

Podnikání nepodnikatelů: průzkum teritoria

Kateřina Ronovská, Bohumil Havel¹

Úvodem

Profesor Josef Bejček měl vždy tendence věnovat svým článkům velkou pozornost. Vždy dbal a dbá nejen na „technické provedení“, ale také na „umělecký dojem“, což se projevuje u čtenáře i tím, že - ačkoli může jít mnohdy o velmi odborné téma – vždy ho tak nějak zahřeje na duši. Články profesora Bejčka navíc nejenže vynikají vysokou odborností, ale i precizním zdrojováním textů.

Tento přístup neztratil ani s přibývajícimi zkušenostmi a věkem, ba naopak! Dělá tak čest nejen sobě samému, ale i svému oboru. Věříme a doufáme, že bude mít čas a chuť trávit s námi čas při společném setkávání nejen na konferencích ve Smolenicích, kde se mu vždy daří vířit myšlení jiných svou jedinečnou interdisciplinarity.

Při příležitosti jeho jubilea jsme se rozhodli, že se pokusíme zpracovat téma složité a nevyjasněné: podnikání „nepodnikatelů“. Tématu jsme se již za přítomnosti oslavence v minulosti dotkli na konferenci konané v roce 2014 v jihomoravské vesnici Úvaly u Valtic. Tato nezapomenutelná akce nesla název „Ovlivnění právnických osob“ a byla skvělá, zajímavá a informačně nasycená. Nikomu navíc nevadilo, že se s přibývajícím časem proměnila do podoby „ovínění“, pročež na ni o to raději vzpomínáme.

V našem krátkém pojednání, kterým chceme vzdát hold oslavenci, se tedy znovu pokusíme zamyslet nad podnikáním těch, kteří vlastně ani moc podnikat nechtějí či nemohou, ale přesto tak činí, aniž by tím sledovali (nebo vůbec mohli sledovat) vlastní majetkový prospěch, které jsme si pracovně nazvali „nepodnikateli“. Máme totiž za to, že formulací vnitřních úvah do vnějších ba psaných slov lze dosáhnout artikulovaného poznání, lze pomoci odpovědím, protože vůle vnitřní není nutně vůle vnější. V následujícím textu budeme možná tu a tam dávat více otázek než odpovědí, protože šíře problému a hloubka jeho „neprobádanosti“ je značná. Možná téma zaujme i oslavence a zahoří touhou jej rozpracovat, třeba z pohledu práva soutěžního, kterému se celoživotně věnuje.

Základní východiska úvah k tématu

Téma „podnikání nepodnikatelů“ se vyznačuje značnou mnohovrstevnatostí a – i když to slovo nemáme rádi – vysokou komplexností. Samozřejmě lze totéž říci skoro o všem a možná to zní i jako klišé. Zdůrazňujeme to ale proto, že se jedná o téma, které silně ovlivňuje společnost a vůbec svět, ve kterém žijeme. Mimo péče o rodinu a výdělečné (za účelem obživy činěné, mnohdy podnikatelské) činnosti, které lidé standardně vyvíjejí, existuje ještě další rozměr vzájemné interakce či lépe (sou)žití. Ten spočívá v činnostech, které lidi motivují k tomu, aby „vylezli ze svých ulit“ a vydali se spolu s jinými „něco podniknout“ (nikoli však podnikat). Tím (často mimovolně) přispívají rozvoji obecného blaha, občanské společnosti, sebe sama, čímž se vytváří podhoubí pro udržení žádoucí sociální rovnováhy.

České soukromé právo takovým aktivitám v zásadě fandí tím, že se je snaží příliš neregulovat ani je nijak neomezovat². Implicitně tak předpokládá a uznává, že stát není a nemůže být onnipotentní, a že

¹ Kateřina Ronovská je vedoucí katedry občanského práva PF MUNI. Bohumil Havel je vědeckým pracovníkem ÚSP AV ČR a členem katedry soukromého práva PF UPOL.

² Limitem jsou obecné korektivy určující pro právní jednání, stejně jako zakázané účely právnických osob (viz § 145 ObčZ).

je třeba vytvářet vhodné prostředí pro vzájemný respekt v nejširším slova smyslu³, lidskou činnost, jakož i pro „správu věcí veřejných“. Lidé tak mohou činit mj. pomocí vytváření různých typů právnických osob, jejichž účely mohou být též roztodivné.

Abychom se v tématu, které je velmi široké, neztratili, neboť nejméně jeden z autorů tohoto pojednání ve schopnosti „ztrácení se v tématech“ přímo vyniká, pokusíme se na samém začátku vymezit v bodech základní východiska našich dalších úvah. Zdůrazňujeme zároveň, že tato východiska jsou pouze naším vlastním konstrukčním ohniskem, ne nutně zjevenou pravdou.

1. Svět právnických osob není ani v nejmenším „černobílý“. Je pestrým veletrhem možností a s ohledem na jejich „nepřirozenou“ povahu je tak především na zákonodárci, jaké právní formy a jakým způsobem je v právu *de lege lata* vymezí, resp. do jakého „kabátu“ je oblékne. Nastavení pravidel je tedy právně politickým rozhodnutím zákonodárce.
2. Při vyměřování teritoria pro podnikání nepodnikatelů považujeme za vhodné nejprve určit nejen základní vymezení „nepodnikatele“, ale též vdechnout obsah abstraktním pojmům účel, činnost, podnikání, výdělečná činnost a zisk, a taktéž určit jejich vzájemné souvztažnosti.
3. Právnické osoby jsou v platném právu chápány především jako nástroje k prosazování určitého zájmu – jedná se o utilitaristický (lidský) artefakt. Zájem může být soukromý nebo veřejný, mnohdy je však smíšený. Konkretizací určitého zájmu je pak konkrétní účel právnické osoby, který je ekvivalentem vize (cíle) a vlastně samotným smyslem existence a naplnění právnické osoby. Účelu je dosahováno různými činnostmi/aktivitami, ať již výdělečnými, nebo nevýdělečnými.
4. Kategorizace čehokoli vždy pokulhávají za barevností světa a i svět kategorizací je dnes synkretický. Tradiční dělení právnických osob podle kritéria „zaměření se na dosažení výdělku/zisku“ na výdělečné a nevýdělečné právnické osoby není ani „ostré“, ani nemá dostatečnou vypovídající schopnost. Navíc, „výdělek“ není totiž co „zisk“ a jejich směřování máte. Právnické osoby s jiným než výdělečným účelem spravují svůj majetek a mohou provozovat řadu dalších výdělečných aktivit, jak v rámci své statutární činnosti, tak v rámci činností vedlejších; mnohdy navíc podnikají, dosahují zisku. Naopak, chápání obchodních korporací, jejichž smyslem bylo vždy pouze a jedině podnikání, se míjí s jejich širším významem a mj. s koncepty, které se dnes čím dál čím častěji prosazují, jako je společenská odpovědnost (CSR), ESG apod.
5. Pro posouzení, zda budeme kvalifikovat určitou činnost „nepodnikatele“, při které je dosahováno „výdělku“ či „zisku“, jako podnikání, správu majetku nebo ještě jinou výdělečnou činnost, je třeba vždy hledat řešení v závislosti na konkrétním skutkovém stavu. Neexistují pevné hranice, spíše „zóny doteku“. Absence pevných kontur nicméně nebrání možnosti formulovat metodologický přístup, případně jakousi testovací matici.
6. Výše řečené platí i pro další obdobné kategorizaci právnických osob. Lze sice nalézt určitá kritéria pro jejich členění a množství shodných rysů u jednotlivých forem, nicméně současně je třeba přijmout fakt, že nejen zákonodárce, ale také zakladatel, může mít svou představu o vhodnosti úpravy právních poměrů „té své“ právnické osoby a „dotvoří“ si ji do podoby zcela jedinečné.

³ Jak lze chápat i proklamaci v § 3 odst. 1 ObčZ nebo pravidlo v § 81 ObčZ, které obsahuje mj. povinnost ctít svobodné rozhodnutí člověka žít podle svého.

7. Základním koncepčním rysem nevýdělečných *právnických osob zakládaných za jiným účelem než podnikáním* (nepodnikatelů) je zákaz rozdělování zisku (koncept tzv. *non-distributing constrain*). Ten je odlišuje od standardních podnikatelských struktur, především obchodních korporací.
8. V českém právu je jen velmi tenká a nejasná dělící čára mezi výdělečnými aktivitami, které jsou provozovány nepodnikateli při dosahování účelu v rámci hlavní (statutární) činnosti a takovými, které je možno kvalifikovat jako podnikání. Platí nicméně, že výdělečná činnost musí být vždy pouhým *prostředkem* k dosažení jiného než výdělečného (statutárního) účelu nepodnikatele.
9. Důležité je rovněž hledání hranice mezi správou majetku a podnikáním, která je taktéž někdy velmi těžko seznatelná. Zvláštní význam má toto posuzování mj. v evropském právu při vymezení vztahu podnikatele a spotřebitele, ale též při správě účasti na obchodních korporacích s využitím fundačních či trustových struktur⁴.
10. Při snaze zorientovat v tématu se ze všech možných důvodů nepohybujeme jen na poli práva soukromého, jak by se na první pohled mohlo zdát, ale zabředneme i do práva veřejného (živnostenského, daňového, soutěžního) či do práva evropského. Ostatně onen skeleton, o kterém bude řeč později, je sice silným nástrojem, ale funguje jen, jsou-li všechny následné vrstvy, které ho „obalí“ či „obléknou“, v rozumném souladu.

Metodologická poznámka k inspiraci zahraničními koncepty a limitům jejich využitelnosti pro české právo

Inspirace a argumentace řešeními uplatňovanými v zahraničí jsou vhodná a žádoucí především při nastavování vnitrostátního právního rámce. Následně, když už jsou „kostky legislativně vrženy“ (a zákon přijat v určitém znění), je třeba důsledně zvažovat, kdy dává argumentace zahraničními úpravami smysl, a to s ohledem na celostní organismus české vnitrostátní úpravy, aktuální „realitu světa“, sociální a další okolnosti interpretace atd.

Po mnohaletém studiu zahraničních právních úprav, právní doktríny i judikatury, za současného bedlivého sledování české odborné právní literatury, zároveň docházíme čím dále tím častěji k závěru, že při výkladu českého práva je třeba s těmito „zahraničními“ zdroji či „předobrazy“ pracovat velmi opatrně a odpovědně. I když byl totiž určitý institut či instrument českého práva inspirován zahraničním konceptem, v praxi se ukazuje pouze omezená schopnost českého práva některé zahraniční koncepty či právní transplantáty akceptovat/aplikovat způsobem, který je dané zahraniční zdrojové jurisdikci určující či vlastní.

Nejde nám o nabádání k hledání „české cesty“ za každou cenu. Jen vnímáme, že fungování konceptů převzatých (či inspirovaných v zahraničí) se postupem času a taktéž s ohledem na legislativní vyjádření pozvolna modifikuje či vzdaluje od původních předloh. Navíc mnozí, kteří „zahraničním“ argumentují, mnohdy neznají širší kontext. Zároveň platí, že právní transplantát není nikdy doslovným převzetím

⁴ Rozhraničení správy vlastního majetku a podnikání je téma velmi komplikované, které zejména ve vztah k problematice ochrany spotřebitele rozpracoval Milan Hulmák ve své stati *Správa majetku a podnikání*, *Právník* č. 3/2021, s. 153-176. S ohledem na omezený rozsah našeho pojednání budeme tomuto souvisejícímu tématu věnovat pozornost někdy příště. HULMÁK, M. *Správa vlastního majetku a podnikání*. *Právník*, [online]. 2021, č. 3 [cit. 25.4.2022]. Dostupné z: <https://www.ilaw.cas.cz/casopisy-a-knihy/casopisy/casopis-pravnik/archiv/2021/2021-3.html?a=3559>

určitého nástroje či pravidla, ale jde především o přenos informace, myšlenky či ideje. To logicky určuje i jeho další život v „novém těle“.

Proč máme na tento metodologický problém potřebu upozornit? V některých diskusích, které jsou vedeny na téma podnikatelských aktivit nepodnikatelů (a jejich limitů) nezdědka zaznívá argumentace německou právní úpravou. Z té jsou pak dovozovány pro české právo některé zavádějící či mylné závěry, které pramení více či méně nepochopení celkového kontextu dané problematiky.

I když byl německý právní řád pro českého zákonodárce v mnohém zdrojem inspirace, rozhodně vždy neplatí, „že když to nějak funguje v Německu, bude to tak fungovat i v Česku“. Příkladem, kdy nelze využít „německou“ argumentaci, je právě námi zkoumané téma. V oblasti práva korporálního bylo v Německu historicky rozlišováno mezi „ideálními“ spolky a „hospodářskými“ spolky⁵, které mají nejen různý účel, ale i právní úpravu. To zavdalo příčinu „užšího“ pojetí možnosti výdělečných aktivit u ideálních spolků, neboť právě provozování hospodářských aktivit bylo bráno jako rozlišovací kritérium. „Ideální“ spolky proto mohou dodnes provozovat výdělečnou činnost pouze jako tzv. *Nebenzweckprivileg*, tj. ve velmi omezeném rozsahu. V případě, že byl tento rozsah překročen, může být dokonce přistoupeno ke zrušení „ideálního“ spolku z úřední povinnosti (popř. spolek může být nucen, aby změnil svou právní formu na družstvo nebo společnost s ručením omezeným). Aktuálně je tento koncept považován za ne zcela odpovídající potřebám 21. století, protože je kritizován právní praxí a judikaturně dotvářen⁶.

Koncepční pojetí spolkového práva v Německu je tedy na hony vzdálené pojetí českému, které prošlo vlastním judikaturním vývojem⁷. Problémy, které řeší německé soudy, jsou jiného druhu, než v Česku, ale i než např. v Nizozemí, či Rakousku⁸, což v tomto ohledu značně omezuje možnosti argumentace německou právní úpravou pro potřeby českého práva.

Právnícké osoby, jejich „nepřirozená povaha“ a mlhavá kritéria členění právníckých osob podle zájmu a účelu

Právnícké osoby jsou – na rozdíl od člověka – osobami, které vznikly a existují, protože to umožňuje (předpokládá) pozitivní právo. Nejsou osobami přirozenými (ač na ně může být jinak nahlíženo různě) a je především na zákonodárci toho kterého státu, jaké struktury/entitě umožní samostatnou existenci, tj. vybaví ji právní osobností. Může tak činit vytvořením určitého právního rámce, či uznáním její existence; jde o právně-politické rozhodnutí.

⁵ Toto členění obsahuje německý BGB v § 21 (*ideale Vereine*) a § 22 (*wirtschaftliche Vereine*), kde je pak odkazováno na zvláštní úpravu. Schmidt řadí mezi „spolky v širokém slova smyslu“ též obchodní korporace a družstva, blíže ke kategorizaci SCHMIDT, K., *Gesellschaftsrecht*, 4. Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2002, s. 46.

⁶ Např. Rozhodnutí BGH ze dne 16.5.2017, sp. zn. Az II ZB7/16

⁷ Viz RONOVSÁ, K. In: Lavický, P. a kol., *Občanský zákoník, Komentář I., Obecná část (§ 1- 302)*, 2. vydání, C.H. Beck, 2021, s. 850 a násl.

⁸ Je zajímavé, že i Rakousku, kde je tradičně velmi silná tendence přebírat koncepty a dogmata z německého práva, se proti použitelnosti „*Nebenzweckprivileg*“ konceptu postavil i rakouský ústavní soud, což mělo za následek jeho nezavedení v novém rakouském zákoně o spolcích z roku 2002 viz např. KALSS, S. In: Kalss/Nowotny/Schauer. *Österreichisches Gesellschaftsrecht*. 2. vydání. Vídeň: Manz Verlag, 2017, s. 1551, která uvádí, že jde o problematiku nejasnou.

České právo chápe právnické osoby jako nástroje, právní konstrukty, které jsou juristickými fikcemi nadanými právní osobností, ale nejsou patrné v reálném světě⁹. Pro naše potřeby nebudeme dále zkoumat jednotlivé teorie právnických osob, protože je to nepotřebné a udělali to v jiných souvislostech jiní, nicméně přihlásíme se k ideovému vlivu čl. 26 ABGB, který v prvním českém překladu z roku 1812 normoval: „*Práva audů dowoleného towaryšstwa mezi sebau ustanowuje se smluwau aneb cílem a koncem a obzvláštnostmi pro ně pozůstawajícími předpisy*“.

Ačkoliv rakouský občanský zákoník z roku 1811 tehdy ještě neznal právnickou osobu v dnešním slova smyslu, u „dovolených společností“ kladl důraz na autonomii vůle jejích zakladatelů a také na účel těchto struktur. Obé dnes po našem soudu tvoří klíč k pochopení nejen konstrukce právnické osoby, ale i k tématu podnikání nepodnikatelů. Současně dodáváme, že normativní regulace právnické osoby a její propis do veřejných rejstříků tvoří jakýsi skelet, který může zakladatel dotvořit svým projevem vůle v zakladatelském právním jednání do velmi specifické podoby. Výsledný „produkt“ (právnická osoba) pak vstupuje do dalšího zejména obligačního světa, aby se stal hospodářskou či sociální institucí¹⁰.

Právnické osoby mohou být vytvářeny pro prosazování rozličných zájmů (soukromých, veřejných, smíšených), resp. k dosahování zakladateli/zřizovateli zvolených účelů. Chceme-li vzít „prosazování zájmu“ jako kritérium možného členění právnických osob, narazíme na problém, že často jdou ruku v ruce různé zájmy a je obtížné je extrahovat. Příkladem může být provozování obchodu na vsi, provoz denního centra pro matky s dětmi atd., kde soukromý zájem provozovatelů zároveň směřuje k podpoře obecného blaha (zlepšení kvality života v obci, žen na mateřské). Stejným směrem jdou i dnes „moderní“ úvahy na téma sociálního podnikání, *impact investmentu*, *ESG* apod. Uspořádání české společnosti (a práva) navíc implicitně počítá s realizací některých veřejných služeb (garantovaných státem) prostřednictvím právnických osob soukromého práva, od kterých si veřejná moc tyto „služby“ nakupuje.

Stejně neostré je i členění právnických osob podle jejich účelu na výdělečné a nevýdělečné. Dnes již není sporu, že i když má právnická osoba nevýdělečný účel, může provozovat výdělečné aktivity, vč. podnikání. Proto se jeví jako vhodnější spíše zkoumat, zda může právnická osoba zisk/výdělek (pokud nějakého dosáhla) rozdělovat či zda jej musí použít pro svůj jiný než nevýdělečný účel.

Kdo je „nepodnikatel“? Je výdělečná činnost vždy podnikáním? A lze využít zákaz rozdělování zisku jako kritérium členění právnických osob?

Termínem „*nepodnikatel*“ v této stati označujeme „nevýdělečné“ právnické osoby, resp. takové, které jsou ustavované za jiným účelem než pro podnikání. Jejich odlišujícím a strukturálním rysem je podle našeho názoru *zákaz rozdělování zisku* (angl. *non-distributing constrain*)¹¹. Tento jejich rys je odlišuje

⁹ Ponecháváme stranou zápis do veřejných rejstříků a jeho publicitu, kterou se tyto v realitě přece jen částečně „zhotňují“.

¹⁰ Téma povahy právnické osoby v obecné rovině na tomto místě opustíme, neboť bylo popsáno jinými (oslavencem, autory tohoto pojednání, jinými autory) jinde a mnohdy velmi podrobně.

¹¹ Skoro by se chtělo je označit za „neziskové“ (non-profit). Toto označení ale záměrně nepoužíváme. Adjektivum „neziskový“ bylo totiž v 90. letech minulého století dezinterpretováno. Bylo z něj dovozováno, že neziskové organizace nesmí dosahovat zisku/výdělku a z toho důvodu vznikla celá řada nedorozumění: že nesmí podnikat (když nesmí dosahovat zisku) apod. Proto se začalo používat adjektivum „nevýdělečné“, které má také své limity,

od podnikatelů, tj. za účelem podnikání (dosažení a rozdělení zisku) ustavovaných struktur, především obchodních společností¹².

„Výdělečná činnost“ může mít mnoho podob a je k pojmu „podnikání“ pojmem nadřazeným. „Výdělků“ může být dosahováno různými způsoby: při správě vlastního majetku, při podnikání, ale taktéž při realizaci jiných činností (typicky u spolků v rámci statutární činnosti, viz dále). Ostatně i občanský zákoník¹³ považuje podnikání za určitou podmnožinu obecnějšího pojmu „výdělečná činnost“. Podnikatelem je ten, o kom tak stanoví zákon a také ten, co vyvíjí činnost způsobem uvedeným v § 420 ObčZ, vždy se zřetelem k této činnosti.

Při vymezení pojmu „podnikatel“ můžeme vyjít z historického označení „kupec“, tj. toho, kdo provozuje „po živnostensku obchod“, jakožto zamýšlený trvalý zdroj výdělku¹⁴. V souvislosti s podnikatelskými nepodnikateli se proto dostáváme k širší úvaze, jaký je vlastně smysl a účel § 420 ObčZ a na koho a jaké aktivity vlastně míří? Otázka stojí tak, zda „dosažení zisku“, o kterém hovoří § 420 odst. 1 ObčZ, v sobě implicitně zahrnuje i „rozdělení“ takového zisku, či nikoli?

S ohledem na výše uvedené dáváme k diskusi úvahu, že není-li účelem právnické osoby rozdělování/distribuce zisku jejím členům (resp. zakladatelům), ale naopak nutnost použít případný výdělek k dosahování nevýdělečného účelu, zda bychom neměli na takové výdělečné aktivity nahlížet už z tohoto důvodu alespoň částečně odlišně?

Není bez zajímavosti pozorovat v této souvislosti genezi definic „podnikání“ a „podnikatele“. Podnikání bylo definováno v § 2 odst. 1 dnes již zrušeného obchodního zákoníku jako „soustavná činnost prováděná samostatně podnikatelem vlastním jménem a na vlastní odpovědnost za účelem dosažení zisku“. Pro vymezení podnikatele v dnešním občanském zákoníku bylo bezesporu toto ustanovení inspirací.

Tato definice je tak zjevně „šita na míru“ obchodním korporacím, u kterých se nesporně předpokládá distribuce zisku. Právě na tyto vymezení podnikání původně mířilo. Ale co u „nepodnikatelů“, kterým zákon rozdělování explicitně zakazuje (u spolků 217 odst. 3 ObčZ, u nadací § 307 odst. 1 ObčZ, u ústavů § 403 ObčZ)? Není zde dán právě proto podstatný rozdíl? A bylo by představitelné interpretovat § 420 odst. 1 ObčZ ve vztahu k těmto právnickým osobám¹⁵ odlišně?

Dovedeme si totiž takovou argumentaci představit v tom smyslu, že právnickou osobou – podnikatelem je pouze ten, pro něhož je rozdělení zisk/výdělku jeho účelem, což není možné, pokud

ale i tak se jej přidržíme. Pokud by bylo toto slovo pochopeno správně, pak *not-for-profit* zřejmě znamená právě to, že právnická osoba sice smí výdělku dosahovat, ale nesmí ho rozdělovat.

¹² I když mohou být kapitálové obchodní korporace (společnosti s ručením omezeným a akciové společnosti) zakládány k veřejně prospěšným účelům, žádný limit ohledně možnosti rozdělování příp. zisku v úpravě ZOK nenajdeme. To je ostatně jeden z hlavních argumentů, proč se jeví finanční správě jako těžko akceptovatelné, že by mohly tyto obchodní korporace „dosáhnout“ na status veřejně prospěšného daňového poplatníka (17a zákona č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, v aktuálním znění).

¹³ mj. § 420 ObčZ, a taktéž v § 217 ObčZ

¹⁴ Např. WENIG, A., *Příručka obchodního práva platného v Čechách, na Moravě a ve Slezsku, kniha první*, Brno, 1928, s. 35 an.

¹⁵ Není bez zajímavosti, např. daňové právo s takovou distinkcí počítá. Hovoří o tzv. kritériu „neziskovosti“, které sice není terminologicky dokonalé, ale dává jasný signál, že daňově (tj. materiálně, či ekonomicky) zde existuje podstatný kvalitativní rozdíl.

je současně zakázáno jeho rozdělení/distribuce těm, kdo tohoto podnikatele stvořili (členové, společníci, zakladatelé apod.). Jde nám tedy o „propojení“ účelu dosažení a rozdělení zisku s účelem dané právnické osoby. Jinými slovy, pokud si lidé vytvoří právnickou osobu, aby podnikala a dosáhla zisku, dělají to proto, aby tento zisk následně spotřebovali (rozdělili si jej). Pokud by rozdělení možné nebylo, nejedná se touto optikou o zisk, ale o výdělek. Rozumíme, že je tento přístup neobvyklý, a asi rozumíme, že je možná i obtížně přijatelný, ostatně i dříve se dovozovalo opačně¹⁶, nicméně nebyl by to přístup korektnější?

Kritérium nerozdělování zisku nás zaujalo už proto, že v české odborné literatuře bylo reflektováno pouze okrajově. Není zároveň bez zajímavosti, že se právě k tématu „nerozdělování zisku“ vyjádřil Soudní dvůr EU ve svém rozhodnutí o předběžné otázce v případě *Kennemer Golf & Country Club v Staatssecretaris van Financiën*¹⁷.

Jádrem sporu byly příjmy spolku, který provozoval i některé výdělečné aktivity. Soudní dvůr EU k této situaci zaujal „holistický“ přístup a uvedl, že výdělečné aktivity nelze posuzovat odděleně od ostatních aktivit spolku (právnické osoby). Zároveň zdůraznil, že spolek může být svou povahou „nevýdělečný“ i přesto, že se systematicky zaměřuje také na dosahování zisku, který následně použije pro svůj statutární účel. V podobném duchu se Soudní dvůr EU vyjádřil i ve věci *Commissioners of Customs and Excise vs. Zoological Society of London*¹⁸, kde dospěl mj. k závěru, že kladný hospodářský výsledek není na závadu, neboť umožňuje dlouhodobou udržitelnost dosahování účelu spolku (právnické osoby).

Není tedy právě „nerozdělování zisku“ klíčem, resp. kritériem pro členění právnických osob na výdělečné a nevýdělečné? Budoucnost ukáže, zda tento názor vyslovený k počtě profesora Josefa Bejčka upadne v zapomnění nebo bude vykazovat známky životaschopnosti.

Hledání materiálních kritérií (a tím hranic) mezi podnikáním a jinými výdělečnými aktivitami nepodnikatelů

Soukromé právo ponechává nepodnikatelům (zejména po 1.1.2014) poměrně široký prostor pro jejich možné výdělečné/hospodářské/ekonomické aktivity. Na problém zároveň není, ke škodě věci, nahlíženo v kontextu celého právního řádu (holisticky), ale často velmi partikulárně podle toho, kde se zrovna vyskytne nějaká nevyjasněná otázka či praktický problém. To celou situaci ještě více zamlžuje a vytváří se prostor pro různé podivné úvahy a excesy¹⁹. Nejasnost pojmového vymezení s sebou přináší řadu praktických problémů a taktéž zvýšenou právní nejistotu. V oblasti spolkové pak často též frustraci a ztrátu zájmu se aktivně účastnit veřejného života.

Nejčastěji je problematika limitů výdělečných aktivit řešena při činnosti spolků, neboť tato právní forma je využívána k nejrůznějším účelům. Zákon výdělečnou činnost ani podnikání spolkům nezapovídá. Není ani vyloučeno, aby spolky dosahovaly výdělku v rámci své statutární činnosti (např.

¹⁶ Např. WENIG, A., op. cit., s. 36

¹⁷ Rozhodnutí řešilo především daňové konsekvence povahy činnosti spolku.

¹⁸ Rozsudek Soudního dvora (pátého senátu) ze dne 21. března 2002, *Commissioners of Customs and Excise vs. Zoological Society of London*, věc C 267/00 (2002), ECR I – 3353, paragraph 17.

¹⁹ O složitosti této problematiky svědčí i fakt, že např. v Německu je právě hledání hranice možných podnikatelských aktivit spolků (nikoli nadací, u kterých je situace zcela jiná) považováno za jedno z nejsložitějších témat spolkového práva (viz von HIPPEL, T., *Grundprobleme vn Nonprofit – Organisationen*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, s. 497).

pořádání letních táborů), pokud taková činnost nenaplní charakter podnikání. Spolek ale může i podnikat, přičemž bude stále „nepodnikatelem“. Se zřetelem ke své podnikatelské činnosti nicméně bude považován za podnikatele, se všemi důsledky z toho plynoucími²⁰.

Hledání hranice mezi dosahováním výdělků při realizaci statutárního účelu spolku a podnikáním je v některých případech velmi tenká a je jí vždy třeba posoudit s ohledem na skutkové okolnosti daného případu. Zároveň je problematické i posuzování, kdy se bude dosaženo určitého výdělků při správě (vlastního) majetku a kdy bude takovou výdělečnou činnost třeba kvalifikovat jako podnikání²¹. Platí zároveň, že podnikání musí být vždy *prostředkem* k dosažení statutárního (jiného než výdělečného) účelu.

Téma výdělečné činnosti „nepodnikatelů“ bylo diskutováno i v souvislosti s rekonstrukcí soukromého práva. Ve vztahu ke spolkům bylo dokonce zveřejněno Výkladové stanovisko (nezávazné) KANCL²², které uvádí, že výdělečná činnost může být součástí hlavní činnosti spolku, pokud je prostředkem k dosahování statutárního účelu, ke kterému byl spolek založen. Zároveň by taková činnost neměla dosahovat úrovně, aby ji bylo možno považovat za činnost „srovnatelnou s podnikáním“, tedy za soustavnou činnost provozovanou za účelem dosažení zisku. Jako příklad výdělečné činnosti, kterou nelze kvalifikovat jako podnikání, je ve výkladovém stanovisku uváděno pořádání letních táborů, hasičského bálu či představení amatérského divadla. Ve všech těchto případech jde o aktivity, u kterých nejde o dosažení (a rozdělení) zisku, ale dosahování zvoleného účelu. Problematika byla v následujících letech diskutována a dále rozvedena v odborné literatuře²³.

K výše uvedenému doplňujeme, že spolek může v rámci své statutární (hlavní) činnosti dosahovat výdělků, a to někdy i soustavnou činností. „Soustavnost“ totiž nelze vždy považovat za rozhodující kritérium, které by mohlo příliš pomoci k odlišení podnikání a jiných aktivit spolku (popř. pouze v některých případech a podpůrně). Statutární spolková činnost (hlavní) bývá navíc často zaměřena na vlastní členskou základnu, které poskytuje určitá plnění za úplatu, která je odlišná od „ceny na trhu“, např. členové tenisového klubu mohou užívat sportoviště za jiných podmínek než ti, kteří si přijdou „zahrát“ (veřejnost). Mohou tak existovat různé druhy členství či jiná smluvní uspořádání.

S členstvím ve spolku mohou být totiž zároveň spojeny určité povinnosti (např. platit členské příspěvky, pomáhat „udržovat sportoviště“ vlastní prací (v rozsahu určitého počtu hodin apod.), což se bezpochyby může projevit v kalkulaci „členských cen“. To, že sportovní klub (spolek) mimo svou statutární činnost provozuje i podnikání (pronájem kurtů, stánek s občerstvením pro veřejnost) jej nezbavuje kvalifikace jako entity založené za jiným účelem než podnikáním.

Jako jiný příklad lze uvést spolek, který provozuje galerii moderního umění, ve které se prodávají reprodukce děl v této galerii vystavených. Jde o hlavní (statutární) činnost (i když bude spojena s dosahováním určitého výdělků, např. vybíráním vstupného, provozem obchodu s reprodukcemi děl,

²⁰ § 420 odst. 1 věta druhá ObčZ

²¹ K problému blíže též HULMÁK, M., op. cit., s. 153 a násl.

²² Stanovisko č. 8 KANCL z roku 2013, [cit. 12.4.2022]; dostupné z: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/images/pdf/Stanovisko-08.pdf>; (KANCL je zkratka pro Komisi pro výklad nové civilní legislativy, která fungovala v roce 2012-2014 na Ministerstvu Spravedlnosti ČR a pomáhala řešit některé výkladové těžkosti, které vyvstaly v souvislosti s rekonstrukcí soukromého práva.

²³ HÁJKOVÁ, A., NEBUŽELSKÁ, M., PAVLOK, P., *Spolky a spolkové právo*, C.H. Beck, 2015, s. 17, RONOVSÁ, K., VITOUK, V., BÍLKOVÁ, J. a kol., *Leges*, 2014, viz též HRABÁNEK, D. In: Petrov/Beran/Výtisk, 2. vydání, C.H. Beck, s. 289, či RONOVSÁ, K. In: Lavický, P. a kol., op. cit. s. 861 a násl.

kteře se v galerii vystavují). Nicméně pokud bude galerista v téže budově provozovat kavárnu, tento provoz bude vedlejší činností (podnikáním), související s činností hlavní a výdělek bude muset použít k podpoře činnosti hlavní. Stejně tak bude „jinou výdělečnou činností“ např. pronájem prostor v budově, které právnická osoba vlastní, ale sama nevyžívá, neboť pronájem nemovitostí není podnikáním v pravém slova smyslu²⁴.

Tatáž činnost může být zároveň prostředkem k dosahování různých účelů. Tedy např. pořádání koncertů může jednou být prostředkem k dosahování zisku (komerční provozování agentury na pořádání koncertů), jindy může být prostředkem péče o kulturní dědictví (např. spolek řecké menšiny v Česku). Činnost „uspořádání koncertů“ může být (za určitých okolností) i např. formou boje proti chudobě v zemích třetího světa, bude-li výtěžek benefičního koncertu použit k financování projektu spolku s tímto účelem založeného.

Z výše uvedeného je patřno, že vždy bude záležet na konkrétních okolnostech, jak má být výdělečná činnost posuzována. Za hlavní rozlišovací kritérium lze považovat zaměření činnosti k dosažení (taktéž i rozdělení) zisku (tj. provozování činnosti „podnikatelsky“) na straně jedné, oproti snaze o udržení a rozvoj fungování spolku takovým způsobem, který bude umožněno nejen pokrytí nákladů, ale i finanční udržitelnost a rozvoj spolku. Zároveň je třeba brát v úvahu i jiná kritéria, např. zda se spolek účastní hospodářské soutěže s jinými entitami v téže segmentu trhu. Na příkladu výše uvedeného pořádání koncertů přichází v úvahu soutěž pouze v případě agentury. U ostatních dvou příkladů půjde o dosahování výdělku v rámci hlavní (statutární) činnosti (nikoli o činnost vedlejší).

Při podnikání nejde jen o „dosažení“ zisku, ale i o jeho rozdělení, což v případě spolků (s ohledem na § 217 odst. 3 ObčZ) není možné vůbec. Tím ovšem není řečeno, že by spolek mohl podnikat v rámci hlavní činnosti s argumentem, že „nejde o podnikání“, neboť s ohledem na § 217 odst. 3 ObčZ nikdy nenaplní materiální znaky podnikání vymezené v § 420 odst. 1 ObčZ. V takovém případě by šlo o jednání v rozporu se smyslem a účelem § 217 ObčZ a byl by dán důvod pro autoritativní zrušení spolku soudem ve smyslu § 268 odst. 1 písm. b) ObčZ.

Shrneme-li výše řečené, je nepochybné, že spolek nemůže být založen za účelem podnikání nebo jiné výdělečné činnosti; tyto činnosti jsou vyhrazeny především k tomu určeným typům právnických osob (především obchodním korporacím). Co se týče podnikatelských (výdělečných) aktivit, funkční omezení je již dáno nevýdělečným (tj. jiným než podnikatelským) charakterem spolku, a především pak tím, že případný zisk či výdělek musí spolek použít pouze k dosahování svého statutárního účelu.

Občanský zákoník stanoví, že spolek sice může dosáhnout zisku (výdělku), nicméně jej nemůže rozdělovat mezi zakladatele spolku, jeho členy, členy jeho orgánů či osoby jim blízké, pokud by to nebylo v souladu s hlavní činností spolku. Právě „nerozdělování zisku/výdělku“ (*non-distributing constrain*) je hlavním rozlišovacím kritériem mezi spolkem na straně jedné a obchodními korporacemi, na straně druhé, byť např. kapitálové společnosti zisk rovněž nemusí distribuovat, či ho mohou rozdělovat mimo společníky apod. (§ 34 odst. 1 i.f. ZOK).

Zákonná formulace § 217 odst. 3 ObčZ se k výše uvedenému konceptu výslovně přihlásila. Použití zisku/výdělku je možné „pouze pro spolkovou činnost, včetně správy spolku“, což vyjadřuje, že je případný zisk (užitek) třeba ponechat uvnitř spolku a nerozdělovat jej mezi členy či jinak vymezený okruh osob. Toto zákonné pravidlo potvrzuje koncept, o kterém bylo pojednáno výše.

Ve formulaci zmíněného zákonného ustanovení se do jisté míry promítá určitá kontinuita s rakouským přístupem, kde je minimálně od roku 1980 vykládáno sousloví „nikoli za účelem dosažení zisku“ (něm.

²⁴ Pokud nenaplní materiální kritéria podnikání (k tématu blíže viz HULMÁK, M., op. cit. s. 153 a násl.).

„*nicht auf Gewinn berechnet*“) jako zákaz jeho nikoli dosahování, ale zákaz jeho rozdělování (něm. „*Gewinnausschüttungsverbot*“). Výdělečné aktivity nevyloučil ani v rámci hlavní činnosti spolku, upozornil však, že právní forma spolku nemůže být „zástěrkou“ (něm. „*Deckmantel*“) pro výlučně podnikatelské aktivity spolku. Při této příležitosti byl zároveň rakouským ústavním soudem zdůrazněn i rozdíl rakouského (širšího) pojetí možných výdělečných aktivit spolků, oproti německé („užší“) koncepci. I když byl v Rakousku v roce 2002 přijat nový zákon o spolicích (*Vereinsgesetz*), ve vztahu k vymezení těchto pojmů nedošlo k výraznějším změnám. Obdobný „širší“ koncept výdělečné činnosti spolků lze nalézt např. i ve Švýcarsku, či Nizozemí, tj. v zemích, které jsou srovnatelné s Českou republikou co do právních tradic, velikosti atd.

Spolek může vykonávat i podnikatelskou činnost, která může být jednou z možných výdělečných činností spolku. V takovém případě bude se zřetelem k této činnosti považován za podnikatele se všemi důsledky z toho plynoucími (vč. ochrany hospodářské soutěže, spotřebitele atd.).

Odras zkoumané problematiky v aktuální soudní praxi

Aktuálnost tématu lze doložit nedávným rozhodnutím Krajského soudu v Brně, č.j. 62 Af 3/2020-122 (z ledna 2022). Soud se zabýval otázkou zdanění příjmů, a to rozdílem mezi přijetím platby spolkem ve formě členského příspěvku na straně jedné a úplatou za službu (internetové připojení) na straně druhé.

Skutkově šlo o situaci, kdy skupina internetových nadšenců, kteří toužili v jednom malém městě po stabilním připojení k síti, založili spolek, jehož účelem bylo zajištění (tj. vybudování) a udržování přístupu k internetu pro své členy. Ve stanovách spolku bylo vydefinováno několik druhů členství podle míry účasti na spolkových aktivitách. Zároveň spolek provozoval i vedlejší hospodářskou činnost (poskytování služeb podle zákona o el. komunikacích).

Odvolací finanční ředitelství (OFŘ) vyměřilo spolku povinnost dodanit příjem, který získával v určitém časovém období minulosti z členských příspěvků. Považovalo totiž právní jednání spolku – vybírání členských příspěvků – za zastřené. Dospělo mj. k závěru, že platba členského příspěvku je ve skutečnosti úplatou za službu poskytovanou tímto spolkem (tj. podnikatelskou činností spolku). I když se spor týkal především otázky (ne)zdanění členských příspěvků vs. zdanění příjmů z podnikání, soud se vyjádřil k celé řadě důležitých otázek, které jsou dosud sporné nejen v právní teorii.

Krajský soud v Brně ale toto rozhodnutí zrušil a při té příležitosti se vyjádřil k řadě zajímavých souvisejících otázek a taktéž k oné tenké a ne zcela jasné hranici mezi podnikáním a jinou (výdělečnou) činností spolku. Odmítl závěr OFŘ, že sdružování nemůže vést k získání výhod, jež jsou s aktivním členstvím spojeny, kryjí-li se obsahově se získáváním plnění, jež je obvykle poskytováno na podnikatelském principu, resp. že by získání takových výhod mělo být pro účely daňové pokládáno za běžné plnění získávané na podnikatelském principu²⁵. Uvedl též, že k takovému výkladu není žádného zákonného ani rozumného důvodu (viz bod. 20), který by mohl vést až k vyprázdnění sdružovacího práva.

Ztotožnil se naopak s žalobcem (spolkem), že byla-li jeho snaha za aktivního přispění členů vyřešit situaci, která nevyhovovala (že na území obce nebyl k dispozici internet), a proto došlo ke sdružení sil a prostředků za účelem vybudování chtěné infrastruktury a jejího následného využívání, pak právě toto bylo účelem a slovy soudu „smyslem takové spolkové činnosti“. Proto není důvodné na ni pohlížet jako na poskytování služeb v rámci podnikání a úhradu členských příspěvků překvalifikovat za příjem

²⁵ Uvedl též, že k takovému výkladu není žádného zákonného ani rozumného důvodu (viz bod. 20).

z podnikání²⁶. Zároveň nebyly prokázány žádné zvláštní skutkové okolnosti, které by mohly vést k opačnému rozhodnutí.

Ohledně kvalifikace charakteru činnosti, kterou spolek vykonával, soud vytkl OFŘ, že dostatečně nezkoumalo, nakolik sledoval spolek touto činností dosažení zisku (výdělku). Nebylo např. provedeno srovnání, zda výše členských příspěvků je srovnatelná s cenovými nabídkami poskytovatelů internetu v dané lokalitě, nebyla zkoumána srovnatelnost plnění vůči členům (a oproti tomu nečlenům), nebyl vzat v úvahu vývoj podstaty „propojení“ člena a spolku. Zkrátka a dobře: vždy bude při kvalifikaci třeba posuzovat vzájemný (spolkový) poměr, nastavení vzájemných práv a povinností, které mohou spočívat nejen v placení členských příspěvků, ale např. i povinnostech jiného druhu (údržba zařízení vlastněných spolkem, účast na jeho činnost atd.).

O činnost, kterou by bylo možné kvalifikovat jako podnikatelskou (podléhající veřejnoprávní regulaci) jde podle našeho názoru v situacích, kdy je (a) plánována a předpokládána soustavnost těchto aktivit, (b) poskytování plnění za úplaty a (c) s tím spojená „soutěž s ostatními na trhu“ za srovnatelných podmínek. Rovněž za podnikatelskou činnost považujeme v této souvislosti aktivní nabízení určité služby (marketingová aktivita) ve vztahu k předem blíže neurčenému okruhu osob, popř. nabídku či poskytování dalších s takovou službou souvisejících doplňkových služeb.

Závěrečné shrnutí a výhled do budoucna

Téma výdělečné činnosti a nastavení limitů podnikatelských aktivit je nekonečným příběhem v celé Evropě a lze nalézt velmi rozličné přístupy, do kterých se otiskuje historická zkušenosti i aktuální stav společnosti. Jak již bylo uvedeno výše, jde totiž vždy o právně politické rozhodnutí zákonodárce, které závisí především na tom, zda má stát „aktivní obyvatelstvo“ a zájem na participaci soukromých organizací při péči „o veřejné blaho“. Pokud veřejná moc chápe význam a roli „soukromého prvku“ v této sféře a zároveň nemá dostatek prostředků na financování „všeho a všem“ z veřejných zdrojů, je logické a správné rozhodnutí ponechat spolkům, fondům a dalším „nepodnikatelům“ možnost dosahovat výdělku v rámci jejich statutárních i vedlejších podnikatelských aktivit.

Máme za to, že obecně měl zákonodárce při nastavování právního rámce pro vymezení možnosti podnikání nepodnikatelů několik možností. Mohl určit, že jejich podnikatelskou činnost nepodnikatelů omezí pouze tím, že právnícká osoba musí svůj případný zisk/výdělek ponechat pro dosahování svého statutárního účelu (tzv. *non distributing constrain*). Takový přístup byl zaujat např. v Nizozemí či u nadací v Německu. Druhý přístup, který se dnes jeví, s ohledem na společenskou i ekonomickou realitu, jako překonaný, je striktní zákaz podnikatelských aktivit právníckých osob založených za jiný účelem než podnikáním. Náznaky takového přístupu byly patrné i v české právně politické diskusi o právním rámci pro tzv. „neziskové organizace“ v 90. letech minulého století. Jednalo se ale spíše o nepochopení či zmatení pojmů a vyplynulo do ztracena.

Všechny ostatní přístupy, kde se „nepodnikatelům“ umožňuje podnikatelská činnost s určitými zákonnými limity, jsou pro posuzování problematičtější. Diskusi je totiž v takovém případě třeba vést o stanovení určitých materiálních kritérií. Ta nelze určit „obecně“ od stolu, ale je vždy třeba přihlížet ke konkrétním okolnostem daného případu.

²⁶ V posuzovaném případě šlo o podnikání v režimu zákona o elektronických komunikacích. Viz § 8 odst. 1 zákona č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích, v aktuálním znění) a službou elektronických komunikací se podle tohoto zákona rozumí i poskytování internetu.

Máme za to, že český zákonodárce nastavil dobrý směr a racionálně počítá s lidskou a občanskou aktivitou, protože přes všelijaké hloupé proklamace „lidi prostě nekradou“. Abychom však účel zákona naplnili, musíme dobře odlišovat, tedy vidět a popsat nuance mezi výdělkem a ziskem, resp. podnikáním a nepodnikáním. Můžeme se u toho jistě dívat z okna, třeba do Německa, ale jen inspiračně, protože jsme spíše v oblasti naplnění účelu občanské společnosti, než v přenosu normativních řešení. Pojem podnikání pak možná není jevem tak banálním, jak se může z § 420 ObčZ jevit, a snažme se, ať jeho výklad umožní, resp. nezavře či neomezí lidské aktivity a očekávání.

Máme za to, že české právo nám vymezuje prostorné, pěkné a inspirující hřiště. Hrát si na něm však musíme sami. A my rádi i společně s oslavencem!

Klíčová slova:

podnikatel, nepodnikatel, spolek, podnikání, výdělečná činnost, zisk, výdělek, rozdělování vlastních zdrojů

Keywords:

entrepreneur, non-entrepreneur, association, business activity, profitable activity, profit, earnings, distribution of own resources

Abstract

Příspěvek věnuje pozornost pojmu podnikání u těch právnických osob, jejichž účelem podnikání není. Odlišuje podnikatele a nepodkatele nejen podle zákonných předpokladů, ale zejména podle možnost rozdělování zisku a jiných vlastních zdrojů mezi členy. Autoři dovozují, že ten, kdo vykonává podnikání či jinou hospodářskou činnost jako nástroj pro naplnění svého hlavního účelu, teoreticky nesplňuje znaky podnikatele, a současně, že ne každá výdělečná činnost vykazuje znaky podnikání. Nepodnikající právnické osoby mají proto podle českého práva celou řadu možností, jak dosahovat prostředků pro svou činnost, aniž by se na ně mělo nahlížet jako na podnikatele.

The paper focuses on the concept of entrepreneurship for those legal entities whose general purpose is not to conduct business. It distinguishes entrepreneurs and non-entrepreneurs not only according to the legal prerequisites, but especially according to the possibility of distributing profits and other own resources among the members. The authors suggest that one who carries out a business or other economic activity as an instrument for the fulfilment of its main purpose does not theoretically meet the characteristics of an entrepreneur and, at the same time, that not every profitable activity has the characteristics of an entrepreneur. Therefore, under Czech law, non-entrepreneurial legal entities have a number of possibilities to obtain funds for their activities without being regarded as entrepreneurs.