

KAPITOLA 1

Vymezení základních pojmů

Mezi základní pojmy klasického obchodního práva patří pojmy **obchody a obchodník**. Obchodníkem se v kontinentálně evropském pojetí obecně rozumí ten, kdo uskutečňuje soustavně, vlastním jménem, na vlastní odpovědnost a nezávisle obchody za účelem získání trvalého zdroje příjmů. Definice obchodníků je závislá na definici obchodů. Pokud jsou naplněny všechny výše uvedené znaky, jsou tím odlišeny obchody od pracovněprávních (závislých) vztahů².

V českém obchodním zákoníku č. 513/1991 Sb., byl zaveden pojem **podnikání a podnikatel**. Jak konstatuje I. Pelikánová „vymezení pojmu podnikatel v našem obchodním zákoníku překračuje velmi rozsáhle a směle tradiční hranice obchodního práva, jež vylučovalo a vylučuje z pojmu obchodníka osoby, které neuskutečňují obchody, což jsou např. zemědělci, obchodníci s nemovitostmi, řemeslníci i příslušníci svobodných povolání, popř. i jejich společnosti“³. Z tohoto hlediska je podnikatel koncipován velmi široce.

I současný občanský zákoník č. 89/2012 Sb., (dále jen „obč. zák.“) obsahuje pojem podnikatel. Přebírá znaky podnikání, obsažené v § 2 obchodního zákoníku č. 513/1991 Sb., který byl k 1. 1. 2014 občanským zákoníkem zrušen. V současné české právní úpravě tudíž neexistuje speciální obchodní zákoník. Pouze byl společně s občanským přijat zákon o obchodních korporacích č. 90/2012 Sb., (dále jen „z. o. k.“), který upravuje právní postavení obchodních společností a družstev v České republice. Jak však konstatuje I. Pelikánová „je hluboce mylné domnění, že obchodní právo existuje jenom tam, kde je obchodní kodex. V řadě zemí již neexistuje obchodní zákoník, aniž by to mělo za následek zánik obchodního práva, např. v Itálii, Švýcarsku, Nizozemsku“⁴. V tomto směru současný občanský zákoník č. 89/2012 Sb., obsahuje velké množství ustanovení, které přímo nebo nepřímo upravují otázky podnikání a postavení podnikatelů. Obsahuje i základní pojem podnikatel.

Samostatná definice **podnikání** není v občanském zákoníku č. 89/2012 Sb., obsažena, je zde zahrnut pouze pojem **podnikatel**. Z toho, jak občanský zákoník

² PELIKÁNOVÁ, Irena. *Obchodní právo*. 1. Vyd. 1. Praha: ASPI, 2005, s. 51.

³ *Ibid.*, s. 193.

⁴ *Ibid.*, s. 20.

definuje podnikatele, se dá dovodit, že toto ustanovení nepřímou definuje i **činnost vykonávanou podnikatelem**, tedy **podnikání**.⁵

Základní vymezení podnikatele je dnes obsaženo v § 420 odst. 1 obč. zák. Podle tohoto ustanovení „kdo samostatně vykonává na vlastní účet a odpovědnost výdělečnou činnost živnostenským nebo obdobným způsobem se záměrem činit tak soustavně za účelem dosažení zisku, je považován se zřetelem k této činnosti za podnikatele“. Podnikatelem je ve smyslu této definice osoba fyzická nebo osoba právnická. Základním kritériem pro vymezení podnikatele je to, že podnikatelem je ten, kdo provozuje podnikatelskou činnost, přičemž občanský zákoník vymezuje charakteristické znaky této činnosti. Jedná se o tyto pojmové znaky podnikání, podnikatelské činnosti:

1. Vykonávání činnosti **výdělečně** vyžaduje, aby daná činnost byla vykonávána nebo její výsledky poskytovány za úplatu.
2. Činnost musí být prováděna podnikatelem **samostatně** – tuto samostatnost je zapotřebí chápat jako autonomii podnikatele spočívající v tom, že se samostatně rozhoduje o tom, jakou činnost a jak bude provádět (samozřejmě podle podmínek, stanovených právním řádem), a že ji bude především samostatně řídit; tuto činnost tudíž vykonává nezávisle, aniž je povinen dbát pokynů někoho jiného. Činnost tudíž provádí podnikatel, aniž by pouze uskutečňoval úkoly a pokyny uložené mu nadřízeným. Nic na tom nemění, že určitá vázanost přáním zákazníka je běžná⁶. **Protipólem** podnikání jako nezávislé výdělečné činnosti je **zaměstnanecký vztah** jako typický příklad **závislé výdělečné činnosti**. S absencí znaku samostatnosti se však lze setkat v případě tzv. švarcsystému, kdy faktičtí zaměstnanci vystupují jako nezávislí podnikatelé jen na oko⁷. Za problematické se také považuje naplnění pojmového znaku samostatnosti např. při franchisingu a podobných smluvních formách, kdy dochází k určitému omezení samostatnosti při podnikatelské činnosti⁸.
3. **Živnostenským nebo obdobným způsobem**, „je třeba chápat tak, že podnikáním je jen taková výdělečná činnost, která spočívá v **nabídce služeb či zboží** třetím osobám. Například soustavné investování do nemovitostí za účelem zhodnocení majetku naplňuje všechny ostatní znaky

⁵ KAMENÍK, Petr, Milada HRABÁNKOVÁ a Marie ORLOVÁ. *Živnostenský zákon; Zákon o živnostenských úřadech: komentář*. Vyd. 1. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 3.

⁶ PELIKÁNOVÁ, Irena. *Obchodní právo. 1*. Vyd. 1. Praha: ASPI, 2005, s. 51.

⁷ ČERNÁ, Stanislava a kol. *Podnikatel a jeho právní vztahy*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2013, s. 11.

⁸ KAMENÍK, Petr, Milada HRABÁNKOVÁ a Marie ORLOVÁ. *Živnostenský zákon; Zákon o živnostenských úřadech: komentář*. Vyd. 1. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 4.

podnikání – samostatnost, výdělečnost, na vlastní účet a odpovědnost, soustavnost a snahu o dosažení zisku. Není však podnikáním z toho důvodu, že nemovitosti nejsou kupovány proto, aby byly dále prodány se ziskem, nebo aby jejich prostřednictvím byly nabízeny služby třetím osobám, např. ubytovací, ale z důvodu uložení volných peněžních prostředků. Nedostatek tohoto znaku je zpravidla typický také pro **účast společníka v obchodních společnostech**. Proto také účast v obchodních společnostech **není považována za podnikání**, ale za investici⁹.

4. Tato činnost musí být prováděna na **vlastní účet a odpovědnost podnikatele**, tzn. že podnikatel nese především majetkovou odpovědnost vůči jiným podnikatelským partnerům, zákazníkům, spotřebitelům apod., ale též veřejnoprávní odpovědnost vůči státu. Tento znak v sobě zahrnuje skutečnost, že výsledky podnikání, ať již příznivé – dosažení zisku, či nepříznivé – ztráta, úpadek, se přičítají podnikateli, nikomu jinému. V této souvislosti se mluví o podnikatelském riziku. S podnikáním je vždy spojeno **podnikatelské riziko**¹⁰. Podle starší judikatury (Vážný 2723) u § 374 bývalého obchodního zákoníku se poukazuje na to, že jsou i takové náhody, které nelze považovat za vyšší moc právě proto, že tkví v podstatě podnikového provozu a podnikatel s nimi musí počítat¹¹. Vykonávání činnosti na vlastní odpovědnost tudíž znamená, že při ní vznikající dluhy jsou dluhy osoby, která činnost živnostenským nebo obdobným způsobem provádí. Proto **nelze považovat za podnikání** například činnost společníka obchodní společnosti, který jedná jménem společnosti a práva a povinnosti z takové činnosti vznikají společnosti¹².
5. Musí se jednat o činnost **soustavnou**, tzn. činnost opakovanou v určitém časovém rozmezí, které může být rozdílně dlouhé (činnost může být opakovaná denně, např. prodejem v provozovně nebo až v delších časových úsecích, neboť některé činnosti vyžadují dlouhodobější časovou i organizační přípravu). Za podnikání nelze považovat nahodilou výdělečnou činnost. Podnikání musí být vedeno trvalejším záměrem, nemusí, jak bylo uvedeno výše, být prováděno nepřetržitě, může se jednat např. o sezónní činnost – prodej vánočních stromků, provozování tábořiště apod.

⁹ ČERNÁ, Stanislava a kol. *Podnikatel a jeho právní vztahy*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2013, s. 12.

¹⁰ Ibid.

¹¹ ELIÁŠ, Karel. *Obchodní zákoník: praktické poznámkové vydání s výběrem z judikatury od roku 1900: podle stavu k 1. 8. 2004*. 4. přeprac. a rozš. vyd. Praha: Linde, 2004, s. 44-45.

¹² DVOŘÁK, Jan, Jiří ŠVESTKA a Michaela ZUKLÍNOVÁ. *Občanské právo hmotné. Svazek 1*. Praha: Wolters Kluwer, 2013, s. 299.

Konkrétní činnost se stává podnikáním v okamžiku, kdy je zahájena, nikoli až když je soustavně vykonávána, podmínkou je, že na jejím počátku byl záměr věnovat se jí soustavně¹³. Pokud jde o soustavnost, aplikační praxe (z hlediska živnostenského zákona) se ustálila na tom, že pokud nebudou v konkrétním případě přesvědčivé důvody pro delší časový interval, periodicita opakování dané činnosti by neměla být posuzována v delším časovém období než jeden rok¹⁴.

6. Činnost musí být prováděna **za účelem dosažení zisku**, přičemž není podstatné, zda tohoto zisku bylo fakticky dosaženo. Z uvedeného vyplývá, že i ztrátový podnikatel je podnikatelem.

Všechny výše **uvedené znaky** musejí být **splněny kumulativně (současně)**, jinak se nemůže jednat o podnikání podle naší právní úpravy. Je třeba v dané souvislosti připomenout, že znalost uvedených znaků podnikání je mimořádně důležitá. V případě provozování určité ekonomické aktivity, která splňuje výše uvedené zákonné znaky podnikání, bez **odpovídajícího podnikatelského oprávnění** k této činnosti, příslušná osoba riskuje administrativněprávní sankce, např. za **neoprávněné podnikání**¹⁵ podle zákona č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání (dále jen „živnostenský zákon“), popř. i trestněprávní postih, podle § 251 trestního zákoníku¹⁶ č. 40/2009 Sb., který upravuje neoprávněné podnikání. Podle zrušeného obchodního zákoníku č. 513/1991 Sb., osoba, která provozovala podnikatelskou činnost neoprávněně, tj. neměla k ní příslušné oprávnění, případně měla podnikání zakázané, nebyla podle obchodního zákoníku podnikatelem¹⁷.

V této souvislosti je však třeba zdůraznit, že i osoba, která podniká nedovoleně (neoprávněně) je podle **současné právní úpravy** v občanském zákoníku

¹³ ČERNÁ, Stanislava a kol. *Podnikatel a jeho právní vztahy*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2013, s. 12.

¹⁴ KAMENÍK, Petr, Milada HRABÁNKOVÁ a Marie ORLOVÁ. *Živnostenský zákon; Zákon o živnostenských úřadech: komentář*. Vyd. 1. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 3.

¹⁵ § 61 až 64 živnostenského zákona (správní delikty).

¹⁶ „(1) Kdo neoprávněně ve větším rozsahu poskytuje služby nebo provozuje výrobní, obchodní nebo jiné podnikání, bude potrestán odnětím svobody až na dvě léta nebo zákazem činnosti.

(2) Odnětím svobody na šest měsíců až pět let nebo peněžitým trestem bude pachatel potrestán,

a) způsobí-li činem uvedeným v odstavci 1 značnou škodu, nebo

b) získá-li takovým činem pro sebe nebo pro jiného značný prospěch.

(3) Odnětím svobody na dvě léta až osm let bude pachatel potrestán,

a) způsobí-li činem uvedeným v odstavci 1 škodu velkého rozsahu, nebo

b) získá-li takovým činem pro sebe nebo pro jiného prospěch velkého rozsahu.“

¹⁷ DVOŘÁK, Jan, Jiří ŠVESTKA a Michaela ZUKLÍNOVÁ. *Občanské právo hmotné. Svazek 1*. Praha: Wolters Kluwer, 2013, s. 298.

podnikatelem. Definice podnikatele v občanském zákoníku je soukromoprávním pohledem a přihlíží výlučně k fakticky vykonávané činnosti. Pojímát podnikatele pouze jako někoho, kdo podniká v souladu se zákonem, by odporovalo jednomu z významných právních principů, podle něhož **nikdo nemůže mít prospěch z vlastního protiprávního jednání**¹⁸. Takový výklad by byl nepřijatelný. Z tohoto důvodu došlo již v minulosti k novelizaci obchodního zákoníku vložením § 3a, podle kterého právní úkony uskutečněné osobou, jež nemá oprávnění k podnikání, budou platné a budou se řídit stejnou právní úpravou, jako kdyby taková osoba oprávnění k podnikání měla. Budou nejen platnými jednáními, ale budou také podléhat **obchodnímu režimu**.

V tomto směru se v občanském zákoníku podle K. Eliáše¹⁹ stanoví jako základní kritérium, že **podnikatelem** je ten, kdo **provozuje podnikatelskou činnost**, přičemž se vymezují charakteristické znaky této činnosti. Dále uvádí, že určitá osoba je **považována za podnikatele jen se zřetelem ke své podnikatelské činnosti**²⁰. Z hlediska vlastního podnikání, které má soukromoprávní povahu, není tudíž rozhodující, zda daná osoba podniká oprávněně či nikoli. V této souvislosti je možné citovat i starší judikaturu zmíněnou v poznámkách k obchodnímu zákoníku²¹. Uvádí se zde civilní rozhodnutí z roku 1922 (Vážný 1832), kde se poukazovalo na to, že do civilní odpovědnosti je třeba aplikovat náročnější úpravu stanovenou pro podnikatele, i na osoby podnikající neoprávněně, např. proto, že „jinak měli by hostinští, jež provozují činnost bez koncese, tedy trestným způsobem, větší výhody než majitelé koncesovaných hostinců.“ Podobně novodobá judikatura na konci 90. let 20. století dovodila, že pro posouzení odpovědnosti za škodu na dopravních prostředcích umístěných v garážích jiných podniků podobného druhu není rozhodující, zda provozovatel má tuto činnost zapsanou v předmětu činnosti v obchodním rejstříku.

Nejprve se podle § 421 odst. 1 obč. zák. „za podnikatele považuje osoba zapsaná v obchodním rejstříku“. Předně se tak stanoví, že se vlastnost podnikatele vždy přičítá tomu, kdo je zapsán v obchodním rejstříku²². V tomto případě není uplatněno kritérium podnikání. Může tak být sporné, zda je osoba zapsaná v obchodním rejstříku podnikatelem i v případě, že nevykonává podnikatelskou činnost, jak to umožňuje zákon o obchodních korporacích u kapitálových společnostech obecně

¹⁸ PELIKÁNOVÁ, Irena. *Obchodní právo. 1.* Vyd. 1. Praha: ASPI, 2005, s. 193.

¹⁹ ELIÁŠ, Karel a kol. *Nový občanský zákoník s aktualizovanou důvodovou zprávou a rejstříkem.* 1. vyd. Ostrava: Sagit, 2012, s. 201.

²⁰ Ibid., s. 201-202.

²¹ ELIÁŠ, Karel. *Obchodní zákoník: praktické poznámkové vydání s výběrem z judikatury od roku 1900 : podle stavu k 1. 8. 2004.* 4. přeprac. a rozš. vyd. Praha: Linde, 2004, s. 52.

²² ELIÁŠ, Karel a kol. *Nový občanský zákoník s aktualizovanou důvodovou zprávou a rejstříkem.* 1. vyd. Ostrava: Sagit, 2012, s. 202.

a v omezeném rozsahu u osobních společností (§ 2 odst. 1) a u družstev (§ 552). V tomto směru S. Plíva²³ vykládá ustanovení § 421 odst. 1 obč. zák. jako speciální ustanovení ve vztahu k § 420 odst. 1. Na základě toho dospívá k závěru, že vzhledem k tomu, že § 421 odst. 1 neobsahuje žádnou výjimku, lze mít za to, že osoby zapsané v obchodním rejstříku se považují za podnikatele, třebaže podnikatelskou činnost nevykonávají. Obdobně vykládala I. Pelikánová podobné ustanovení § 2 odst. 2, písm. a) obchodního zákoníku. Konstatovala, že podnikateli tak mohou být i osoby, které ve skutečnosti nepodnikají, které ani nemají podnikání ve svém předmětu, a kritérium je jenom formální²⁴. Za jakých podmínek se osoby zapisují do obchodního rejstříku, stanoví ve smyslu § 421 odst. 1 obč. zák., druhá věta jiný zákon, kterým je zákon o veřejných rejstřících právnických a fyzických osob č. 304/2013 Sb., (dále jen „zák. o veř. rejstřících“).

Dále se ve smyslu § 421 odst. 2 obč. zák. „má za to, že podnikatelem je osoba, která má k podnikání **živnostenské nebo jiné oprávnění** podle jiného zákona“. **Přičtení vlastnosti podnikatele určité osobě má právní význam ve vazbě na konkrétní oprávnění a povinnosti.** Z toho důvodu se stanoví, že v pochybnostech se pro takový konkrétní případ přisoudí vlastnost podnikatele vždy tomu, kdo **disponuje příslušným podnikatelským oprávněním**²⁵. Z dikce zákona je zřejmé, že se jedná o vyvratitelnou právní domněnku. Osobu, která má k podnikání **oprávnění podle příslušného zákona**, je třeba považovat za **podnikatele**, dokud není prokázáno, že podnikatelskou činnost ve smyslu § 420 odst. 1 **nevykonává**²⁶.

Na druhé straně však otázka oprávnění, jak je konstatováno v důvodové zprávě k občanskému zákoníku, „je brána jako kritérium pro oblast soukromého práva **jako sekundární**, protože zde **rozhoduje především, jak se určitá osoba v právním styku fakticky chová**“²⁷. Jak bylo uvedeno výše, může se jednat i o osobu, která podniká neoprávněně. Kdo podniká, ač k tomu nemá příslušné živnostenské nebo jiné veřejnoprávní oprávnění, porušuje tím veřejné právo, a může být potrestán za přestupek nebo ve smyslu trestního práva, **není tím však zbaven schopnosti uzavírat smlouvy**²⁸.

²³ PLÍVA, Stanislav. In: DVORÁK, Jan, Jiří ŠVESTKA a Michaela ZUKLÍNOVÁ. *Občanské právo hmotné. Svazek 1*. Praha: Wolters Kluwer, 2013, s. 300.

²⁴ PELIKÁNOVÁ, Irena. *Obchodní právo. 1. Vyd. 1*. Praha: ASPI, 2005, s. 191.

²⁵ ELIÁŠ, Karel a kol. *Nový občanský zákoník s aktualizovanou důvodovou zprávou a rejstříkem*. 1. vyd. Ostrava: Sagit, 2012, s. 202.

²⁶ PLÍVA, Stanislav. In: DVORÁK, Jan, Jiří ŠVESTKA a Michaela ZUKLÍNOVÁ. *Občanské právo hmotné. Svazek 1*. Praha: Wolters Kluwer, 2013, s. 300.

²⁷ ELIÁŠ, Karel a kol. *Nový občanský zákoník s aktualizovanou důvodovou zprávou a rejstříkem*. 1. vyd. Ostrava: Sagit, 2012, s. 202.

²⁸ ELIÁŠ, Karel. *Obchodní zákoník: praktické poznámkové vydání s výběrem z judikatury od roku 1900 : podle stavu k 1. 8. 2004*. 4. přeprac. a rozš. vyd. Praha: Linde, 2004, s. 52.

Občanský zákoník vymezuje pojem podnikatele také ve vazbě na **spotřebitele**, kterého vymezuje v § 419²⁹. Podle § 420 odst. 2 **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**. Podle důvodové zprávy³⁰ k občanskému zákoníku je **pojmové pojetí podnikatele pro účely ochrany spotřebitele** rozšířeno 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 kritérium 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. Výrazem „každá osoba“ se dává najevo, že její soukromoprávní nebo veřejnoprávní základ není v dané souvislosti významný, **významné je, že uzavírá smlouvy s určitým obsahem**.

V § 421 odst. 2 obč. zák. se přímo stanoví, že podnikatelem je osoba, která má k podnikání **živnostenské oprávnění**. V této souvislosti je nutno poznamenat, že podobné znaky obsažené v § 420 obč. zák. pokud jde o podnikatele, jsou obsaženy v § 2 živnostenského zákona, kde se vymezuje **živnost**. „**Živností je soustavná činnost provozovaná samostatně, vlastním jménem, na vlastní odpovědnost, za účelem dosažení zisku a za podmínek stanovených tímto zákonem**“. Znaky uvedené v § 2 živnostenského zákona nejsou doslovně totožné s formulací v občanském zákoníku, nicméně mu **obsahově odpovídají**. Například v definici podnikatele není v § 420 obč. zák., na rozdíl od zrušeného obchodního zákoníku uvedeno, že **podnikatel jedná vlastním jménem**. Požadavek, že **podnikatel**, který nemá obchodní firmu, právně jedná **pod vlastním jménem** je uveden následně v § 422 obč. zák. Otázky obchodní firmy jsou uvedeny v § 423 a násl. obč. zák. Takže požadavek **jména** občanský zákoník také **výslovně obsahuje**.

Celkově je pojem živnosti pojem užší, proto živnostenský zákon zavedl pro definici živnosti znak, že živnost je činností, která je vykonávána za podmínek stanovených živnostenským zákonem³¹.

²⁹ Ve smyslu § 419 obč. zák. je spotřebitelem každý člověk, který mimo rámec své podnikatelské činnosti nebo mimo rámec samostatného výkonu svého povolání uzavírá smlouvu s podnikatelem nebo s ním jinak jedná.

³⁰ ELIÁŠ, Karel a kol. *Nový občanský zákoník s aktualizovanou důvodovou zprávou a rejstříkem*. Ostrava: Sagit, 2012, s. 202.

³¹ KAMENÍK, Petr, Milada HRABÁNKOVÁ a Marie ORLOVÁ. *Živnostenský zákon; Zákon o živnostenských úřadech: komentář*. Vyd. 1. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 4.

Užší pojetí podnikání v živnostenském zákoně je zřejmé i z negativního vymezení obsaženého v § 3 živnostenského zákona, kde je řečeno, **co živností není**. To, že určitá činnost není považována za živnost však **neznamená**, že se **nejedná o podnikání** – podnikatelskou činnost. Zejména je to zřejmé z činností vymezených v § 3 odst. 2 nebo 3 živnostenského zákona. V § 3 odst. 2 jsou vymezeny činnosti fyzických osob, které jsou prováděny v **rozsahu zvláštních zákonů**, např. činnost advokátů, notářů, soudních exekutorů, rozhodců, mediátorů, ale i lékařů apod. V § 3 odst. 3 jsou dále uvedeny činnosti, které mají **povahu podnikání, ale nejde** o podnikatelskou činnost, která naplňuje znaky **živnosti**. Jedná se o jiné výdělečné aktivity povolované podle **speciálních předpisů**, jako jsou např. podnikání v plynárenství, energetice³². Tyto otázky upravuje zákon č. 458/2000 Sb., o podmínkách podnikání a o výkonu státní správy v energetických odvětvích a o změně některých zákonů (energetický zákon). Jiným příkladem je provozování loterií a jiných podobných her, které je upraveno zákonem ČNR č. 202/1990 Sb., o loteriích a jiných podobných hrách, ve znění zákona č. 70/1994 Sb. Z dalších tam uvedených činností je možné uvést např. vyhledávání, průzkum a těžba nerostných zdrojů ze dna moří a oceánů a jeho podzemí za hranicemi pravomocí států, což je upraveno zákonem č. 158/2000 Sb., o vyhledávání, průzkumu a těžbě nerostných zdrojů z mořského dna za hranicemi pravomocí států a o změně některých zákonů, námořní doprava a mořský rybolov, zahraniční obchod s vojenským materiálem, který je upraven zákonem č. 38/1994 Sb., o zahraničním obchodu s vojenským materiálem apod.

Charakter podnikání mohou vykazovat i **výdělečné aktivity**, k jejichž provozování **speciální povolení není potřebné**³³, např. pronájem nemovitostí, pokud jsou při nich **naplněny pojmové znaky** týkající se podnikatele, jeho podnikatelské činnosti. Živnostenský zákon přímo v § 3 odst. 3, písm. ah) stanoví, že pronájem nemovitostí, bytů a nebytových prostor není živností.

Pokud jde o počátek podnikání, za ten lze považovat okamžik, kdy se konkrétní osoba rozhodne realizovat konkrétní podnikatelskou myšlenku a pustí se do její realizace. V takovém okamžiku je položen základ pro vytvoření konkrétního obchodního závodu.³⁴

³² ELIÁŠ, Karel. *Obchodní zákoník: praktické poznámkové vydání s výběrem z judikatury od roku 1900 : podle stavu k 1. 8. 2004*. 4. přeprac. a rozš. vyd. Praha: Linde, 2004, s. 45.

³³ *Ibid.*

³⁴ ČERNÁ, Stanislava a kol. *Podnikatel a jeho právní vztahy*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2013, s. 11.

1.1 Jméno a sídlo podnikatele

Podnikatel, ať již osoba fyzická nebo právnická, podniká pod určitým jménem, tj. pod vlastním jménem nebo obchodní firmou. Podle § 422 obč. zák. „podnikatel, který nemá obchodní firmu, právně jedná při svém podnikání pod vlastním jménem; připojí-li k němu dodatky charakterizující blíže jeho osobu nebo obchodní závod, nesmí být klamavé“. Rozlišují se zde případy, kdy se podnikatel zapisuje do obchodního rejstříku, v tom případě jméno, pod kterým podniká, se ve smyslu § 423 odst. 1 obč. zák. označuje jako **obchodní firma**. S obchodní firmou jsou spojeny další právní aspekty (viz níže).

Pokud se podnikatel **nezapíše** do obchodního rejstříku, podniká pod **vlastním jménem**. Nerozlišuje se tu přitom mezi podnikajícími osobami fyzickými a právnickými, resp. mezi názvy těchto a jmény oněch osob, neboť vzhledem k formulaci v § 132 obč. zák. postačí mluvit jen o jménu. V zákoně se zdůrazňuje, že **podnikatel** může použít **odlišující dodatky** blíže **charakterizující osobu podnikatele**, popř. **závod** či jeho umístění. Tím se vylučují dodatky klamavé. Volbu klamavých, ale i zaměnitelných dodatků vylučuje také úprava nekalé soutěže. Skutečnost, že podobná označení chrání úprava zákazu nekalé soutěže, není zde zvláště zdůrazňována, neboť by se jednalo o **pouhé upozornění bez normativního obsahu**³⁵.

Jméno podnikatele, pod kterým se zapisuje do obchodního rejstříku, se ve smyslu § 423 obč. zák. nazývá **obchodní firma**. Právní úprava nerozlišuje, jestli jde o **povinný zápis** do obchodního rejstříku stanovený zákonem, nebo o zápis dobrovolný. Podnikatel však **nesmí mít víc obchodních firem**, což platí i pro případ, kdy podnikatel provozuje více obchodních závodů.

Podle § 423 odst. 2 obč. zák. **ochrana práv k obchodní firmě náleží tomu, kdo ji po právu použil poprvé**. Protože se jméno podnikatele stává obchodní firmou až okamžikem, kdy je pod ním podnikatel zapsán do obchodního rejstříku, lze za použití po právu považovat **použití od tohoto okamžiku**³⁶. **Kdo byl dotčen ve svém právu k obchodní firmě, má stejná práva jako při ochraně před nekalou soutěží**.

Právní úprava obchodní firmy v občanském zákoníku je **konstruována částečně odlišně** od předchozí úpravy v obchodním zákoníku³⁷. Pokud jde o obchodní firmu právnické osoby může být její jméno vytvořeno různě, může se

³⁵ ELIÁŠ, Karel a kol. *Nový občanský zákoník s aktualizovanou důvodovou zprávou a rejstříkem*. 1. vyd. Ostrava: Sagit, 2012, s. 202.

³⁶ PLÍVA, Stanislav. In: DVORÁK, Jan, Jiří ŠVESTKA a Michaela ZUKLÍNOVÁ. *Občanské právo hmotné. Svazek 1*. Praha: Wolters Kluwer, 2013, s. 304.

³⁷ KLIMEŠ, František. Novodobá právní úprava podnikání v retrospektivě. *Obchodní právo*. 2015, č. 2, s. 57-69.

jednat o vymyšlené názvy, zcela podle fantazie zakladatelů. Obchodní firma však ve smyslu § 424 obč. zák. **nesmí být zaměnitelná** s jinou obchodní firmou, ani nesmí působit klamavě.

Pokud jde o **zaměnitelnost**, poukazuje³⁸ se na to, že nová právní úprava ve srovnání s právní úpravou v obchodním zákoníku již **neobsahuje výslovné ustanovení o tom**, že k odlišení obchodní firmy **nestačí rozdílný dodatek označující právní formu** (např. Verkauf, a. s., a Verkauf, s. r. o.), který je jinak povinnou součástí názvu právnické osoby v § 132 obč. zák. Je otázkou, zda je veřejnost schopna rozlišit jména (obchodní firmy), které se odlišují např. pouze formou (např. a. s. a s. r. o.) právnické osoby. Zpravidla pravděpodobně takové rozlišení nebude veřejnost schopna učinit. V této souvislosti je však asi nutno rozlišovat profesionála (podnikatele) působícího v dané oblasti podnikání a spotřebitele.

Částečnou odpověď na tuto otázku může dát § 426 obč. zák., který můžeme vyložit v souvislosti s § 424. Podle tohoto ustanovení **je-li více obchodních závodů několika podnikatelů spojeno do podnikatelského seskupení, mohou jejich jména nebo obchodní firmy obsahovat shodné prvky; veřejnost však musí být schopna je odlišit**. Daný paragraf výslovně umožňuje shodné prvky jména nebo obchodní firmy, ale **pouze v případě podnikatelského seskupení**, ale i zde se **vyžaduje schopnost veřejnosti je odlišit**. Podle důvodové zprávy³⁹ k občanskému zákoníku i v takovém případě platí zákaz zaměnitelnosti: veřejnost musí být s to i tak jednotlivé členy seskupení odlišit jako různé osoby. Dané ustanovení vyjadřuje, že **pouhá obdoba firemního kmene** nebo shoda **firemních kmenů** v některých prvcích ještě sama o sobě nevede k zaměnitelnosti právně závadné. Proto se ale současně dává najevo, že celkové uspořádání obchodních firem jednotlivých členů podnikatelského seskupení musí být takové, aby jejich obchodní firmy jako celek zaměnitelnost vyloučily. Kdybychom se vrátili k výkladu § 424 obč. zák. o **zaměnitelnosti**, mohli bychom na jedné straně výkladem *a contrario* dospět k závěru, že mimo podnikatelská seskupení není shoda firemních kmenů (viz příklad Verkauf) přípustná, a že tudíž odlišení pouhou formou právnické osoby Verkauf, a. s., a Verkauf, s. r. o., není pro vyloučení zaměnitelnosti dostatečné. Na druhé straně však občanský zákoník v § 424 **výslovně nestanoví**, jako zrušený obchodní zákoník, že pro odlišení obchodní firmy **nestačí rozdílný dodatek označující právní formu**. Bylo by tak možné uplatnit zásadu, že dovoleno je vše, co není zakázáno (pravidlo obsažené v důvodové zprávě k občanskému zákoníku v souvislosti s § 427). Z hlediska čistě formálního jazykového výkladu to nelze vyloučit, ale z hlediska výkladu

³⁸ PLÍVA, Stanislav. In: DVORÁK, Jan, Jiří ŠVESTKA a Michaela ZUKLÍNOVÁ. *Občanské právo hmotné. Svazek 1*. Praha: Wolters Kluwer, 2013, s. 302.

³⁹ ELIÁŠ, Karel a kol. *Nový občanský zákoník s aktualizovanou důvodovou zprávou a rejstříkem*. 1. vyd. Ostrava: Sagit, 2012, s. 204.

smyslu **daného ustanovení o zaměnitelnosti** je velké nebezpečí zaměnitelnosti při pouhém odlišení obchodních firem pouhou formou.

Určité rozdíly jsou v právní úpravě občanského zákoníku, pokud jde o **obchodní firmu člověka**, tím se má na mysli fyzické osoby. Podle § 425 odst. 1 obč. zák. se **člověk** запиše do obchodního rejstříku pod **obchodní firmou** tvořenou **zpravidla jeho jménem**. **Změní-li se jeho jméno**, může používat v obchodní firmě **i nadále své dřívější jméno**; změnu **jména však uveřejní**. Podle důvodové zprávy⁴⁰ k občanskému zákoníku, dojde-li ke **změně jména člověka**, který je podnikatelem, **nezachovává se pro takový případ úprava v § 11 odst. 2 obchodního zákoníku č. 513/1991 Sb., zakládající povinnost připojit k obchodní firmě dodatek s novým jménem**. Věcný důvod této nové úpravy se opírá o skutečnost, že **totožnost podnikající osoby zůstává nezměněna**. **Klamavost** či uvádění takovou firmou **v omyl tedy nepřichází v úvahu**.

Na rozdíl od úpravy v obchodním zákoníku se může člověk ve smyslu § 425 odst. 2 obč. zák. zapsat do obchodního rejstříku **pod jinou obchodní firmou než pod svým jménem**, musí však být zřejmé, že **nejde o obchodní firmu právnické osoby**. Na rozdíl od úpravy ve zrušeném obchodním zákoníku **nemusi být obchodní firma člověka vždy tvořena jeho jménem**, tzn. že firma bude moci být vytvořena i **fantazijním označením**, případně **pseudonymem**⁴¹ (§ 79 obč. zák.). Musí však být zřejmé, že nejde o obchodní firmu právnické osoby. V tomto směru je v důvodové zprávě⁴² k občanskému zákoníku konstatováno, že u člověka – **podnikatele** (podnikatele – jednotlivce) se netrvá na tom, aby jeho **obchodní firma** byla totožná s jeho jménem: veřejnost však musí být schopna rozpoznat z jeho označení, že se jedná o podnikatele – jednotlivce.

K této otázce je třeba ještě doplnit, že možnost jiného – fantazijního označení, než je jméno u **podnikatele** (fyzické osoby), je přípustné pouze u podnikatelů, kteří mají obchodní firmu, tj. zapisují se do obchodního rejstříku. Ve smyslu § 422 obč. zák., **podnikatel** (fyzická osoba), který nemá **obchodní firmu**, právně **jedná** při svém podnikání **pod vlastním jménem**; připojí-li k němu **dodatky** charakterizující blíže jeho osobu nebo obchodní závod, nesmí být **klamavé**. Znamená to, že **nesmí vzbuzovat klamnou představu** o podnikateli a předmětu jeho podnikání.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ KLIMEŠ, František. Novodobá právní úprava podnikání v retrospektivě. *Obchodní právo*, 2015, č. 2, s. 57-69.

⁴² ELIÁŠ, Karel a kol. *Nový občanský zákoník s aktualizovanou důvodovou zprávou a rejstříkem*. 1. vyd. Ostrava: Sagit, 2012, s. 203.