

# 1 ÚVAHY NAD (NE)ZBYTNOSTÍ REDEFINICE NELEGÁLNÍ PRÁCE<sup>1</sup>

## 1.1 Pojem závislé a nelegální práce

Na otázku, zda výkon nelegální práce představuje obecně nežádoucí jev, a to v jakékoliv jeho formě, odpoví nejspíše všichni dotázaní – bez ohledu na to, zda se jedná o laika či právníka – stejně: „Ano.“ Nejen v rámci laické komunity, ale dokonce i mezi právníky, kteří se nevěnují systematicky pracovnímu právu, se však zpravidla liší pohled na to, co vše zahrnout pod onu nelegální práci. Od představ o tom, že jde i o práci vykonávanou za nižší než zákonem povolenou mzdu, častěji pak, že jde o práci konanou v tzv. švarcsystému, přes identifikaci „typické“ formy nelegální práce, za jakou je (vcelku „napříč spektrem“ odborníků i laiků) považován výkon práce cizincem nemajícím povolení k pobytu, až k velice komplikovanému posuzování, zda cizinec překročil vydané povolení a dopustil se výkonu práce v rozporu s ním.

Závislá práce je v současné době vymezena legální definicí obsaženou v § 2 zákoníku práce:

*„(1) Závislou prací je práce, která je vykonávána ve vztahu nadřízenosti zaměstnavatele a podřízenosti zaměstnance, jménem zaměstnavatele, podle pokynů zaměstnavatele a zaměstnanec ji pro zaměstnavatele vykonává osobně.*

*(2) Závislá práce musí být vykonávána za mzdu, plat nebo odměnu za práci, na náklady a odpovědnost zaměstnavatele, v pracovní době na pracovišti zaměstnavatele, popřípadě na jiném dohodnutém místě.“*

Zjednodušeně by bylo možné konstatovat, že v prvním odstavci shora uvedené definice jsou uvedeny znaky závislé práce a v odstavci druhém podmínky jejího výkonu. Ve vazbě na § 3 zákoníku práce by se pak slušelo dodat – má-li práce všechny znaky závislé práce, pak může být konána pouze v pracovněprávním vztahu.

§ 3 zákoníku práce:

*„Závislá práce může být vykonávána výlučně v základním pracovněprávním vztahu, není-li upravena zvláštními právními předpisy.<sup>2)</sup> Základními pracovněprávními vztahy jsou pracovní poměr a právní vztahy založené dohodami o pracích konaných mimo pracovní poměr.“*

---

<sup>1</sup> Kapitola reflektuje právní stav k 28. 11. 2022.

<sup>2)</sup> *Například zákon č. 234/2014 Sb., o státní službě, zákon č. 361/2003 Sb., o služebním poměru příslušníků bezpečnostních sborů, ve znění pozdějších předpisů.*

Správné pochopení definice závislé práce je tedy do značné míry klíčové i pro vymezení pracovněprávních vztahů jako takových a zdánlivá jednoznačnost shora uvedeného nenapovídá nic o tom, ke kolika porušením právního řádu v této souvislosti v praxi v minulosti docházelo a stále ještě dochází.

Mnohá z těchto úskalí jsou lépe pochopitelná při vnímání souvislostí vývoje legislativy (pracovněprávní i v oblasti zaměstnanosti) i praxe, který po roce 1989 předcházela legálnímu ukotvení pojmu závislá práce v pracovním kodexu.

Na počátku 90. let začal být na našem území hojně praktikován způsob „zaměstnávání na živnostenský list“ – již tato, v tehdejší praxi poměrně rozšířeně užívaná slovní vazba (stejně jako dosud hojně používané „ekvivalentní“ výrazy „švarcsystém“ či „práce na IČO“) naznačuje vnitřní rozpornost; „zaměstnávání...“, tj. vztah předurčený k výkonu práce závislé, versus „... na živnostenský list“, tj. za užití (respektive v této vazbě spíše zneužití) veřejnoprávního titulu – živnostenského oprávnění, které mělo naopak umožňovat (v předchozích letech socialismu odpírané) „podnikání“, tj. samostatný výkon práce ve všech ohledech nezávislé.

I dnes se lze setkat s případy, kdy je faktický pracovněprávní vztah formálně zakrýván vztahem obchodní spolupráce (dnes bychom řekli vztahem občanskoprávním) – byť s ohledem na postupnou kultivaci právního vědomí a s ohledem na o něco méně výrazný finanční prospěch pro aktéry těchto protiprávních postupů v porovnání se „zlatými devadesátými“ a zejména pak s ohledem na hrozící citelný sankční postih případů, kdyby byla práce se znaky práce závislé vykonávána v rozporu s § 3 zákoníku práce mimo pracovněprávní (služební) vztah, se jedná o praxi méně častou (resp. ne již tak „masovou“ jako na počátku 90. let minulého století), dnes typickou zejména pro některé sektory ekonomiky a občas i poměrně rafinovaně zakrývanou.

Není záměrem autorů této kapitoly vracet se detailně ke genezi legální definice závislé práce a dovolíme se v této souvislosti odkázat na literaturu věnující se podrobněji této problematice<sup>2</sup>. Zjednodušeně je však namístě uvést, že poprvé se zákonné vymezení závislé práce objevilo v našem právním řádu až s novým zákoníkem práce z roku 2006 – s účinností od 1. 1. 2007 byl náš právní řád obohacen o vymezení pojmu závislá práce, když dle § 2 odst. 4 zákoníku práce (ve znění účinném do konce roku 2011) uváděl: „*Za závislou práci, která je vykonávána ve vztahu nadřízenosti zaměstnavatele a podřízenosti zaměstnance, se považuje výlučně osobní výkon práce zaměstnance pro zaměstnavatele, podle pokynů zaměstnavatele, jeho jménem, za mzdu, plat nebo odměnu za práci, v pracovní době nebo jinak stanovené nebo dohodnuté době na pracovišti zaměstnavatele, popřípadě na jiném dohodnutém místě, na náklady zaměstnavatele a na jeho odpovědnost.*“

---

<sup>2</sup> Např. PICHRT, J. *Závislá práce – nedávná minulost a současnost*. In PICHRT, J. a kol. *Pracovní právo*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2021, s. 75 a násl.

Novela zákoníku práce provedená zákonem č. 365/2011 Sb. pak přinesla s účinností od 1. 1. 2012 upravenou definici závislé práce, obsaženou dosud ve shodném znění v § 2 zákoníku práce (viz výše).

Je zřejmé, že nová definice závislé práce vznikla v podstatě rozdělením předcházející nesourodé a „košaté“ definice závislé práce do dvou odstavců<sup>3</sup>. Provedená úprava definice závislé práce (její „rozdělení“ na znaky a podmínky) byla systémově „krokem správným směrem“, jakkoliv bylo již při jejím přijetí možné zaznamenat mnohé pochyby i ze strany právní teorie<sup>4</sup>, a to jak k některým prvkům nedostatečně progresivním, tak ve vztahu k otázce, zda posuzování charakteru závislé práce (nově) pouze čtyřmi znaky uvedenými v § 2 odst. 1 zákoníku práce bude pro praxi dostačující<sup>5</sup>.

Zejména rozsudky Nejvyššího správního soudu z posledních let napovídají tomu, že minimálně jedna z (od 1. 1. 2012 již jen) „podmínek“ výkonu závislé práce, konkrétně podmínka uvádějící (nyní v § 2 odst. 2 zák. práce), že „závislá práce musí být vykonávána za mzdu, plat nebo odměnu za práci“ je v důsledku judikatury správních soudů opět v některých případech řazena (zjednodušeně řečeno) mezi „znaky doplňkově indukující“ výkon závislé práce (tedy jakoby „judikatorně částečně přerazena“ z druhého odstavce § 2 zákoníku práce zpět do prvního a je jí tak opět, byť jen částečně, přisuzován význam, při posuzování povahy závislosti práce, pro účely posouzení naplnění skutkové podstaty přestupku umožnění výkonu nelegální práce). Nejvyšší správní soud např. v jednom ze svých rozsudků (NSS ČR č. j. Ads 46/2013-35) dovozuje, že odměna (úplatnost výkonu práce) může být v konkrétním případě považována i za znak (jakkoliv nikoliv samostatný)<sup>6</sup> významný pro posouzení, že se v daném případě jedná o závislou práci<sup>7</sup>.

„Odměna coby nesamostatný znak závislé práce“ však nebude středobodem našich následujících úvah; již rozsudek Nejvyššího správního soudu NSS 4 Ads 177/2011-120 ze dne 27. 4. 2012 mohl těm, kteří „slyší trávu růst“, napovědět, že pokud jde o posuzování nelegální práce, pak „u odměny zůstat nemusí“; tento rozsudek mj. uvádí: „*K posouzení práce cizincem jako nelegální práce ve smyslu zákona o zaměstnanosti je třeba, aby tuto práci vykonával cizinec **soustavně, podle***

<sup>3</sup> V roce 2011 k tomu důvodová zpráva k zákonu č. 365/2011 Sb. uváděla: „*V právní teorii i praxi bývá dosavadní legální definici závislé práce vytýkáno, že neorganicky směšuje znaky závislé práce s podmínkami, za kterých musí být vykonávána. Navrhuje se proto upravit legální definici závislé práce tak, že v odstavci 1 jsou vyjádřeny znaky závislé práce a v odstavci 2 podmínky jejího výkonu.*“

<sup>4</sup> BĚLINA, M., PICHRT, J. Nad návrhem novelizace zákoníku práce (včetně vazby na návrh nového občanského zákoníku). *Právní rozhledy*. 2011, č. 17, s. 609.

<sup>5</sup> Podrobněji srov. PICHRT, J. Závislá práce – nedávná minulost a současnost. In PICHRT, J. a kol. *Pracovní právo*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2021, s. 77.

<sup>6</sup> „*Závěrem hodnocení závislosti práce Nejvyšší správní soud uzavírá, že odměna sice nepředstavuje samostatný definiční znak závislé práce, ale odměna či její příslib je významnou skutečností pro posouzení toho, zda mezi dvěma osobami existuje vztah nadřízenosti a podřízenosti vyplývající z hospodářské závislosti zaměstnance na zaměstnavateli.*“ STÁDNÍK, J., KIELER, P. Závislá práce a odměna jako její znak. *Práce a mzda*. 2014, č. 5. s. 37 a násl.

<sup>7</sup> PICHRT, J. Závislá práce – nedávná minulost a současnost. In PICHRT, J. a kol. *Pracovní právo*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2021, s. 77–78.

*pokynů a za mzdu, plat nebo odměnu. Cílem zákona o zaměstnanosti totiž není potírat jakoukoliv práci cizinců, ale jen takovou, kterou cizinci vykonávají v rozporu s povolením k zaměstnání (například jiný druh práce) nebo bez povolení k zaměstnání, tedy práci, která je obdobná závislé práci ve smyslu zákoníku práce. ... Podle bodu 7 preambule této směrnice [směrnice Evropského parlamentu a Rady 2009/52/ES o minimálních normách pro sankce a opatření vůči zaměstnavatelům neoprávněně pobývajících státních příslušníků třetích zemí – pozn. autorů] by definice zaměstnání měla zahrnovat jeho zakládající prvky, tj. činnosti, které jsou nebo by měly být vykonávány za odměnu podle pokynů nebo pod dohledem zaměstnavatele, bez ohledu na právní vztah. V čl. 2 je vytvořena definice zaměstnání nebo zaměstnávání pro účely této směrnice tak, že ‚zaměstnáním‘ či ‚zaměstnáváním‘ se rozumí výkon činností zahrnujících jakoukoliv formu práce upravenou vnitrostátními právními předpisy nebo zavedenou praxí pro zaměstnavatele nebo podle jeho pokynů či pod jeho dohledem. Nepochybně tak není cílem zákona o zaměstnanosti potírat bezúplatnou jednorázovou pomoc mezi příbuznými.“*

Citovaným rozsudkem tak Nejvyšší správní soud v podstatě poprvé přichází s nabídkou kvalitativně-quantitativního dalšího znaku závislé práce – soustavnosti. Tento přístup byl následně potvrzen v navazujících rozhodnutích – za všechny jmenujme kupříkladu rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 6 Ads 46/2013-35 ze dne 13. 2. 2014.

Pouze zákonné definiční znaky závislé práce jsou pak též základem pro část zákonného vymezení práce nelegální. Zákonná definice nelegální práce je v současnosti obsažena v ustanovení § 5 písm. e) zákona o zaměstnanosti, dle ní se nelegální prací rozumí:

1. závislá práce vykonávaná fyzickou osobou mimo pracovní právní vztah (případně služebně právní vztah),
2. práce vykonávaná cizincem v rozporu s vydaným povolením k zaměstnání nebo bez tohoto povolení, je-li podle zákona o zaměstnanosti vyžadováno, nebo v rozporu se zaměstnaneckou kartou, kartou vnitropodnikově převedeného zaměstnance nebo modrou kartou vydanými podle zákona č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky, nebo bez některé z těchto karet; to neplatí v případě výkonu jiné práce podle § 41 odst. 1 písm. c) zákoníku práce, nebo
3. práce vykonávaná cizincem pro právnickou nebo fyzickou osobu bez platného oprávnění k pobytu na území České republiky, je-li zákonem o pobytu cizinců vyžadováno.

Z uvedeného je zřejmé, že pouze první ze tří (shora uvedených) skutkových podstat nelegální práce se týká též občanů České republiky a Evropské unie, neboť zbylé dva případy mohou nastat pouze u cizinců pocházejících z tzv. třetích zemí<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Ustanovení § 85 zákona o zaměstnanosti: „Pro účely zaměstnávání zaměstnanců ze zahraničí podle tohoto zákona se za cizince nepovažuje občan Evropské unie a jeho rodinný příslušník (§ 3 odst. 2) a rodinný příslušník občana České republiky uvedený v § 3 odst. 3.“

Textace § 5 písm. e) bod 1 zákona o zaměstnanosti přímo odkazuje na § 2 a § 3 zákoníku práce, pokud jde o definici pojmů „závislá práce“ a „práce vykonávaná fyzickou osobou mimo pracovněprávní vztah“. Zdálo by se tedy, že orgánům inspekce práce postačí se při kontrolní činnosti držet těchto (v zákoníku práce již zakotvených) pojmů a při naplnění všech znaků závislé práce, a za situace, že je konána mimo pracovněprávní vztah, usoudit, že se v daném případě jedná o výkon nelegální práce. V praxi tomu tak nicméně není, neboť jak je níže detailněji popsáno, do posuzování, zda se jedná o „právně souladný“ výkon závislé práce, či nikoliv (a tedy zda v konkrétním případě došlo k naplnění skutkové podstaty výkonu nelegální práce), zasáhla podstatně judikatura Nejvyššího správního soudu (viz výše). Důsledky dopadů této judikatury do praxe podnítily diskuze o potřebnosti, či dokonce nezbytnosti změny stávající zákonné definice nelegální práce. Je pochopitelné, že již základní „vstupní pozice“ do takové diskuze se mohou různit (a zpravidla tomu také je) v závislosti na tom, zda „diskutující“ patří do tábora zaměstnaneckého/odborářského či zaměstnavatelského; zda je spíše „reprezentantem“ doktríny či praxe apod. Zjednodušeně je však možné konstatovat, že do jisté míry pozoruhodný a stále se vyostřující se zdá v poslední době být rozpor mezi postoji těch, kteří v této diskuzi při výkladech sporných otázek akcentují smysl a účel předmětné právní úpravy z pohledu zájmů státu a státem sledovaných cílů „politiky zaměstnanosti“, a těch, kteří zdůrazňují jiné výkladové postoje (např. zejména doslovný výklad jazykový). Jsme si samozřejmě vědomi toho, že žádná výkladová metoda nestojí sama o sobě jako „jediná správná“<sup>9</sup>, tím spíše však vnímáme, že s odkazem na důsledky „judikatorního“ posunu definice závislé práce slyšíme v posledních letech zejména ze strany pracovníků činných ve veřejnoprávním dohledu, že efektivita výstupů jejich kontrolní činnosti v oblasti nelegální práce je v určitých směrech v současné době výrazně limitována důsledky některých rozhodnutí Nejvyššího správního soudu. Není tedy s podivem, že situace vyústila v „hledání cesty zda a jak“, s respektem k soudním rozhodnutím, nalézt novou či „polepšit“ stávající, definici závislé práce (a ve vazbě na ni případně i vymezení nelegální práce) tak, aby nadále byla základem i pro efektivní veřejnoprávní kontrolu a postižení výkonu nelegální práce a přispěla tak co nejlépe i k naplnění smyslu a účelu, který zákonodárce sledoval při tvorbě legální definice závislé práce i ve vztahu k cílům státní politiky zaměstnanosti. Tato kapitola vznikla jako náš skromný příspěvek k probíhajícímu diskurzu.

<sup>9</sup> Dovolíme si ze soudobých prací v tomto ohledu odkázat zejména na monografii J. Wintra věnovanou metodám a zásadám interpretace práva: WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*. 2. vydání. Praha: Auditorium, 2019.

## 1.2 Redefinice nelegální práce aneb „komu tím prospějete“?

Úvahy nad možnou redefinicí nelegální práce [§ 5 písm. e) bod 1 zákona o zaměstnanosti] byly mj. i na pořadu jednání pracovní skupiny zaměřené na problematiku nelegální práce, vytvořené v rámci Meziresortního orgánu pro potírání nelegálního zaměstnávání (dále jen „MOPNZ“) <sup>10</sup>, a našly svůj odraz v návrhu Ministerstva práce a sociálních věcí novelizovat ustanovení § 5 písm. e) bod 1 zákona o zaměstnanosti – i v reakci na argumentační linii zastávanou Nejvyšším správním soudem <sup>11</sup> postavenou na názoru, že jedním ze znaků závislé práce – byť výslovně nevyjádřeným v § 2 odst. 1 zákoníku práce – je její soustavnost.

Zásadním impulzem pro navrhovanou novelizaci je tedy zjevně právě skutečnost, že Nejvyšší správní soud opakovaně judikoval v tom smyslu, že definičním prvkem závislé práce může být i takový znak, který v zákoně není výslovně vyjádřen – k tomu podrobněji viz výše.

Úvodem úvah nad (ne)potřebností redefinice závislé práce (jejích znaků) je třeba připustit, že prokazování naplnění judikaturou dovozovaného „znaku“ soustavnosti výkonu práce (zaměstnancem pro zaměstnavatele) může působit v rámci správních řízení vedených příslušnými inspektoráty práce nemalé potíže, neboť při absenci dalších důkazů se pro zaměstnavatele nabízí obrana spočívající v tvrzení, že daná osoba se na pracovišti zdržuje „náhodou“ či se jednalo o výpomoc v řádu několika málo okamžiků před tím, než započala kontrola.

Nejvyšší správní soud v již zmíněném rozsudku č. j. 6 Ads 46/2013-35 uvádí, že za samostatný znak je nutno považovat již první část definice nelegální práce obsažené v § 5 písm. e) bod 1 zákona o zaměstnanosti, tedy to, že práce „je vykonávána“. Podle NSS se jedná o vid nedokonavý a i z účelu právní úpravy je zřejmé, že při jednorázové či příležitostné spolupráci se jen těžko může mezi zaměstnavatelem a zaměstnancem vytvořit jakýkoliv vztah, natožpak vztah závislosti.

Na soustavnost výkonu práce může podle NSS ukazovat řada dalších skutečností jako výpověď obviněného, výslechy svědků či samotná situace na místě (charakter činností, množství již provedené práce apod.). Na závalu nemusí být ani to, že se činnost dosud soustavnou stát nestihla (jedná se například teprve o první den práce „na zkoušku“), jestliže se takovou podle vůle stran následně stát měla. <sup>12</sup> Dle NSS nelze tvrdit, že závislou prací je vlastně jakákoliv činnost, kterou jeden člověk vykonává pro druhého podle jeho požadavků, s čímž lze v základu souhlasit; je

---

<sup>10</sup> Meziresortní orgán pro potírání nelegálního zaměstnávání byl zřízen usnesením vlády č. 106 ze dne 8. února 2021; tři pracovní skupiny MOPNZ se zaměřují na problematiku nelegální práce, agenturního zaměstnávání a zaměstnávání cizinců.

<sup>11</sup> Viz výše.

<sup>12</sup> K tomu STÁDNÍK, J. Kontrolní činnost inspekce práce v oblasti agenturního zaměstnávání a nelegální práce. *Sborník příspěvků z mezinárodní vědecké konference Pracovní právo 2012 na téma Závislá práce a její podoby*. Brno: Masarykova univerzita, 2012.

však třeba vzít též v úvahu, že přes (v důsledku dopadů) značnou administrativní náročnost kladenou na postupy inspektorátů práce, dochází k množství situací, kdy je právě ona „soustavnost“ – resp. nemožnost jejího prokázání – jediným důvodem pro nemožnost sankcionování pracovních výkonů, které by jinak všechny znaky výkonu nelegální práce naplnily.

### 1.3 Geneze závěrů o nutnosti soustavnosti výkonu závislé práce

Jakkoliv úvahy NSS k nutnosti naplnění znaku soustavnosti při posuzování, zda došlo k výkonu nelegální práce podle § 5 písm. e) bod 1 zákona o zaměstnanosti, přetrvávají až do dnešní doby, svůj základ zjevně čerpají z již shora uvedeného rozsudku č. j. 4 Ads 75/2011-73, kdy byla jako nelegální práce označena přítomnost družky podnikatele v jeho provozovně v době obědové pauzy. Tato osoba se pak inspektorů po vstupu do prostor provozovny zeptala slovem „Prosím?“ na to, co by si přáli.

Dlužno podotknout, že definice závislé práce byla v dané době jiná – uvedená v § 2 odst. 4 zákoníku práce (ve znění účinném od konce roku 2011 „jednoduchá“ – k podrobnostem i tehdejšímu znění viz výše). Ve znacích, které NSS považuje do dnešní doby při hodnocení nelegální práce za zásadní (tedy zejména v nedokonavém vidu slova „*vykonávána*“ a tvrzeném účelu právní úpravy), se tedy od současné definice nelišila.

Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že smyslem právní úpravy dopadající na souzenou věc, je eliminace zaměstnávání nelegálních pracovníků, ať by se již jednalo o pracovníky vykonávající pro zaměstnavatele běžnou činnost namísto v pracovněprávním vztahu na základě živnostenského oprávnění v režimu tzv. švarcsystému nebo umožnění výkonu práce zahraničním pracovníkům nedisponujícím potřebným pracovním povolením, event. výkon závislé práce bez pracovněprávního vztahu nebo jiné smlouvy.

Nejvyšší správní soud judikoval, že v rámci definičních znaků práce nelze v souzeném případě shledat vztah nadřízenosti ani podřízenosti, družka rovněž za svůj nahodilý záskok nepobírala mzdu, plat ani jinou odměnu a z její krátkodobé přítomnosti v provozovně není možné dovodit, že by pro podnikatele soustavně vykonávala práci.

Pokud by se daná osoba v prodejně nacházela i během otevírací doby, mohli podle NSS kontrolori ověřit, zda skutečně vykonávala práci prodavačky. Jelikož se navíc nacházela v předmětném období na mateřské dovolené se svými dvěma dětmi, o které celodenně pečovala, nemohla podle soudu vykonávat nelegální práci, neboť jedním ze základních pojmových znaků práce je soustavnost.

## 1.4 Dopady do praxe inspekce práce, návrhy novelizace zákona o zaměstnanosti aneb stávající definici „dáváme rok, maximálně dva roky“?

Netrvalo dlouho a setrvávání na požadavku prokázání soustavnosti výkonu závislé práce se stalo pro inspektory inspektorátů práce problémem, který může značně prodloužit správní řízení, někdy však i zmařit cíl sledovaný zákonodárcem při formulaci definice závislé práce, nelegální práce a ochraně trhu práce.

Společně se stávající právní úpravou zániku odpovědnosti za přestupek podle § 32 odst. 3 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, který zakotvuje, že odpovědnost za přestupek zaniká nejpozději 3 roky od jeho spáchání; jde-li o přestupek, za který zákon stanoví sazbu pokuty, jejíž horní hranice je alespoň 100 000 Kč, odpovědnost za přestupek zaniká nejpozději 5 let od jeho spáchání, to může představovat značný problém, neboť motivace obviněných ze spáchání přestupků v oblasti nelegální práce obstrukčním způsobem prodlužovat správní řízení se tímto zvyšuje.

Pracovní skupina MOPNZ proto projednala 3 varianty novelizace, sledující zcela viditelně cíl eliminovat negativní dopady judikatorního požadavku na prokazování soustavnosti výkonu nelegální práce do kontrolní praxe a usnadnit tak kontrolní činnost inspektorátům práce. Variantní návrhy zněly takto:

1. Změna definice nelegální práce obsažená v § 5 písm. e) bod 1 zákona o zaměstnanosti tak, že bude nově znít: „*závislá práce vykonávaná fyzickou osobou mimo pracovněprávní vztah, k délce výkonu práce se nepřihlíží*“;
2. Změna uvedeného ustanovení v tomto znění: „*Práce, která je vykonávaná ve vztahu nadřízenosti zaměstnavatele a podřízenosti zaměstnance, jménem zaměstnavatele, podle pokynů zaměstnavatele a zaměstnanec ji pro zaměstnavatele vykonává osobně, mimo pracovněprávní vztah; k délce výkonu práce se nepřihlíží.*“
3. Změna definice závislé práce obsažené v § 2 odst. 1 zákoníku práce tak, že znakem závislé práce není soustavnost – nepřihlíží se k délce výkonu činnosti.

Široký byl souhlas zástupců členských institucí MOPNZ co do „sledovaného záměru“, rozdílnější byly názory stran „nejlepší cesty k jeho dosažení“. Zaznívaly i hlasy preferující nejdříve (před formulací konkrétních variant návrhu změny samé) vyvolání širšího odborného diskurzu za účasti zástupců sociálních partnerů, státu (resp. zainteresovaného ministerstva coby předkladatele návrhů právních norem odrážejících sledované politiky zaměstnanosti) a především zástupců vrcholných orgánů správního soudnictví; diskurzu, který by v důsledku vedl k širšímu konsenzuálnímu přístupu při hledání „nápravy“, v jejímž konečném důsledku by smysl a účel sledovaný zákonodárcem, promítnutý do pozměněného normativního textu, mohl být základem efektivní činnosti kontrolních orgánů, která by „se ne-



střetávala“ s rozhodovací činností soudní již na půdorysu samotného definičního legálního základu kontrolovaného jevu.

Ačkoliv se v diskuzi objevily (ve výrazné menšině) názory preferující z navržených „opatření spočívajících ve změně zákonné definice nelegální práce“ variantu uvedenou shora pod bodem 3. – tedy variantu spočívající v úpravě samotného definičního vymezení „závislé práce“ v zákoníku práce jako takové,<sup>13</sup> zástupci členských institucí pracovní skupiny MOPNZ většinou vybrali ze shora uvedených tři variant znění uvedené pod bodem 2., tedy že nelegální prací je „práce, která je vykonávána ve vztahu nadřízenosti zaměstnavatele a podřízenosti zaměstnance, jménem zaměstnavatele, podle pokynů zaměstnavatele a zaměstnanec ji pro zaměstnavatele vykonává osobně, mimo pracovněprávní vztah; k délce výkonu práce se nepřihlíží“. V návaznosti na to bylo odhlasováno usnesení, že MPSV vypracuje a předloží do legislativního procesu návrh nové legislativní definice nelegální práce, a to ve prospěch nového znění § 5 písm. e) zákona o zaměstnanosti.

## 1.5 Zhodnocení schváleného podnětu a znění novelizačního návrhu

K současné definici závislé práce (v § 2 odst. 1 zákoníku práce), kdy „závislou prací je práce, která je vykonávána ve vztahu nadřízenosti zaměstnavatele a podřízenosti zaměstnance, jménem zaměstnavatele, podle pokynů zaměstnavatele a zaměstnanec ji pro zaměstnavatele vykonává osobně“, M. Bělina uvádí, že právě definice závislé práce obsažená v § 2 odst. 1 zákoníku práce brání existenci obchodněprávních vztahů (především na základě živnostenského oprávnění), tam, kde z povahy věci musí nastoupit vztah pracovněprávní.<sup>14</sup>

V případě zastření pracovněprávního vztahu smlouvou občanskoprávní nebo obchodněprávní povahy je třeba aplikovat § 555 odst. 2 občanského zákoníku a posoudit právní vztahy podle jejich skutečné povahy.<sup>15</sup>

*„Posouzení, zda jde o zastřené právní jednání, a tudíž zda se jedná o výkon závislé práce, bude vždy záviset na individuálním konkrétním případě. Pro toto*

<sup>13</sup> Pokud ocitujeme např. ze stanoviska PF UK (členská instituce MOPNZ), pak: „... k níže uvedené výzvě sdělujeme, že z navržených opatření spočívajících ve změně zákonné definice nelegální práce preferujeme Variantu 3 ..., k úpravě definice by však mělo dojít na základě podrobné analýzy, včetně případných rešerší zahraničních právních úprav (postupů) a širší diskuze, a to i se soudci NSS ve vztahu k soudnímu výkladu současné právní úpravy a formulaci navrhovaných změn. Nelze zcela odhlédnout od toho, že naprosto převažující část závislé práce je vykonávána soustavně, a i z tohoto pohledu reagovat na ‚jednotlivé‘ judikáty zamýšlenou dílčí změnou právní úpravy nemusí – bez předchozích analýz a konzultací shora naznačených – vést k naplnění sledovaného účelu z pohledu ochrany trhu práce a pracovněprávních vztahů.“

<sup>14</sup> BĚLINA, M. § 2 [Závislá práce]. In BĚLINA, M., DRÁPAL, L. a kol. *Zákoník práce*. 3. vydání. Praha: C. H. Beck, 2019, s. 27, marg. č. 2–3.

<sup>15</sup> Tamtéž, marg. č. 3.

*posouzení je třeba komplexně zhodnotit všechny znaky a podmínky, za nichž je práce konána, a to s ohledem na skutečnou vůli smluvních stran. Teprve po takovém komplexním posouzení každého individuálního případu by mohl soud či správní orgán dospět k závěru, že jde o zastřené právní jednání a jsou naplněny všechny znaky a podmínky výkonu závislé práce.*<sup>16</sup> Profesor Bělina taktéž zmiňuje, že je přesvědčen, že definiční znaky závislé práce obsažené v § 2 odst. 1 zákoníku práce nejsou zcela vyčerpávající a je třeba přihlídnout i k dalším znakům.<sup>17</sup>

Je zřejmé, že ačkoliv shora zmíněná judikatura Nejvyššího správního soudu cílila na interpretaci pojmu „závislá práce“ výlučně ve vztahu k jeho použití ve veřejnoprávním předpise – zákoně o zaměstnanosti, resp. ve vztahu k výkonu vnější kontroly na jeho základě –, dopadají jeho závěry, chtíc nechtíc, i do oblasti práva soukromého; zejména v takových případech (významné – byť i nepřímé – ingerence do oblasti, která nepatří věcně do pravomoci soudu) bychom očekávali vždy pečlivé uvážení a spíše tendenci k určité zdrženlivosti. Striktně vzato se však Nejvyšší správní soud v předmětných rozhodnutích neuchýlil k interpretaci textace § 2 odst. 1 zákoníku práce, když se věnuje především znění § 5 písm. e) bod 1 zákona o zaměstnanosti v otázce primárního účelu právní úpravy, a to zejména úhlem pohledu v textu normy použitého nedokonavého vidu slova „vykonávaná“, následujícího v definici nelegální práce až po „závislé práci“, k jejímuž obsahu je legislativní zkratkou odkazováno na zákoník práce. To se však vzhledem k tomu, že i § 2 odst. 1 zákoníku práce obsahuje v první větě předpoklad v tom, že práce je „vykonávaná“, jeví jako nerozhodné – viz níže.

O určité nejednotnosti judikatury mezi vrcholky civilního a správního soudnictví při posuzování závislé práce potom můžeme hovořit s odkazem na rozsudek Nejvyššího soudu č. j. 21 Cdo 2034/2019-313 ze dne 21. 1. 2020, kdy byla posuzována situace osoby, která vykonávala práci v areálu společnosti X nejméně 4 hodiny (jako svářeč-zámečnick), přičemž mu byla zaměstnancem společnosti X přidělena práce opraváře, kterou konal s vědomím jednatele společnosti X. Podle Nejvyššího soudu byly přítomny znaky závislé práce, neboť šlo o činnost vykonávanou osobně, ve vztahu nadřízenosti a podřízenosti, jménem společnosti X (pro její potřeby), podle pokynů zaměstnance společnosti X, na náklady a odpovědnost společnosti X, v prostorách společnosti X a v jí určené pracovní době. Nejvyšší soud dospěl k závěru, že posouzení právního vztahu mezi danou osobou a společností X jako základního pracovněprávního vztahu nebrání skutečnost, že jednatel společnosti předpokládal, že o tom, zda s danou osobou uzavře pracovní poměr, nebo jí budou 4 odpracované hodiny proplaceny, rozhodne až dalšího dne. Soud uzavřel, že bylo-li by mezi stranami ujednáno, že o uzavření pracovního poměru mezi nimi se bude jednat až následujícího dne (na základě posouzení pracovních výsledků), a že tedy půjde jen o práci na zkoušku, mohla by mít tato okolnost vliv pouze na délku (dobu trvání) základního pracovněprávního vztahu sjednaného již první den výkonu práce, nikoliv ovšem na jeho povahu.

<sup>16</sup> Tamtéž, marg. č. 5.

<sup>17</sup> Tamtéž, marg. č. 19.

Vyřešila by tedy novelizace tak, jak byla předložena ze strany MOPNZ, zjevné interpretační problémy a ulevilo by se správním orgánům?

Bylo zřejmé, že i v situaci, kdy by znění § 5 písm. e) bod 1 zákona o zaměstnanosti obsahovalo textaci „práce, která je vykonávána či byla vykonána ve vztahu nadřízenosti zaměstnavatele...“, bychom se nejspíše nevyhnuli problémům při případném posuzování toho, co je dostatečné pro naplnění podmínky „vykonání práce“, bylo by ale alespoň patrné, že záměrem není to, že nutně musí jít o kontinuální činnost nesoucí znak (alespoň určité) soustavnosti.

Určité pochyby zjevně přetrvávaly a výsledné znění návrhu zasláné MPSV dne 9. 11. 2022 do vnějšího připomínkového řízení získalo v předmětné věci nakonec následující podobu (novelizační bod 1 zní)<sup>18</sup>:

*1. V § 5 písm. e) bod 1 zní:*

*„1. práce vykonávána ve vztahu nadřízenosti zaměstnavatele a podřízenosti zaměstnance, jménem zaměstnavatele, podle pokynů zaměstnavatele a zaměstnanec ji pro zaměstnavatele vykonává osobně, přičemž je vykonávána mimo pracovněprávní vztah; pro závěr, jedná-li se o nelegální práci, je rozhodné pouze naplnění těchto znaků a délka výkonu práce je nerozhodná. To neplatí pro výkon práce naplňující znaky podle věty první, jejíž výkon mimo pracovněprávní vztah umožňují zvláštní právní předpisy.“*

*Poznámky pod čarou č. 81 a 82 se zrušují, a to včetně odkazů na poznámky pod čarou.*

Shrňme si nyní v bodech stav navrhované právní úpravy, která by podle důvodové zprávy měla „... nahradit v zákoně o zaměstnanosti aktuální definici nelegální práce v § 5 písm. e) bod 1 ve prospěch nového znění definice nelegální práce, kdy tato konkrétně uvádí současné znaky závislé práce s vyloučením judikatorního znaku soustavnosti, a to přímo v zákoně o zaměstnanosti, na který je vázáno spáchání přestupku dle § 139 odst. 1 písm. c) a d) a § 140 odst. 1 písm. c). Tento postup tak povede ke zmírnění aktuálních problémů vznikajících při kontrolní činnosti orgánů inspekce práce při prokazování výkonu nelegální práce.“<sup>19</sup>:

- a) zákonná definice „závislé práce“ obsažená v § 2 odst. 1 zákoníku práce zůstává nedotčena;
- b) do zákona o zaměstnanosti je vkládána „duplicita“ definice závislé práce obsažené v zákoníku práce s tím, že bude přidán rozsáhlý dovětek, že pro účely posouzení, zda se jedná o nelegální práci, nemusí být posuzována délka výkonu práce;
- c) i navrhované nové znění § 5 písm. e) bod 1 zákona o zaměstnanosti obsahuje onen nedokonavý vid slova „vykonávána“ – dokonce hned 2x;
- d) znění bodů 2. a 3. § 5 písm. e) zákona o zaměstnanosti zůstává beze změny, tudíž nejenže neobsahují ani slovo „závislá“ před slovem „práce“, ale nehovoří ani

<sup>18</sup> Viz eKlep pro veřejnost: Návrh zákona, kterým se mění zákon č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony.

<sup>19</sup> Cit. z důvodové zprávy – tamtéž.

o délce výkonu práce, resp. možnosti jeho absence pro posouzení toho, zda se o nelegální práci jednalo<sup>20</sup>;

- e) nedokonavý vid slova „vykonávána“ je navíc uveden i ve vymezení skutkové podstaty přestupku obsažené v § 139 zákona o zaměstnanosti, s jejíž úpravou novelizační návrh nepočítá<sup>21</sup>.

Považujeme za nezbytné poznamenat, že cílem této kapitoly není obhajoba současného, mnohdy neutěšeného, stavu (ne)dodržování právních předpisů (a jeho ztíženého prokazování) na úseku nelegální práce, či snaha po „udržování“ prostoru či rozšiřování „skulin“ pro nepoctivé zaměstnavatele, zaměstnance a jejich právní zástupce vedoucí k možnostem vyhnout se sankcím za protiprávní jednání.

Přesto, jakkoliv chápeme problémy, se kterými se inspektoráty práce setkávají v rámci správních řízení o přestupcích na úseku nelegálního zaměstnávání, není podle našeho názoru příliš šťastné, aby navrhovaná novelizace v důsledku vedla k situaci, kdy pro účely soukromoprávního předpisu (zákoníku práce) bude vymezení pojmu závislá práce odlišné od jeho vymezení ve veřejnoprávním předpise.

Důsledkem navrhovaného řešení by totiž bylo zopakování definice závislé práce, která by byla nyní obsažena i ve veřejnoprávním předpise (ačkoliv by se jako „závislá práce“ explicitně neoznačovala) s dovětkem, který bude nejspíše v očích Nejvyššího správního soudu v rozporu s legálním vymezením závislé práce v zákoníku práce. Navrhovaná změna totiž opomíjí, že Nejvyšší správní soud upozorňuje na podle něj inherentní vlastnost práce jako takové obsaženou i v definici § 2 odst. 1 zákoníku práce – tedy, že ji zaměstnanec pro zaměstnavatele vykonává, a nikoliv jednorázově vykonal.

Navrhovaná změna navíc zcela opomíjí i skutečnost, že § 5 písm. e) body 2 a 3, jak je uvedeno výše, neobsahují ani slovní spojení „závislá práce“, o to méně pak

<sup>20</sup> V případě přijetí navrhovaného znění by výsledná podoba § 5 písm. e) zákona o zaměstnanosti vypadala přibližně takto:

*„Pro účely tohoto zákona se rozumí....*

*e) nelegální práci*

*1. práce vykonávaná ve vztahu nadřízenosti zaměstnavatele a podřízenosti zaměstnance, jménem zaměstnavatele, podle pokynů zaměstnavatele a zaměstnanec ji pro zaměstnavatele vykonává osobně, přičemž je vykonávána mimo pracovněprávní vztah; pro závěr; jedná-li se o nelegální práci, je rozhodné pouze naplnění těchto znaků a délka výkonu práce je nerozhodná. To neplatí pro výkon práce naplňující znaky podle věty první, jejíž výkon mimo pracovněprávní vztah umožňují zvláštní právní předpisy,*

*2. práce vykonávaná cizincem v rozporu s vydaným povolením k zaměstnání nebo bez tohoto povolení, je-li podle tohoto zákona vyžadováno, nebo v rozporu se zaměstnaneckou kartou, kartou vnitropodnikově převedeného zaměstnance nebo modrou kartou vydanými podle zákona o pobytu cizinců na území České republiky nebo bez některé z těchto karet; to neplatí v případě výkonu jiné práce podle § 41 odst. 1 písm. c) zákoníku práce, nebo*

*3. práce vykonávaná cizincem pro právnickou nebo fyzickou osobu bez platného oprávnění k pobytu na území České republiky, je-li podle zákona o pobytu cizinců na území České republiky vyžadováno, ...“*

<sup>21</sup> Ustanovení § 139 odst.1 písm. c) zní:

*„(1) Fyzická osoba se dopustí přestupku tím, že ... c) vykonává nelegální práci, ...“*

zmínku o tom, že by se nepřihlíželo k délce výkonu práce. K tomu připomínáme, že Nejvyšší správní soud ve výše uvedeném rozsudku č. j. 4 Ads 177/2011-120, ze dne 27. 4. 2012, shledal, že i v případě výkonu práce cizincem je k posouzení práce jako nelegální práce třeba, aby tuto práci vykonával cizinec soustavně. Navrhované znění § 5 písm. e) bod 1 zákona o zaměstnanosti tedy podle našeho názoru může přinést do praxe inspektorátů práce v tomto ohledu spíše zmatení než potřebnou úlevu a urychlení procesů.

Když tedy k výše uvedenému připočteme, že § 5 písm. e) body 2 a 3 zákona o zaměstnanosti neobsahují ve svém textu ani pojem „závislá práce“, když hovoří prostě o „práci“, můžeme s jistou mírou určitosti odhadnout, jaký nechtěný dopad by navržená změna mohla v praxi způsobit – znamená to tedy, že je zamýšleno vytvoření odlišného přístupu při posuzování výkonu práce ze strany cizinců a ze strany občanů České republiky, potažmo států Evropské unie? Nejspíše nikoliv.

## 1.6 Dílčí shrnutí

Je nesporné, že současná právní úprava nelegální práce má své nedostatky, na které je třeba odpovídajícím způsobem reagovat tak, aby byla kontrola této oblasti ze strany orgánů inspekce práce co možná nejefektivnější. Klademe si však otázku, jestli není zvolená cesta k dosažení tohoto cíle postižena tendencí „nenechat projet muže s koženou brašnou“<sup>22</sup>, když „nebyl čas lámat si hlavu“ ...

---

<sup>22</sup> Pozornému čtenáři jistě neunikla naše snaha odlehčit akademický text za užití citací či spíše parafrází již zlidovělých hlášek z oblíbeného filmu; i pro případ, že se tento náš pokus nesetká s „pochopením“, připojujeme „citační údaje“ zdroje (nám velmi milého): Pelíšky, 1999; režie J. Hřebejk; námět P. Šabach, P. Jarchovský; scénář P. Jarchovský, J. Hřebejk.