

ČÁST TŘETÍ

ZAHÁJENÍ PODNIKÁNÍ FYZICKÝCH OSOB

I. PODNIKÁNÍ FYZICKÝCH OSOB (OSVČ)

Podnikáním OSVČ jsou **podnikatelské činnosti**, které jsou upraveny zejména živnostenským zákonem a dále **zvláštními zákony**, na které odkazuje § 3 odst. 2 živnostenského zákona. Jedná se o profesní činnosti, které mohou být vykonávány pouze **fyzickými osobami**. Právnická osoba je může vykonávat pouze prostřednictvím fyzických osob splňujících podmínky daného zákona.⁵⁷

Živností dále není v rozsahu zvláštních zákonů činnost **fyzických osob**:

- a) lékařů, zubních lékařů a farmaceutů, nelékařských zdravotnických pracovníků při poskytování zdravotních služeb a přírodních léčitelů,
- b) veterinárních lékařů, dalších veterinárních pracovníků včetně pracovníků veterinární asanace a osob vykonávajících odborné práce při šlechtitelské a plemennářské činnosti v chovu hospodářských zvířat,
- c) advokátů, notářů a patentových zástupců a soudních exekutorů,
- d) znalců a tlumočnicků,
- e) auditorů a daňových poradců,
- f) burzovních dohodců,
- g) zprostředkovatelů a rozhodců při řešení kolektivních sporů a rozhodců při rozhodování majetkových sporů,
- h) úředně oprávněných zeměměřických inženýrů,
- i) autorizovaných architektů a autorizovaných inženýrů činných ve výstavbě, kteří vykonávají svoji činnost jako svobodní architekti a svobodní inženýři,
- j) autorizovaných inspektorů, kteří vykonávají svoji činnost jako svobodné povolání,
- k) auditorů bezpečnosti pozemních komunikací,
- l) zapsaných mediátorů podle zákona o mediaci.

Například **výkon advokacie** upravuje zákon č. 85/1996 Sb., o advokacii. Podle § 1 odst. 2 se poskytováním právních služeb advokáty rozumí zastupování v řízení před soudy a jinými orgány, obhajoba v trestních věcech, udělování právních porad, sepisování listin, zpracovávání právních rozborů a další formy právní pomoci, jsou-
ly vykonávány soustavně a za úplatu. Poskytováním právních služeb se rozumí

⁵⁷ KAMENÍK, P., HRABÁNKOVÁ, M., ORLOVÁ, M. *Živnostenský zákon. Zákon o živnostenských úřadech. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 3.

rovněž činnost opatrovníka pro řízení ustanoveného podle zvláštního právního předpisu, je-li vykonávána advokátem. Advokátem je podle § 4 ten, kdo je zapsán v seznamu advokátů vedeném Českou advokátní komorou. **Předpokladem pro výkon advokacie** je zejména plná svéprávnost a dále vysokoškolské vzdělání v oboru právo v magisterském studijním programu studií na vysoké škole v České republice, nebo studií na vysoké škole v zahraničí, pokud je takové vzdělání v České republice uznáváno za rovnocenné. Dále je podmínkou výkon po dobu alespoň tří let právní praxe jako advokátní koncipient. Advokát musí složit advokátní zkoušku a uhradit advokátní komoře poplatek, který stanoví stavovský předpis na částku nejvýše 10 000 Kč.

Naopak výkonem advokacie, a tudíž podnikáním není, jestliže někdo v **jednotlivém případě** zastupuje u soudu zastoupeného jako obecný zmocněnec nebo se-píše listinu apod.

Jiným příkladem samostatně výdělečné činnosti je činnost **auditorů** podle zákona č. 524/1992 Sb., o auditorech a Komoře auditorů České republiky. Podle § 3 je auditorem fyzická osoba, která je zapsána v seznamu auditorů vedeném komorou auditorů. Auditorskou činnost mohou vykonávat i právnické osoby, které jsou zapsány v seznamu auditorů. Jménem právnických osob mohou auditorskou činnost vykonávat jen auditori. Ve smyslu § 4 Komora zapíše do seznamu auditorů do dvou měsíců od doručení písemné žádosti: **fyzickou osobu, která složila odbornou zkoušku**. Podle § 7 **odbornou zkoušku je oprávněna vykonat fyzická osoba**, která je plně svéprávná, nebyla pravomocně odsouzena pro úmyslný trestný čin, má **ukončené vysokoškolské vzdělání** ekonomického, právnického nebo technického směru se zaměřením na ekonomiku, dosáhla kvalifikace účetní znalec a po dosažení této kvalifikace vykonávala po dobu alespoň dvou let praxi asistenta auditora, uhradila poplatek za zkoušku ve výši stanovené komorou.

Dále může být auditorem podle § 4 zák. č. 524/1992 Sb., o auditorech a Komoře auditorů České republiky zapsána fyzická osoba, která splňuje podmínky pro výkon této činnosti v jiném státě a prokázala znalost obecně závazných právních předpisů platných v České republice před zkušební komisí jmenovanou komorou.

Zapsána může být ve smyslu § 4 tohoto zákona i právnická osoba, a to **obchodní společnost**, ve které náleží nejméně 60 % podílů nebo hlasovacích práv auditorům zapsaným do seznamu auditorů, kteří jsou občany České republiky.

Jako třetí příklad si můžeme uvést činnost **daňových poradců** podle zákona č. 523/1992 Sb., o daňovém poradenství.

II. ZAHÁJENÍ ŽIVNOSTENSKÉHO PODNIKÁNÍ

Vedle obecného vymezení pojmu podnikatel, který je obsažen v občanském zákoníku, pojem **podnikání** současný **občanský zákoník neobsahuje**, obsahuje zákon o živnostenském podnikání užší pojem, který je zaměřen pouze na **podnikání** prováděné **živnostenským způsobem**. Živnostenský zákon obsahuje pojem živnostenského podnikání neboli živnosti. Podle § 2 je živností a) **soustavná činnost** b) **provazovaná samostatně**, c) **vlastním jménem**, d) **na vlastní odpovědnost**, e) **za účelem dosažení zisku** a f) **za podmínek stanovených tímto zákonem**. Prvních pět podmínek vymezuje podmínky podnikání, které jsou obsahově shodné (nikoli však doslovně) s pojmem podnikatel, jak je obsažen v současném občanském zákoníku. Jedná se o stejné znaky, které obsahoval dnes již zrušený zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník. Samotný občanský zákoník přímo odkazuje na živnostenský zákon v § 421 odst. 2, podle kterého se „**má za to**, že podnikatelem je osoba, která má k podnikání **živnostenské nebo jiné oprávnění** podle jiného zákona“. Na základě daného ustanovení občanského zákoníku je zřejmé, že pojem podnikatel v tomto zákoně je širší než pouze podnikatel podnikající na základě živnostenského oprávnění. Jiná oprávnění, než živnostenská jsou obsažena v § 3 živnostenského zákona, kde se uvádí, co není živností. V rozsáhlém výčtu jednotlivých činností, které nejsou podnikám v tomto ustanovení živnostenského zákona, jsou odkazy zpravidla na jiné zákony, na jejichž základě a za podmínek tam stanovených lze získat příslušná podnikatelská oprávnění. Z § 420 obč. zák. však lze soudit, že podnikatelem může být i osoba, která nemá žádné podnikatelské oprávnění, může se tudíž jednat o případy neoprávněného podnikání. Z § 3 živnostenského zákona také vyplývá, že jsou určité činnosti, které vykazují znaky živnostenského podnikání, ale podnikáním nejsou podle živnostenského zákona, ani podle žádných speciálních zákonů.

1. Znaky živnostenského podnikání

Pokud jde o znaky živnostenského podnikání, musí se jednat o **činnost soustavnou**, tj. o činnost opakovanou. Podnikatelem není ten, kdo jednorázově např. prodá nějakou věc. Soustavnost však neznamená, že se musí jednat o činnost prováděnou každý den. Může se jednat i o sezónní prodej, např. provozování letního občerstvení, jestliže dochází k jeho opakování každoročně. Na základě prováděné praxe lze dospět k závěru, že pokud nebudou v konkrétním případě **důvody** pro delší časové období, **četnost opakování** takové činnosti by nemělo být posuzováno v **delším časovém období než jeden rok**.⁵⁸ Za soustavou činností lze považovat i takovou

⁵⁸ KAMENÍK, P., HRABÁNKOVÁ, M., ORLOVÁ, M. *Živnostenský zákon. Zákon o živnostenských úřadech. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 3.

činnost, která je provozována v jednom případě, vyžaduje však k provedení delší doby např. převzetí stavby objektu.⁵⁹ K výkladu soustavnosti je v takovýchto případech nutno přistupovat individuálně, s přihlédnutím k povaze živnosti. V **praxi** je třeba z hlediska soustavnosti odlišovat případy každoročního sezónního prodeje např. ryb nebo vánočních stromků o Vánocích od případů, kdy např. soused jednou za rok požádá souseda, aby mu porazil prase. V takovém případě se nebude jednat o soustavnou činnost, protože její četnost je zanedbatelná vzhledem k běžné četnosti při soustavném výkonu⁶⁰ této činnosti.

Dalším znakem živnosti je, že je provozována **samostatně**. Samostatnost znamená, že výkon dané činnosti je organizován a řízen podnikatelem, který sám rozhoduje o tom, jakou činnost bude provádět, o jejím rozsahu, době a místu provádění.⁶¹ Tuto činnost může provádět podnikatel sám nebo osoba, která ji provádí jeho jménem, např. zaměstnanec, odpovědný zástupce apod. 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 naoko.⁶² Švarcsystém je však třeba odlišovat od vztahů subdodavatelských, které jsou legální, ale i potřebné z ekonomického hlediska.⁶³

Příklad

Pan Nový pracuje v kavárně na základě živnostenského listu. Od majitele kavárny však dostává pokyny, jak má práci vykonávat, při obsluhování nabízí nápoje a jídla připravené zaměstnanci kavárny a také tržby odvádí do pokladny kavárny. Nejedná se o samostatné podnikání.

Příklad

Pan Malý má živnostenské oprávnění na provádění staveb, jejich změn a odstraňování. Pro společnost Hlubostav, a. s., provádí dílčí stavební práce. Má vlastní zaměstnance, také provozovnu a se společností Hlubostav uzavírá smlouvy o dílo. V tomto případě se jedná o samostatnou činnost.

⁵⁹ HORZINKOVÁ, E., URBAN, V. *Živnostenský zákon a předpisy související s komentářem a judikaturou*. Praha: Linde, 2014, s. 18.

⁶⁰ ŠTĚPÁNOVÁ, S. *Zakládáme a provozujeme živnost*. Brno: Computer Press, 2007, s. 5.

⁶¹ KAMENÍK, P., HRABÁNKOVÁ, M., ORLOVÁ, M. *Živnostenský zákon. Zákon o živnostenských úřadech. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 3.

⁶² ČERNÁ, S., PLÍVA, S. *Podnikatel a jeho právní vztahy*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2013. Scripta iuridica; no. 13, s. 11.

⁶³ ŠTĚPÁNOVÁ, S. *Zakládáme a provozujeme živnost*. Brno: Computer Press, 2007, s. 5.

Judikatura:

Pokud právní subjekt pověří jiného, byť i jen z části výkonem činnosti, která má znaky živnosti podle § 2 živnostenského zákona, a takovou činnost kontroluje a řídí, pak provozuje živnost. (**NS 28 Ca 612/2001-32-Živnostenské právo a k pojmu „provozujce živnost“**)

Specifickým případem samostatného podnikání může být příkaz podle § 2430 obč. zák. Podle tohoto ustanovení se příkazník zavazuje obstarat záležitost příkazce. Činnost příkazce tak působí nikoli jako samostatná. Sám občanský zákoník však v § 2431 výslovně uvádí, že obstarává-li někdo určité záležitosti jako podnikatel, obstarávání záležitosti tak může být předmětem podnikání z toho důvodu, že se jedná o **volbu** podnikatele, nikoli o povinnost vyplývající např. ze zaměstnaneckého poměru. Lze tak vyjít z § 2431, podle kterého byl-li o obstarání takové žádosti požádán, má povinnost dát druhé straně bez zbytečného odkladu výslovně najevo, zda na sebe obstarání záležitosti bere nebo ne.

Dalším znakem živnosti je, že ji podnikatel provádí **vlastním jménem**. Každý podnikatel musí mít své jméno neboli název. Občanský zákoník jednak v § 423 vymezuje podnikatele, kteří se **zapisují do obchodního rejstříku**. Tito podnikatelé podnikají pod obchodní firmou, což je jméno, pod kterým je podnikatel zapsán do obchodního rejstříku. Podnikatel nesmí mít víc obchodních firem, tj. jmen. Podnikatel, který **nemá obchodní firmu**, tj. nezapíše se do obchodního rejstříku, právně jedná pod vlastním jménem (§ 422). Připojí-li k němu dodatky charakterizující blíže jeho osobu nebo obchodní závod, nesmí být klamavé. Typicky se jedná o dodatky charakterizující osobu např. Jan Nový ml. nebo Nový a syn nebo charakteristika obchodního závodu Jan Nový řeznictví apod.

Je třeba zdůraznit, že pokud provádí podnikatel živnost **prostřednictvím** odpovědného zástupce nebo vedoucího provozovny apod., nejedná se o provozování živnosti **jménem** těchto osob.

Čtvrtým znakem živnostenského podnikání je, že podnikatel vykonává činnost na **vlastní odpovědnost**. Podnikatel odpovídá za uzavřené závazky, že závazek bude splněn řádně a včas, dále odpovídá za porušení právních předpisů, odpovídá také za výsledek své podnikatelské činnosti, např. že provedené dílo nebude vykazovat žádné vady apod. Podnikatel – fyzická osoba – ručí za své závazky celým svým majetkem i svým osobním majetkem. Podnikatel – právnická osoba – ručí za své závazky svým obchodním majetkem, společníci (členové) právnické osoby ručí v rozsahu, v jakém stanoví zákon (zákon o obchodních korporacích).

Příklad

Pan Malý má živnostenské oprávnění na provádění staveb, jejich změn a odstraňování. Na základě smlouvy o dílo uzavřené se společností Hlubostav, a. s. se zavázal zhotovit stavbu.

Svůj závazek však nesplnil včas a stavbu ve lhůtě stanové smlouvou nepředal. Ve smlouvě byla stanovena smluvní pokuta ve výši 1 mil. Kč, pokud nebude stavba řádně a včas předána objednateli společnosti Hlubostav, a. s. Panu Malému tak vznikla povinnost zaplatit smluvní pokutu. (Povinnost zaplatit smluvní pokutu není vázána na případnou škodu, která může a nemusí vzniknout, stačí, že byla porušena povinnost, na kterou byla smluvní pokuta vázána.)

Pátým znakem živnostenského podnikání je podnikání **za účelem dosažení zisku**. Důležité je, že podnikatel měl **úmysl** nebo **snahu** svou činností dosáhnout zisku, není rozhodující, zda zisku bylo skutečně dosaženo.⁶⁴ Je nutno také zvážit, zda osoba, která činnost provozuje, dosažení zisku zamýšlí.

Příklad

Nadace Za práva zvířat provozuje útulek pro psy a kočky. Jedná se o právnickou osobu ve smyslu § 306 a násl. obč. zák. V její činnosti lze vysledovat znaky, které se vyžadují u podnikání, tj. soustavnost, samostatnost, je prováděna vlastním jménem a na vlastní odpovědnost. Na rozdíl od podnikání se však neprovádí za účelem dosažení zisku, jejím účelem je dobročinnost. Přímou občanský zákoník zakazuje v § 306 odst. 2 založit nadaci sloužící k výdělečným účelům. Zakladatel nadace Za práva zvířat přímo v nadační listině vyloučil, že nadace nesmí podnikat (srov. § 307 odst. 1).

Pokud jde o vymezení živnostenského podnikání, obsahuje živnostenský zákon ještě další znak, a to že živností je činnost, která je provozována **za podmínek stanovených živnostenským zákonem**. Živnostenský zákon tak stanoví podmínky, za kterých lze legálně provádět živnosti vymezené tímto zákonem. Na druhé straně přímo v § 3 obsahuje negativní vymezení, **co živností není**. V těchto případech se může jednat o podnikatelskou činnost podle jiných právních předpisů. Jedná se např. o činnost fyzických osob podle zvláštních zákonů, lékařů, zubních lékařů a farmaceutů, veterinárních lékařů, advokátů, notářů, patentových zástupců, soudních exekutorů, znalců a tlumočnicků, auditorů a daňových poradců atd. Živností také není činnost bank, pořádání loterií a jiných podobných her, hornická činnost, výroba elektřiny, plynu, přenos elektřiny, přeprava plynu, zemědělství, včetně prodeje nezpracovaných zemědělských výrobků za účelem zpracování nebo dalšího prodeje, námořní doprava a mořský rybolov atd.

Dále se ve smyslu živnostenského zákona jedná o činnosti, které nejsou považovány za činnosti podnikatelské podle **žádných zákonů**. Takovým příkladem je nabízení nebo poskytování služeb směřujících bezprostředně k uspokojování

⁶⁴ KAMENÍK, P., HRABÁNKOVÁ, M., ORLOVÁ, M. *Živnostenský zákon. Zákon o živnostenských úřadech. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 4.

sexuálních potřeb, jak je uvedeno v § 3 odst. 3 písm. p). Poskytování těchto služeb není upraveno žádným zákonem. Za určitých okolností však může být tato činnost postihována podle zákona č. 40/2009 Sb., trestního zákoníku.

Živností také **není pronájem** nemovitostí, bytů a nebytových prostor, jak je upraveno v § 3 odst. 3 písm. ah) živnostenského zákona. Osoba – pronajímatel nemusí vlastnit žádné oprávnění k podnikatelské činnosti, nezapisuje se do žádné evidence.⁶⁵ Pronájem nemovitostí, bytů a nebytových prostor však **lze považovat za živnost**, pokud vedle pronájmu jsou pronajímatelem poskytovány i **jiné než základní služby**.⁶⁶

Judikatura:

Podle Živnostenského zákona se ubytováním (poskytováním ubytovacích služeb) rozumí poskytování přechodného ubytování a s ním spojených doplňkových služeb za úplatu. Doplňkovými službami je úklid a výměna ložního prádla. Pronájem nemovitosti je živností, jestliže jsou poskytovány další služby, a to administrativní zajištění řádného provozu nemovitosti, domovnická činnost, úklid bytu, úklid rekreační chaty, údržba zahrady apod. **(KS čj. 50 A 44/2017-30)**

Příklad

Pan Nový vlastní byt, ve kterém nebydlí, a proto ho pronajímá. S nájemci uzavřel nájemní smlouvu na dobu určitou. Za pronájem bytu se nájemci zavázali platit nájemné a cenu za služby spojené s nájmem bytu. V tomto případě se nejedná o živnost podle živnostenského zákona.

Příklad

Pan Nový pronajímá dům na krátkodobé pobyty a hostům poskytuje také úklid, ložní prádlo, připravuje snídaně. V tomto případě pan Nový poskytuje také jiné služby než základní služby spojené s nájmem a jedná se tudíž o živnost. Pan Nový musí mít živnostenský list na ubytovací služby jako živnost volnou ve smyslu § 25 živnostenského zákona.

Povinnost mít živnostenské oprávnění se však vztahuje na velký počet podnikatelů **fyzických a právnických osob**. Podle § 5 odst. 1 živnostenského zákona „živnost může provozovat fyzická nebo právnická osoba, splní-li podmínky stanovené tímto zákonem (dále jen ‚podnikatel‘); státní povolení k provozování živnosti (dále jen ‚koncese‘) se vyžaduje jen v případech vymezených tímto zákonem“.

⁶⁵ Op. cit., s. 29.

⁶⁶ ŠTĚPÁNOVÁ, S. *Zakládáme a provozujeme živnost*. Brno: Computer Press, 2007, s. 21.

Živnostenský zákon se tak vztahuje na fyzické a právnické osoby s tím, že u právnických osob nerozlišuje podle jejich formy. Každý podnikatel, fyzická nebo právnická osoba, pokud vykonává **činnost**, na kterou se **vztahuje** živnostenský zákon, musí mít **živnostenské oprávnění** (živnostenský list nebo koncesní listinu). Pokud jde o právnické osoby, bude se jednat zejména o obchodní korporace, tj. o obchodní společnosti a družstva ve smyslu zákona o obchodních korporacích.

Podle důvodové zprávy k živnostenskému zákonu vyplývá z § 5 odst. 1, že subjektem oprávněným provozovat živnost mohou být i právnické osoby, jejichž **hlavním předmětem podnikání není podnikatelská činnost**. Takovou právnickou osobou je např. **spolek** ve smyslu § 217 odst. 2 obč. zák. Podle tohoto ustanovení vedle hlavní činnosti může spolek vyvíjet též vedlejší hospodářskou činnost spočívající v podnikání nebo jiné výdělečné činnosti, je-li její účel v podpoře hlavní činnosti nebo v hospodářském využití spolkového majetku. Jiným případem právnické osoby, která může podnikat je **nadace**, pokud podnikání představuje pouhou vedlejší činnost a výtěžky podnikání slouží jen k podpoře jejího účelu (§ 307 odst. 1). Živnost však může být provozována pouze subjektem, který má způsobilost k právům a povinnostem a způsobilost k právním jednáním.

Příklad

Konsorcium Ve zdravém těle zdravý duch založené smlouvou o společnosti podle § 2716 obč. zák. si pronajalo tělocvičnu, ve které byly pořádány kurzy aerobiku a jiné pohybové kurzy. Při žádosti o živnostenský list na vázanou živnost poskytování tělovýchovných a sportovních služeb v oblasti jim bylo živnostenským úřadem sděleno, že konsorcium není subjektem oprávněným provozovat živnost. V případě společnosti podle § 2716 a násl. se nejedná o právnickou osobu, a společnost tudíž nemá způsobilost k právům a povinnostem a způsobilost k právním jednáním.

2. Všeobecné podmínky provozování živnosti

Osoby provozující živnost musí splňovat jednak **všeobecné podmínky pro provozování živnosti** podle § 6 živnostenského zákona a dále **zvláštní podmínky provozování živnosti** podle § 7.

Všeobecné podmínky provozování živnosti musí splňovat jak fyzická osoba, která ohlašuje živnost, tak i fyzická osoba, která žádá o koncesi a také fyzická osoba, která je odpovědným zástupcem podnikatele.

Všeobecnými podmínkami provozování živnosti **fyzických osob** je a) **plná svéprávnost**, kterou lze nahradit přivolením soudu k souhlasu zákonného zástupce nezletilého k samostatnému provozování podnikatelské činnosti, b) **bezúhonnost**.