podnikání nebyla posouzena koupě domu s osmi byty,⁹⁴ pronájem pěti bytů a tří nebytových prostorů,⁹⁵ pronájem osmi bytů.⁹⁶ V jiných případech se však zdůrazňuje, že pronájem bytů vyžaduje pravidelné uzavírání nájemních smluv v rámci hospodářské soutěže, zároveň jde alespoň o částečný zdroj příjmů, proto už určitý počet bytů může naplňovat podnikatelskou činnost.⁹⁷ Soudy dovodily podnikání také už v případě šesti bytů,⁹⁸ nebo dokonce jednoho bytu.⁹⁹

Pro daňové účely nebyl posouzen jako podnikatel pronajímatel jednoho plně vybaveného bytu, který každoročně pronajímal byt třem až sedmi různým nájemcům na období od dvou dnů do jednoho měsíce. Zároveň jim poskytoval služby jako povlečení, ručníky, minibar, internetové a telefonní připojení, různý nábytek, celkový úklid, informační materiály a plány výstav. Mezi jednotlivými pronájmy však byly mezery a nebyly poskytovány služby na denní bázi, např. snídaně, úklid na pokoji, recepce.¹⁰⁰ Podnikáním nebyl ani pronájem obchodního centra s 40 000 m² jako celku, každodenní úklid a ostraha byly zajišťovány jinými společnostmi na základě smluv uzavřených s nájemcem.¹⁰¹

V Rakousku se prosazuje podobný přístup. Hranice je však trochu nižší. Dlouhodobě je orientační hranicí pět bytů, při jejím překročení již nejde o spotřebitele.¹⁰² Jde o řešení tradičně přijímané v soudní judikatuře.¹⁰³ Nejde však o žádné paušální posouzení. Je třeba vždy zhodnotit konkrétní okolnosti, zda se daná ekonomická činnost z důvodu trvající organizace projevuje jako podnikatelská.¹⁰⁴ Tak tomu bude, jestliže jsou využívány třetí osoby, např. správce nemovitosti, existuje více stálých obchodních partnerů (více nájemních smluv vyžadujících vedení účetnictví na základě obchodních principů), dochází k zapojení jiných podnikatelů či pomocníků a vznikají déletrvající smluvní vztahy.¹⁰⁵ Není stanoven žádný požadavek na velikost provozu, minimální výši kapitálu či jinou minimální míru organizace, kapitálu. Spoluvlastníci šesti pozemků, kteří prodali část svých

⁹² Srov. přehled in: FERVERS, M. Der Vermieter als Unternehmer. *Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht*. 2018, s. 640–652.

⁹³ BGH, ze dne 20. 2. 2018, sp. zn. XI ZR 445/17.

⁹⁴ LG Hamburk ze dne 23. 5. 2016, sp. zn. 325 O 22/16.

⁹⁵ OLG Düsseldorf ze dne 12. 1. 2012, sp. zn. 24 U 72/09.

⁹⁶ LG Waldshut-Tiengen ze dne 30. 4. 2008, sp. zn. 1 S 27/07.

⁹⁷ AG Hannover ze dne 24. 9. 2009, sp. zn. 414 C 6115/09.

⁹⁸ LG Köln ze dne 3. 5. 2001, sp. zn. 1 S 264/00, AG Köln ze dne 28. 10. 2004, sp. zn. 210 C 248/04.

⁹⁹ AG Berlin-Lichtenberg ze dne 21. 6. 2007, sp. zn. 10 C 69/07 (pro naplnění podnikatelské činnosti je třeba účast v hospodářské soutěži s úmyslem dosažení zisku, postačí proto plánovaná a trvající nabídka služeb za úplaty bez ohledu na pravidelnost a rozsah).

¹⁰⁰ BFH ze dne 28. 9. 2010, sp. zn. X B 42/10 (NV).

¹⁰¹ BFH ze dne 14. 7. 2016, sp. zn. IV R 34/13.

¹⁰² LURGER, B. – AUGENHOFER, S. *Österreichisches und Europäisches Konsumentenschutzrecht*. 2. Auflage. Wien – New York: Springer, 2008, s. 30.

¹⁰³ Např. OGH ze dne 8. 7. 1980, sp. zn. 5 Ob 570/80, OGH ze dne 11. 8. 2020, sp. zn. 4Ob71/20z.

¹⁰⁴ OGH ze dne 17. 7. 2018, sp. zn. 10 Ob 48/18h.

¹⁰⁵ Např. OGH ze dne 8. 7. 1980, sp. zn. 5 Ob 570/80, OGH ze dne 11. 8. 2020, sp. zn. 4Ob71/20z.

spoluvlastnických podílů developerovi s tím, že část kupní ceny měla být zaplacená hotově a část v podobě 15–20 nově postavených bytů v rámci bytového komplexu, byli posouzeni jako podnikatelé. Uvedený projekt vyžadoval nezbytnou organizaci dané činnosti, když bylo zohledněno, že se kupující podíleli na budoucím realizovaném účelu koupě, tedy zastavení bytovým komplexem, pouze část ceny získali v hotovosti, nesli ekonomické riziko, cena přesahovala aktuální cenu nezastavených pozemků.¹⁰⁶

Je důležité si uvědomit, že nejde jen o počet pronajímaných věcí či jejich částí. Jestliže vlastník zdědí sedm rodinných domů, v jednom žije a šest dalších jako celek propachtuje či pronajme, ještě to neznamená, že se stal podnikatelem. Taková činnost není živnostenským způsobem výdělečné činnosti, když není spojena s žádnou organizační náročností, plánováním.¹⁰⁷ Pokud dojde k propachtování majetku, pak se podnikatelem stane pachtýř jednající svým jménem.¹⁰⁸

Důkazní břemeno o tom, že správa vlastního majetku nevyžaduje trvalou organizaci, a proto nejde o podnikání, má vlastník, pronajímatel, osoba nakládající s majetkem, ledaže je takový charakter zřejmý z okolnosti.¹⁰⁹

Při zkoumání, kdy dochází k naplnění kritéria živnostenského nebo obdobného způsobu výdělečné činnosti podle § 420 odst. 1 o. z., by mělo být vzato v úvahu množství bytů, množství nájemních smluv, zda jsou všechny v jednom domě či na různých místech, rozsah poskytovaných služeb, pravidelnost či pouze příležitostný charakter, délka nájmu, nikoliv však pouhá velikost majetku. To je však obtížné vždy zkoumat a jistě i v České republice se podobně jako v Německu nebo Rakousku vytvoří určitá hranice ve vazbě na počet spravovaných nemovitostí, respektive nájemních smluv, kdy je zpravidla hranice naplněna.

Do určité míry podobná úvaha, tj. náročnost správy, hraje význam při hledání kritéria pro obligatorní vznik společenství vlastníků jednotek (§ 1198 o. z.). Tam sice má zásadní význam i množství jejich vlastníků, ukazuje to však, kam by hranice klesnout neměla (pět bytů a čtyři nájemci). Správa činžovního domu s osmi byty dlouhodobě samostatně pronajímanými už se takovému provozu může blížit, a to při zohlednění rozsahu činností nezbytných pro zachování chodu, včetně s tím spojeného pravidelného zapojení třetích osob, např. úklid, údržba, právní a zprostředkovatelské služby, a nezbytného plánování zásadnějších oprav.

Jinou otázkou jsou omezení krátkodobých pronájmů, tedy i takové podnikatelské činnosti, v prostorách určených k bydlení. Nejde však bezprostředně o problém podnikání, ale obecných omezení vyplývajících ze stavebních předpisů či úpravy bytového spoluvlastnictví.¹¹⁰ V různých státech, zejména v turistických centrech, se lze setkat s různými omezeními krátkodobých pronájmů.¹¹¹ Často se řeší regulace v Berlíně.¹¹²

¹⁰⁶ OGH ze dne 17. 7. 2018, sp. zn. 10 Ob 48/18h.

¹⁰⁷ VONKILCH, A. Mietverträge im Fokus des Verbraucherrechts Eine Zwischenbilanz nach den ersten beiden Verbandsprozessen. *Wohnrechtliche Blätter*. 2007, č. 7–8, s. 188.

¹⁰⁸ OGH ze dne 21. 10. 2010, sp. zn. 5Ob155/10w.

¹⁰⁹ Např. OGH ze dne 8. 7. 1980, sp. zn. 5 Ob 570/80, OGH ze dne 21. 10. 2010, sp. zn. 5Ob155/10w.

¹¹⁰ Srov. v Rakousku – OGH ze dne 8. 11. 2011, sp. zn. 3 Ob 158/11y. Jednorázový pronájem po dobu dovolené však tento bytový charakter nenarušuje OGH ze dne 23. 4. 2014, sp. zn. 5 Ob 59/14h, v Nizozemí – KOOLHOVEN, R. Regulating AIRBNB in the Netherlands. *Journal of European Consumer and Market Law*. 2018, č. 6, s. 254.

¹¹¹ K situaci v Německu srov. BUSCH, C. Regulating Airbnb in Germany – status quo and future trends. *Journal of European Consumer and Market Law*. 2019, č. 1, s. 40, ve Španělsku srov. NADAL, A. Regulating Airbnb in Spain. *Journal of European Consumer and Market Law*. 2019, č. 1, s. 42–44.

Aktuálně byla před SDEU řešena regulace ve Francii, a to v souvislosti s volným pohybem služeb. SDEU dovedl, že službou ve smyslu směrnice 2006/123/ES o službách na vnitřním trhu je i úplatný opakovaný krátkodobý pronájem zařízených prostor určených k bydlení příležitostným zákazníkům, kteří zde nemají trvalý pobyt, vykonávaných v rámci podnikatelské či nepodnikatelské činnosti. Zejména však připustil možnost předchozího povolovacího režimu pro takovou službu z důvodu naléhavého obecného zájmu. Ten viděl v potřebě zajištění dostatečné nabídky bytů určených k dlouhodobému pronájmu za dostupné ceny v některých obcích s mimořádně vysokým tlakem na ceny nájemného.¹¹³

3.2 Účast v obchodních korporacích

Vlastník majetku se může při jeho správě rozhodnout i pro založení právnické osoby, obchodní společnosti. Je přitom zřejmé, že je nutné rozlišovat podnikání takové právnické osoby a podnikání samotného společníka, případně člena statutárního orgánu. V případě podnikání právnické osoby se často použije fikce podle § 421 o. z., kdy charakter činnosti není nutné zkoumat. Při zkoumání hranice mezi správou vlastního majetku a podnikáním je zřejmé, že předmětem zájmu je jednání společníka, nikoliv jednání společnosti samotné. Typicky půjde o případy ručení, společné dluhy, ale může jít například i o použitelnost rozhodčího řízení pro řešení sporů mezi společníky a společností.

V prvorepublikové judikatuře se prosadil závěr, že majetková účast na společnosti s ručením omezením není podnikáním takového společníka. Za samostatnou výdělečnou činnost bylo možné považovat i činnost veřejného společníka, pokud se účastnil vedení podniku a vykonával v něm práci, kterou jinak musel vykonávat každý podnikatel. Bylo-li však členství ve veřejné společnosti omezeno pouze na účast kapitálovou, takže společník nevykonával v podniku vůbec žádnou činnost, nemohl se dovolávat ochrany.¹¹⁴ Stejně tak ani účast tichého společníka na podnikání jiné osoby, kdy jde o pouhého věřitele, nikoliv společníka. Jinak se vnímala účast na veřejné obchodní společnosti nebo společnosti občanského práva. Zde soudy dovozovaly, že společníci jsou spolupodnikatelé.¹¹⁵ Již zde se objevují kritéria jako účast na vedení společnosti, již zde se hledá rozdíl mezi kapitálovými a osobními společnostmi. Oba přístupy se přitom projevují i ve vztahu ke stávající úpravě.

¹¹² Např. v Berlíně Gesetz über das Verbot der Zweckentfremdung von Wohnraum [Zweckentfremdungsverbot-Gesetz – ZwVbG (GVBl. 2013, 626)]. Předpis byl shledán v souladu s ústavou (VG Berlín ze dne 8. 6. 2016, sp. zn. 6 K 103.16), byla však potvrzena výjimka v případech, kdy je byt užíván jako druhý domov (pro pracovní, rekreační účely) a pronajímán krátkodobě v době nepřítomnosti vlastníka (VG Berlín ze dne 9. 8. 2016, sp. zn. 6 K 91.16), dokonce i v případech, kdy má vlastník oba byty v Berlíně. Seznam výjimek byl později novelizován a pravidlo druhého bytu vyloučeno, nově se rozlišují pravidla pro hlavní a vedlejší byty [Gesetz vom 9. 4. 2018 (GVBl. S. 211)]. Tyto změny nebyly shledány neústavní (VG Berlin ze dne 17. 10. 2018, sp. zn. 6 K 666.17 a VG 6 K 537.17). V České republice ze stavebnětechnických předpisů nelze bez dalšího dovozovat podobné závěry, srov. rozsudek NSS ze dne 26. 6. 2008, sp. zn. 2 As 39/2007.

¹¹³ Rozsudek SDEU C-390/18 ze dne 22. 9. 2020, ve věci *Cali Apartments SCI a HX v. Procureur général près la cour d'appel de Paris a Ville de Paris* (regulace byla omezená pouze na určité lokality, navíc zde byly i výjimky, ve své podstatě šlo o povolení změny stavebního určení daných prostor).

¹¹⁴ Rozhodnutí NS ČSR ze dne 25. 11. 1935, sp. zn. R I 1166/35 (Vážný 14 730), to v kontextu procesní úpravy odkladu exekuce podle zák. č. 34/1934 Sb.

¹¹⁵ Srov. rozhodnutí NSS ČR ze dne 15. 12. 1936, sp. zn. 16323/36 (Boh. A 12 691), to v kontextu zák. č. 221/1924 Sb., o pojištění zaměstnanců pro případ nemoci, invalidity a stáří.

V Německu jsou chápány bankovní a burzovní obchody jako správa vlastního majetku, nemají žádný podnikatelský charakter.¹¹⁶ I nabytí akcií či podílů se dlouhodobě posuzuje jako správa vlastního majetku. A to bez ohledu na to, zda se nabývá veškeré podíly ve společnosti nebo zda se stává zároveň členem statutárního orgánu. Samotné řízení společnosti pak také nepředstavuje pro člena statutárního orgánu podnikatelskou činnost.¹¹⁷

Jediný společník není podnikatel, podnikatelem je společnost s ručením omezeným. Pouze ta je odpovědná za dluhy společnosti, nikoliv člen statutárního orgánu či společník. Při tomto posouzení je nepodstatná vůle jednajících, záleží na objektivním posouzení. Jestliže byl účel zápůjčky získání podílu na společnosti, šlo pouze o správu majetku, nikoliv podnikání. O to by se jednalo pouze v případě, že správa těchto podílů by byla natolik náročná z hlediska času a odbornosti, že by vyžadovala zřízení kanceláře.¹¹⁸ Přesto se objevují i v judikatuře dílčí pochybnosti, když se zkoumá, zda statutární orgán ve společnosti s ručením omezeným ovládá zároveň alespoň blokační menšinu.¹¹⁹ Jiné řešení se hledá pro společníky v osobních společnostech, kteří ručí za dluhy společnosti. Na ty část literatury pohlíží jako na podnikatele, jestliže společnost podniká a nejde z její strany o pouhou správu vlastního majetku.¹²⁰ Jindy se však hledá řešení v závislosti na smyslu a účelu konkrétní normy, tedy v závislosti na potřebě ochrany těchto společníků.¹²¹

V Rakousku při zkoumání otázky, nakolik jsou společníci obchodních společností spotřebitelé, bylo dlouhou dobu rozhodováno, že vlastnictví podílu ve společnosti a zastupování takové společnosti není vlastní podnikatelskou činností.¹²² Později však došlo k prolomení tohoto principu. Nejvyšší soud dovodil, že jediný společník společnosti s ručením omezeným a zároveň jednatel je podnikatel, respektive nepoužije se ochrana poskytovaná spotřebiteli.¹²³ Převážilo ekonomické hledisko.¹²⁴

Zkoumá se, zda tyto fyzické osoby mají majetkový zájem na podnikání společnosti a zda mohou vykonávat skutečnou kontrolu společnosti (mají právo vetovat rozhodnutí). Pouhý majetkový zájem nestačí (není podstatná velikost podílu), jestliže subjekt nemůže vykonat podstatný vliv na řízení společnosti. V takovém případě jde ve své podstatě pouze o finanční investici a společníkovi musí být poskytnuta ochrana jako spotřebiteli.

Splněny musí být oba předpoklady. V jiném rozhodnutí nejvyšší soud dovodil, že přestože se jednalo o většinového společníka, šlo o spotřebitele, protože nemohl vykonávat skutečnou kontrolu.¹²⁵ Možnost skutečné kontroly nezakládá pouhá prokura.¹²⁶

¹¹⁶ MANSSEL, H.-P. In: *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch*. 15. Auflage. München: C. H. Beck, 2014, § 13 Rn. 1–7.

¹¹⁷ BGH ze dne 5. 6. 1996, sp. zn. VIII ZR 151/95, BGH ze dne 28. 6. 2000, sp. zn. VIII ZR 240/99 (společník a jednatel jako spoludlužník u spotřebitelského úvěru, respektive leasingové smlouvy).

¹¹⁸ OLG Celle ze dne 22. 9. 2010, sp. zn. 3 U 75/10.

¹¹⁹ Srov. BAG ze dne 19. 5. 2010, sp. zn. 5 AZR 253/09 (při zkoumání, zda jednatel společnosti vykonává samostatnou výdělečnou činnost ve smyslu § 13 BGB).

¹²⁰ Srov. SAENGER, I. In: WESTERMANN, P. D. (Hrsg.). *Erman BGB. Kommentar*. 14. Auflage. Köln: Dr. Otto Schmidt, 2014, § 13 14. ALEXANDER, C. In: GSELL, B. – KRÜGER, W. – LORENZ, S. – MAYER, J. (Hrsg.). *Beck-online. GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht (BeckOGK.BGB)*. München: C. H. Beck, 2017, § 13 337.

¹²¹ OGH ze dne 19. 3. 2013, sp. zn. 4Ob232/12i.

¹²² OGH ze dne 26. 9. 1991, sp. zn. 6 Ob 607/91.

¹²³ OGH ze dne 11. 2. 2002, sp. zn. 7 Ob 315/01a.

¹²⁴ Podrobněji SKARICS, F. (Kein) Verbraucherschutz für interzedierende GmbH-Gesellschafter? *Österreichische Notariatszeitung*. 2017, Hf. 3, s. 81. Přehled názorů a vývoje, pokud jde o společníka společnosti s ručením omezeným, je v rozhodnutích OGH ze dne 24. 4. 2012, sp. zn. 2 Ob 169/11h a OGH ze dne 19. 3. 2013, sp. zn. 4Ob232/12i.

¹²⁵ OGH ze dne 14. 2. 2007, sp. zn. 7 Ob 266/06b.

¹²⁶ OGH ze dne 14. 2. 2007, sp. zn. 7 Ob 266/06b.

Pokud má společník menší než 50% podíl, nemůže zpravidla vykonávat rozhodující vliv na řízení společnosti. Jinak v případě, kdy mu například ze společenské smlouvy vyplývá blokační menšina. Podnikatelem byl shledán i společník menšinový, jestliže měl právo blokovat rozhodnutí většinových společníků.¹²⁷ Naopak společník, který měl pouze 15% podíl na společnosti a neměl žádnou funkci v řídicích orgánech, byl chráněn jako spotřebitel.¹²⁸ Rozhodující vliv na chod společnosti nemusí být vykonáván prostřednictvím formální pozice. Společník s 50 %, přestože nikdy nebyl jednatelem společnosti, byl shledán podnikatelem, když nejenomže vykonával práva společníka, ale fakticky se podílel na všech podstatných rozhodnutích společnosti.¹²⁹ Jako rozhodující nebyla vzata kritéria podle účetních předpisů.¹³⁰

I v Rakousku se zvláštní pozornost věnovala osobním společnostem, ale v návaznosti na reformu obchodního zákoníku se dovozuje, že osobní společnosti mají vlastní, od společníků oddělenou právní osobnost. Společníci nejsou podnikateli jenom z důvodu svého neomezeného ručení nebo že jsou společníky. Jestliže však mohou vykonávat rozhodující vliv na činnost společnosti, měli by mít postavení podnikatelů. Pro komanditisty by měla platit obdobně pravidla pro společníky kapitálových společností.¹³¹

Uvedená koncepce by neměla vést k založení určité fikce, podnikání společníka prostřednictvím společnosti, podnikání společnosti by se nemělo přičítat společníkovi.¹³² Opačný postup by vedl k popření koncepce samostatné osobnosti právnických osob. Dovozuje se, že společník společnosti by neměl být vyloučen z ustanovení na ochranu spotřebitele jako celku, ale může jít o projev teleologické redukce v případě konkrétního pravidla, např. § 25d KSchG.¹³³ To se také prosazuje v aktuální judikatuře.¹³⁴

Řešení se hledá i v rámci práva EU. SDEU odlišuje pouhou správou vlastního majetku a podnikání. Základní úvaha se objevuje v rozhodnutí SDEU ve věci *Ministero dell'Economia e delle Finanze proti Cassa di Risparmio di Firenze SpA, Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato a Cassa di Risparmio di San Miniato SpA*. Věcně šlo o posouzení činnosti a zdanění bankovních nadací z hlediska pravidel pro státní podpory. Soud zde dovodil, že pouhé držení podílů, dokonce majoritních, pokud umožňuje pouze výkon práv spojených s postavením společníka, jakož i případně přijímání podílu na zisku, nepostačuje k dovození hospodářské činnosti subjektu vlastnicího tyto podíly. Oproti tomu však, jestliže vlastník majoritního podílu ovládá společnost tím, že se přímo či nepřímo vměšuje do její správy, takový vlastník musí být považován za účastnicího se hospodářské činnosti vykonávané ovládaným subjektem.¹³⁵

V jiných věcech ale přijal SDEU pružnější kritérium. Ve věci *Česká spořitelna proti Feichterovi* posuzoval v souvislosti s aplikací zvláštních pravidel soudní příslušnosti postavení fyzické osoby, která byla společníkem a zároveň jednatelem společnosti s ruče-

¹²⁷ OGH ze dne 24. 4. 2012, sp. zn. 2 Ob 169/11h.

¹²⁸ OGH ze dne 9. 8. 2006, sp. zn. 4 Ob 108/06w.

¹²⁹ OGH ze dne 24. 4. 2012 sp. zn. 2 Ob 169/11h.

¹³⁰ OGH ze dne 24. 4. 2012 sp. zn. 2 Ob 169/11h.

¹³¹ Podrobný přehled včetně odkazů na další judikaturu a různá pojetí v literatuře in OGH ze dne 19. 3. 2013, sp. zn. 4Ob232/12i.

¹³² SKARICS, F. (*Kein*) Verbraucherschutz für interzedierende GmbH-Gesellschafter?, s. 82.

¹³³ Ibidem, s. 83.

¹³⁴ OGH ze dne 19. 3. 2013, sp. zn. 4Ob232/12i, OGH ze dne 29. 1. 2015, sp. zn. 6Ob170/14i.

¹³⁵ SDEU, C-222/04 ze dne 10. 1. 2006, ve věci *Ministero dell'Economia e delle Finanze proti Cassa di Risparmio di Firenze SpA, Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato a Cassa di Risparmio di San Miniato SpA*, odst. 111 a 112.

ním omezeným. Zaručila se v podobě směnečného rukojemství za vlastní směnku této společnosti poskytnuté jako zajištění úvěrů v její prospěch. SDEU dovedl, že na takové směnečné rukojemství fyzické osoby nemůže být nahlíženo tak, že bylo poskytnuto mimo jakoukoliv činnost nebo účel profesionální nebo podnikatelské povahy a nezávisle na nich, jestliže tato fyzická osoba má úzké profesionální nebo podnikatelské vazby na uvedenou společnost, například ve formě jednatelství nebo většinového podílu na společnosti.¹³⁶

Taková úzká vazba však nebyla shledána SDEU v případě konsolidace dluhů. Původní dluhy dvou spoludlužníků zajištěné zástavním právem mimo jiné k majetku jediného společníka a jednatele jednoho z těchto spoludlužníků jsou nahrazeny novým úvěrem pouze jednoho dlužníka, jehož splacení je i nadále zajištěno zástavním právem k majetku jediného společníka a jednatele druhé společnosti. S ohledem na to, že zde chybí úzký vztah k dlužníkovi, dospěl SDEU k tomu, že ve vztahu k tomuto novému dluhu má postavení spotřebitele, byť nahrazoval i dluh jeho společnosti. SDEU zkoumal, zda nemá tato osoba nezanedbatelný podíl na novém dlužníkovi a není zástupcem tohoto dlužníka.¹³⁷ Již dříve vyloučil v konkrétním případě ochranu spotřebitele, jestliže účelem jednání bylo zajištění úvěrů za účelem podnikání¹³⁸ nebo příprava na podnikání.¹³⁹

Hledá-li se v českém právu odpověď na to, kdy přerůstá správa vlastního majetku v podnikání, měli bychom i zde vycházet z definice § 420 odst. 1 a odst. 2 o. z. a aplikovat kritéria výše uvedená. Pouhé postavení společníka v obchodní společnosti, ať už kapitálové nebo osobní, nedělá z takového společníka podnikatele, a to ani v případě, kdy má ve společnosti rozhodující vliv, kdy se podílí na jejím řízení. Pouhá skutečnost, že nese riziko, ručí za dluhy, respektive zisky společnosti jsou zdaňovány jako zisky společníka, neznamena, že jsou kritéria podnikání naplněna. Podnikatelem je obchodní společnost. Podnikatelem by se stal takový společník, pokud by vykonával správu vlastního majetku, např. obchodních podílů, živnostenským způsobem.

Tento závěr však nevylučuje, že v konkrétním případě taková úzká vazba povede s ohledem na smysl a účel konkrétního pravidla k omezení ochrany poskytované společníkovi (teleologické redukci) nebo aplikaci omezení vztahující se na právnickou osobu i na společníka. Typicky, kdy s ohledem na úzké propojení s obchodní společností je zjevné, že nejedná ve svém vlastním zájmu, ale zájmu takové společnosti, podnikatele. Ostatně právní úprava takové omezení zná právě v § 420 odst. 2 o. z. v souvislosti s jednáním vlastním jménem na účet podnikatele, nebo v souvislosti s úpravou tiché společnosti (§ 2750 odst. 3 o. z.). Úzký vztah mezi společnostmi a některými osobami se nám projevuje i v § 22 odst. 2 o. z., podle něhož stanoví-li zákon k ochraně třetích osob zvláštní podmínky nebo omezení pro převody majetku, pro jeho zatížení nebo přenechání k užití jinému mezi osobami blízkými, platí tyto podmínky a omezení i pro obdobná právní jednání mezi právnickou osobou a členem jejího statutárního orgánu nebo tím, kdo právnickou osobu podstatně ovlivňuje jako její člen nebo na základě dohody či jiné skutečnosti. Jinou kategorií je střet zájmů a zvláštní omezení podle § 4b zákona č. 159/2006 Sb.

¹³⁶ SDEU, C-419/11 ze dne 14. 3. 2013, ve věci *Česká spořitelna, a. s. proti Geraldů Feichterovi*, odst. 37.

¹³⁷ SDEU, C-534/15 ze dne 14. 9. 2016, ve věci *Pavel Dumitraș a Mioara Dumitraș v. BRD Groupe Société Générale – Sucursala Județeană Satu Mare*, odst. 36 a 39.

¹³⁸ SDEU, C-45/96 ze dne 17. 3. 1998, ve věci *Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG proti Edgaru Dietzingerovi*.

¹³⁹ SDEU, C-269/95 ze dne 3. 7. 1997, ve věci *Benincasa proti Dentalkit Srl*.

3.3 Zemědělská činnost

Zemědělská činnost je typickým případem správy vlastního majetku. Hospodaření na svých pozemcích, ať už v podobě pěstování rostlin nebo chovu zvířat, je obvyklým způsobem jejich využití. Vlastník zemědělských pozemků má omezené možnosti jiného využití, např. jejich přenechání k hospodaření jiným. Tato zvláštnost se projevuje do určité míry i ve veřejnoprávní regulaci. Zákodárce má omezený prostor pro regulaci podnikatelské činnosti a ve svém důsledku omezení takového hospodaření. Ústavní soud například odmítl požadavek odbornosti univerzálně stanovený pro všechny druhy zemědělského podnikání.¹⁴⁰

I zemědělec hospodařící na svých pozemcích může být podnikatelem podle § 420 odst. 1 o. z. Je přitom zřejmé, že zásadními kritérii zde bude orientace na zisk a živnostenský nebo obdobný způsob výkonu výdělečné činnosti. Soustavnost, pravidelnost, samostatnost a vlastní odpovědnost bude ve zde posuzovaných případech těžko hraničním kritériem. Stranou zůstávají případy, kdy jsou pozemky propachtovány a kdy hospodaří, i podniká, pachtýř.

Orientace na zisk vyžaduje, aby zemědělské produkty byly přímo nebo nepřímo poskytovány třetím osobám. Jsou-li získávány pouze pro vlastní potřebu, aniž by byly zpracovány do jiných dále prodávaných výrobků, o podnikání se jednat nebude. Podnikání vyžaduje jednání s třetími osobami, jinak není realizován zisk. Živnostenský nebo obdobný způsob výdělečné činnosti pak znamená, že zde musí jít o činnost vyžadující určitou míru, rozsah organizace práce, plánovanosti činnosti, trvalosti a časové náročnosti takové organizace. Zde se nepřímou projeví i velikost obhospodařované plochy, protože ta většinou ovlivní i způsob správy. Skutečnost, že vlastník prodá občas přebytky ovoce do výkupu, podnikatelský charakter sám ještě nezaloží.

Veřejnoprávní úprava v § 2e zákona č. 252/1997 Sb., o zemědělství, má vlastní definici podnikání. Vylučuje ze své úpravy drobnou pěstitelskou a chovatelskou činnost, anebo prodej nezpracovaných rostlinných a živočišných výrobků. Drobná pěstitelská a chovatelská činnost indikuje kritérium živnostenského či jiného způsobu výdělečné činnosti, může jít spíše o zájmovou činnost, činnost bez záměru zisku. Kritérium prodeje nezpracovaných rostlinných a živočišných výrobků se nijak v definici podnikání podle § 420 o. z. neprojevuje. Z důvodové zprávy sice vyplývá, že důvodem by měla být absence zaměřenosti na zisk, ten tu však může vzniknout.¹⁴¹

O tom, že zemědělská a lesnická činnost může naplňovat znaky podnikání (§ 1 KSchG), není pochyb ani v Rakousku. Judikatura zdůrazňuje, že není nutné zkoumat rozsah takové činnosti, ale pouze otázku pravidelnosti a metodičnosti.¹⁴² Rovněž v Německu je posuzován podnikatelský charakter zemědělské a lesnické činnosti v kontextu § 13 a 14 BGB. Zemědělská a lesnická činnost je vnímána jako podnikatelská činnost.¹⁴³ V rámci rozhodování SDEU nebylo pochyb o podnikatelské činnosti zemědělece Johanna Grubera ve známé kauze týkající se dvojího účelu uzavírané smlouvy.¹⁴⁴

¹⁴⁰ Nález ÚS ze dne 20. 6. 2006, sp. zn. Pl. ÚS 38/04.

¹⁴¹ V důvodové zprávě se objevuje tvrzení, že má jít o prodej nezpracovaných výrobků z drobné činnosti, dikce zákona tomu však neodpovídá. Srov. sněmovní tisk č. 350/O (4. volební období) [online]. Dostupné z: <www.psp.cz> [cit 2020-11-29].

¹⁴² OGH ze dne 11. 7. 1990, sp. zn. 3 Ob 578/90, OGH ze dne 21. 10. 1982, sp. zn. 7 Ob 515/82.

¹⁴³ Shodně FRITZSCHE, J. In: ROTH, H. (Hrsg.). *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 1. Allgemeiner Teil*, § 13 51, § 14 59.

4. Alternativní cesty

Výše uvedená analýza ukazuje, že zde není univerzální na první pohled patrná hranice mezi pouhou správou vlastního majetku a podnikáním. Zákonodárce se může pokusit zvýšit právní jistotu stanovením takové hranice. Zvýšení právní jistoty smluvních stran, pokud jde o obsah jejich závazku, lze dosáhnout ale i jiným způsobem.

4.1 Jednotnost regulace

Jako kacířská myšlenka může znít úvaha o tom, kolik otázek by bylo odstraněno, kdyby soukromé právo bylo jednotné. V kontextu zkoumané otázky bez ohledu na rozlišení, zda jde o pouhou správu vlastního majetku, nebo podnikání. Řada praktických problémů se ve své podstatě neodvíjí od toho, zda jde o vztah spotřebitele a podnikatele. Jsou jimi stejní lidé, se stejnými vlastnostmi a schopnostmi, pouze s různou mírou odpovědnosti (např. nerozumějí dané otázky stejně, v druhém případě však musí). Často proto jde jenom o zjednodušení při hledání rozhodného kritéria. Hledání spravedlivých přesnějších řešení se pak projevuje v zavádění dalších mezistupňů, např. slabší strany.

Zdálo by se, že uniformní prostředí internetu s ohledem na problémy s identifikací jednajících subjektů bude podrobena jednotné regulaci.¹⁴⁵ Svědky jsme spíše opačného postupu. Bylo přijato nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2019/1150 ze dne 20. června 2019 o podpoře spravedlnosti a transparentnosti pro podnikatelské uživatele online zprostředkovatelských služeb (dále jen „nařízení č. 2019/1150“). Cílem je primárně úprava postavení podnikatelských uživatelů (poskytovatelů zboží nebo služeb). Vztahy podnikatelů a spotřebitelů jsou z úpravy vyloučeny.¹⁴⁶ Výše uvedený problém hledání hranice mezi správou vlastního majetku a podnikáním nařízení neřeší, stejně jako neřeší další případy hybridního postavení stran.¹⁴⁷ Ve svém důsledku by mohlo nařízení přinášet pro spotřebitele jistotu, že v případě určitých online zprostředkovatelských služeb budou vystupovat jako poskytovatelé služeb nebo zboží pouze podnikatelé. Takové omezení však právní úprava nevyžaduje. Navíc, vždy zde bude stejný problém vznikat i na druhé straně závazku.

4.2 Identifikace stran

Jinou cestu nabízí povinná identifikace smluvních stran. Povinná identifikace smluvních stran vyvolává očekávání druhé strany, které je následně chráněno. Jestliže se jedná o jediná strana identifikuje jako podnikatel, nemůže se následně dovolávat, že má postavení

¹⁴⁴ SDEU, C-464/01 ze dne 20. 1. 2005, ve věci *Johann Gruber proti Bay Wa AG*.

¹⁴⁵ Příkladem by mohla být směrnice Evropského parlamentu a Rady 2000/31/ES ze dne 8. června 2000 o některých právních aspektech služeb informační společnosti, zejména elektronického obchodu, na vnitřním trhu (směrnice o elektronickém obchodu), kde jsou služby informační společnosti regulovány obecně, výjimkou je otázka kogentnosti ve vztahu ke spotřebitelským smlouvám podle čl. 11 odst. 3. Podobný přístup je zvolen ve směrnici Evropského parlamentu a Rady (EU) 2015/2366 ze dne 25. listopadu 2015 o platebních službách na vnitřním trhu, kterou se mění směrnice 2002/65/ES, 2009/110/ES a 2013/36/EU a nařízení (EU) č. 1093/2010 a zrušuje směrnice 2007/64/ES (čl. 38).

¹⁴⁶ Srov. bod 3 odůvodnění nařízení č. 2019/1150. Nabízení zboží či služeb podnikatelskými uživateli spotřebitelům v EU je však zásadním předpokladem pro aplikaci nařízení (čl. 1 nařízení č. 2019/1150).

¹⁴⁷ Kriticky k tomuto nedostatku IAMICELI, P. Online Platforms and the Digital Turn in EU Contract Law: Unfair Practices, Transparency and the (pierced) Veil of Digital Immunity. *European Review of Contract Law*. 2019, č. 4, s. 407 a 419.

spotřebitele, že se ve skutečnosti jednalo o pouhou správu vlastního majetku, která neaplňuje znaky podnikání.¹⁴⁸

Informační povinnost ohledně identity podnikatele vyplývá například z § 1811 odst. 2 písm. a) o. z. V souvislosti s provozem online zprostředkovatelských služeb je uložena jejich provozovatelům povinnost zajistit, aby byla identita podnikatelského uživatele poskytujícího zboží a služby prostřednictvím online zprostředkovatelské služby jasně viditelná.¹⁴⁹

4.3 Odpovědnost provozovatele online zprostředkovatelských služeb

Jinou cestou je udělat provozovatele online zprostředkovatelských služeb odpovědným vůči spotřebiteli za plnění zprostředkované smlouvy.¹⁵⁰ Pak se omezuje potřeba zkoumat charakter druhé smluvní strany, tedy ani zda jde o pouhou správu vlastního majetku, či podnikání.

Provozování online zprostředkovatelských služeb se může do určité míry jevit jako obcházení práva na ochranu spotřebitele.¹⁵¹ Jejich provozovatelé mají prospěch z uzavřených smluv, aniž by byli přímo stranou této smlouvy, nesli z ní rizika. Diktují obsah takových smluv, mnohdy i ujednané ceny, přičemž často nejde o spotřebitelskou smlouvu. Diskuse této otázky se stala předmětem soudních řízení týkajících se autobazarů v Německu¹⁵² a v ČR¹⁵³.

Ve skutečnosti je tento problém obecnější. Proto v některých právních řádech mají přísnější odpovědnost zprostředkovatele. V české úpravě je však z tohoto pohledu odpovědnost omezená. Uplatňuje se ve své podstatě v případě zájezdu,¹⁵⁴ do určité míry se řeší v případě obchodního zastoupení.¹⁵⁵ Jiným řešením je použití úpravy na ochranu spotřebitele i v případě, kdy je smlouva uzavřena prostřednictvím podnikatele nebo s jeho pomocí, přestože smluvními stranami jsou spotřebitelé.¹⁵⁶ Takový postup částečně odpovídá výše uvedené myšlence uniformní úpravy nezávislé na postavení stran, problém rozlišení mezi správou vlastního majetku a podnikáním se tak projevuje pouze při zkoumání charakteru zprostředkovatele či pomocníka, kde nemusí být tak častý.

Přesto se zdá, že v rámci online prostředí, kde klasické rozlišení smluvních typů a smluvních stran do určité míry selhává, jde o současný trend.¹⁵⁷ Rychlost a jednoduchost uza-

¹⁴⁸ Srov. § 5 nebo § 2523 odst. 2 o. z., rozsudek SDEU C-464/01 ze dne 20. 1. 2005, ve věci *Johann Gruber proti Bay Wa AG*, rozsudek SDEU C-149/15 ze dne 9. 11. 2016, ve věci *Sabrina Wathelet proti Garage Bietheres & Fils SPRL*.

¹⁴⁹ Srov. čl. 3 odst. 5 nařízení č. 2019/1150.

¹⁵⁰ K této otázce podrobněji HULMÁK, M. Soukromoprávní regulace platform. In: CSACH, K. (ed.). *Ad hoc legislativa v súkromnom práve*. Praha: Leges, 2019, s. 185 an., NOVOTNÁ, M. – HULMÁK, M. Zodpovednosť platforiem vyplývajúca z ich postavenia jako zmluvnej strany sprostredkovateľa a sekundárne zodpovedného subjektu. *Societas et iurisprudencia*. 2020, č. 3, s. 21 an.

¹⁵¹ BUSCH, A. The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law? *Journal of European Consumer and Market Law*. 2016, č. 3, s. 4.

¹⁵² BGH ze dne 26. 1. 2005, sp. zn. VIII ZR 175/04.

¹⁵³ Rozsudek NS ze dne 24. 6. 2014, sp. zn. 32 Cdo 1519/2012.

¹⁵⁴ Srov. čl. 13 odst. 1 směrnice 2015/2302 ze dne 25. listopadu 2015 o souborných cestovních službách a spojených cestovních službách a § 2542 o. z.

¹⁵⁵ Srov. § 2492 o. z.

¹⁵⁶ Např. v Dánsku – viz SØRENSEN, M. J. Intermediary Platforms – The Contractual Legal Framework. *Nordic Journal of Commercial Law*. 2018, č. 1, s. 79.

¹⁵⁷ Kriticky k tomuto trendu MAULTZSCH, F. Contractual liability of online platform operators: European proposals and established principles. *European Review of Contract Law*. 2018, č. 3, s. 209 an.

vírání smluv a uniformní charakter daného prostředí vedou k tomu, že průměrný adresát ztrácí orientaci a zaměřuje se pouze na dominantní znaky, např. online prostředí, kde k uzavírání smlouvy dochází. Není schopen rozlišit jednotlivé smlouvy, které uzavírá, ani subjekty, s nimiž je uzavírá.

Vedle smluvní strany odpovídá za splnění povinností vyplývajících z uzavřené smlouvy i provozovatel online zprostředkovatelské služby, jestliže má na poskytovatele převládající vliv. Jde o princip, který se do určité míry projevuje v judikatuře SDEU,¹⁵⁸ objevuje se v Modelových pravidlech.¹⁵⁹ Může být však otázkou, zda odpovědnost za splnění povinností znamená i plné prosazení ochrany spotřebitele, např. nepřiměřenosti smluvních ujednání. Požadavek převládajícího vlivu, který může vyplývat i z toho, že obsah smlouvy určuje i provozovatel online zprostředkovatelské služby, takový závěr podporuje. Z čl. 21 Modelových pravidel však vyplývá jenom omezené řešení. Spotřebitel se může dovolávat vůči provozovateli takové služby všech práv, která by měl v případě, že by poskytovatel plnění byl podnikatel. Ve vztahu k poskytovateli plnění, který není podnikatelem, se však žádná pravidla na ochranu spotřebitele nepoužijí.¹⁶⁰ Význam rozlišení pouhé správy vlastního majetku a podnikání zůstává proto plně zachován.

Závěr

Přestože občanský zákoník vychází z koncepce jednotného soukromého práva, na řadě míst se objevují zvláštní pravidla týkající se na jedné straně podnikatele, na druhé straně spotřebitele. Každý vlastník, který vykonává správu svého majetku, musí v této souvislosti řešit, kdy se tato správa vlastního majetku stává podnikáním. Často naplní některé z předpokladů podnikání podle § 420 odst. 1 o. z. Může být vykonávána vlastním jménem, na vlastní odpovědnost, soustavně, se záměrem zisku. Nesmíme však přehlížet, že podnikání vyžaduje, aby výdělečná činnost byla činěna také živnostenským nebo obdobným způsobem.

Živnostenský nebo obdobný způsob výdělečné činnosti neodkazuje na veřejnoprávní regulaci oprávnění k podnikatelské činnosti. Nejde ani o obživu ve vlastním smyslu. Domníváme se, že historicky tento požadavek vyjadřoval i předpoklady, které dnes zákon pojmenovává výslovně (soustavnost, výdělečný charakter, zaměření na zisk). Dnes jej lze chápat jako požadavek určitého způsobu organizace práce, plánovanosti a rozsahu činnosti, trvalosti a časové náročnosti takové organizace. Projevuje se ve vzniku provozu. Zdůrazňuje se, že nezáleží na výši spravovaného majetku, přesto jeho charakter a struktura se při správě a naplnění tohoto znaku může projevit. Kritérium živnostenského nebo obdobného způsobu se pak nutně projeví i při zkoumání, zda představuje podnikání podle § 420 odst. 2 o. z. vlastní obchodní, výrobní nebo obdobná činnost či samostatný výkon povolání.

¹⁵⁸ Tak v případě UBERU – rozhodnutí SDEU C-434/15 ze dne 20. 12. 2017, ve věci *Asociación Profesional Elite Taxi v. Uber Systems Spain, SL*. (a související C-320/16 ve věci *Uber France, C-371/17* ve věci *Uber BV/Richard Leipold*). Jinak však v případě *Airbnb* – rozhodnutí SDEU C-390/18 ze dne 19. 12. 2019, ve věci *trestní řízení proti X*.

¹⁵⁹ Čl. 20 odst. 1 Model Rules on Online Platforms In: *Report of the European Law Institute* [online]. Dostupné z: <https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Model_Rules_on_Online_Platforms.pdf> [cit. 27. 10. 2020].

¹⁶⁰ Komentář k čl. 21 Model Rules on Online Platforms In: *Report of the European Law Institute* [online], s. 41. Dostupné z: <https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Model_Rules_on_Online_Platforms.pdf> [cit. 27. 10. 2020].

Typickými případy správy vlastního majetku jsou pronájem vlastního majetku, investice v kapitálových obchodních společnostech, zemědělské hospodaření. Ve všech případech je nutné aplikovat kritéria podle § 420 odst. 1 o. z.

V případě pronájmu bývá v zahraničí tato hranice obvykle spojena s dosažením určitého počtu pronajímaných předmětů. Je však vždy nutné posoudit také množství nájemních smluv, umístění pronajímaných předmětů, rozsah poskytovaných dalších služeb, pravidelnost či pouze příležitostný charakter, délku nájmu, nikoliv však pouhou velikost majetku. Je však zřejmé, že určitý počet, přimlouval jsem se v případě běžného pronájmu bytu na delší období za hranici kolem osmi bytů, vyžaduje již řízení takového provozu, plánování, organizování a mělo by se jednat o podnikání.

V případě účasti v obchodních společnostech nepředstavuje tato účast podnikání, ledaže dosáhne míry, že budou naplněna kritéria podle § 420 odst. 1, např. obchodováním na trhu s cennými papíry nebo správou podílů v různých obchodních společnostech. Podnikání nezaloží ani většinový podíl v obchodní společnosti a rozhodující vliv na řízení takové společnosti. Je však možné, že v konkrétním případě bude s ohledem na úzké spojení s podnikáním takové společnosti vyloučena aplikace pravidel k ochraně spotřebitele, typicky v případě ručení takového společníka, nebo naopak budou aplikována omezení jinak použitelná pro společnost.

Kritéria podle § 420 odst. 1 o. z. často naplní i lesnická a zemědělská činnost. Může však absentovat například výdělečný charakter nebo zaměření na zisk (zájmová činnost nebo činnost pouze pro vlastní potřebu), soustavnost (občasná činnost).

Rozlišení správy vlastního majetku a podnikání může přinášet problémy, zejména nejistotu v právních vztazích. Nabízí se stanovit přesné hranice, to lze však vždy ve vztahu ke konkrétní činnosti, navíc se tím vytrácí prostor pro citlivé řešení jednotlivých situací. Z tohoto hlediska mohou být lepší vyvratitelné právní domněnky. Jinou cestou je zvláštní regulace pro spotřebitele a podnikatele nezavádět, důsledně chránit očekávání druhé strany v právním styku, zdůrazňovat informační povinnost. V souvislosti s fungováním online zprostředkovatelských služeb je řešením i samostatná odpovědnost jejich provozovatele nezávisle na charakteru konkrétního poskytovatele plnění.

Management of own Property and Business

Milan Hulmák

Abstract: The article attempts to find the line between the mere management of one's own property and doing business in private law. Although the principle of unity of the rule of law applies, the concept in other branches of law will apply differently for the purpose of regulation. In private law, the fulfillment of business criteria according to para. 420 section 1 and 2 of the Civil Code is decisive. In borderline cases, the requirement of a trade or similar method of gainful activity may be essential. The author tries to interpret this requirement in accordance with historical patterns and similar regulations in Austria and Germany. As such, it may be defined as a requirement of a certain way of organization of work, planning and scope of activities, permanence and time intensity of such an organization. These criteria must also be applied to cases of property leasing, participation in companies or agricultural activities. Renting an apartment, investing in securities, participating in a business company or managing one's own land cannot simply be considered business because this activity is repeated without the intention of making a profit. Increasing legal certainty in private law could lead to the setting of a precise threshold for certain activities, most likely in the form of rebuttable presumption. However, another solution is to preserve the unity of private law, mandatory identification of the parties, protection of the expectations of the other party and, in certain circumstances, the independent responsibility of, for example, intermediaries for the performance of the contract.

Key words: consumer, entrepreneur, business, management of one's own property, trade or similar method of gainful activity