

**UNIVERZITA KARLOVA**

**Právnická fakulta**

**Mgr. Radim Doležal**

**Identifikace zastřeného zaměstnávání  
aneb Jak se vyvarovat rizikům s ním spojeným**

**Rigorózní práce**

Pověřený akademický pracovník: N/A

Tematický okruh: Pracovní právo

Datum vypracování práce (uzavření rukopisu): 25. září 2020

Prohlašuji, že jsem předkládanou rigorózní práci vypracoval samostatně, že všechny použité zdroje byly řádně uvedeny a že práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.

Dále prohlašuji, že vlastní text této práce včetně poznámek pod čarou má 254.795 znaků včetně mezer.

Mgr. Radim Doležal

V Praze dne 25. září 2020

## OBSAH:

1.	Úvod.....	1
1.1.	Vymezení aktuálnosti tématu .....	1
1.2.	Terminologie práce.....	4
1.3.	Rizika zastřeného zaměstnávání .....	12
2.	Znaky zastřeného zaměstnávání .....	18
2.1.	Vymezení plnění.....	21
2.2.	Vázanost příkazy .....	26
2.3.	Čas plnění .....	31
2.4.	Místo plnění.....	33
2.5.	Subjekt poskytující plnění .....	35
2.5.1.	Osobní poskytnutí plnění .....	35
2.5.2.	Struktura pracovníků.....	36
2.5.3.	Exkluzivita .....	38
2.6.	Způsob odměňování .....	40
2.7.	Alokace rizika spojeného s plněním .....	44
2.7.1.	Poskytování plnění jménem a na účet jeho zadavatele.....	44
2.7.2.	Poskytování plnění na náklady a odpovědnost jeho zadavatele .....	46
2.7.3.	Alokace rizika na pracovníka.....	51
2.8.	Vůle stran.....	53
3.	Zastřené agenturní zaměstnávání .....	60
3.1.	Definice zastřeného agenturního zaměstnávání .....	60
3.2.	Rizika zastřeného agenturního zaměstnávání.....	62
3.2.1.	Rizika stíhající generálního dodavatele .....	62
3.2.2.	Rizika stíhající podnik .....	64
3.2.3.	Alokace rizik stíhajících generálního dodavatele na podnik .....	67
3.3.	Znaky zastřeného agenturního zaměstnávání .....	77

3.3.1. Pronájem pracovní síly .....	78
3.3.2. Porušení zákonných podmínek provozování agenturního zaměstnávání .....	83
4. Závěr .....	91
4.1. Shrnutí stavu <i>de lege lata</i> .....	91
4.2. Shrnutí, aneb jak se vyvarovat rizikům spojeným se zastřeným zaměstnáváním	95
4.3. Kritika stavu <i>de lege lata</i> , aneb návrhy <i>de lege ferenda</i> .....	99
Seznam příloh .....	I
Příloha č. 1 .....	II
Příloha č. 2 .....	III
Příloha č. 3 .....	IV
Seznam zkratk .....	V
Seznam použitých zdrojů .....	VIII
Abstrakt .....	XIII
Klíčová slova .....	XIV
Summary .....	XV
Key words .....	XVI

## 1. Úvod

Smyslem této práce je analyzovat problematiku zastřeného zaměstnávání v českém právu. Práce nejprve vymezuje základní terminologii související se zkoumanou problematikou a rizika zastřeného zaměstnávání. Následně analyzuje platnou zákonnou úpravu zastřeného zaměstnávání a související judikaturu a tím odpovídá na první základní výzkumnou otázku: „*Jaké jsou znaky zastřeného zaměstnávání?*“. Z odpovědi na první základní otázku pak práce vyvozuje odpověď na druhou základní výzkumnou otázku: „*Jak se vyvarovat rizikům spojeným se zastřeným zaměstnáváním?*“.

Vedlejším předmětem zkoumání je problematika zastřeného agenturního zaměstnávání. Ta souvisí s problematikou zastřeného zaměstnávání a v praxi mohou jít tzv. ruku v ruce. Snaha o vyvarování se zastřenému zaměstnávání totiž může ve svém důsledku založit takové uspořádání vztahů, které je možné kvalifikovat jako zastřené agenturní zaměstnávání. Vedlejším cílem této práce je tedy i vymezení (i) zastřené agenturního zaměstnávání, (ii) jeho rizik, (iii) jeho znaků a naposledy i (iv) způsobů, jak se vyvarovat rizikům spojeným se zastřeným agenturním zaměstnáváním.

Za účelem nalezení odpovědi na výše uvedené základní i vedlejší výzkumné otázky tato práce volí analytickou metodu. Kromě již zmíněné analýzy právních předpisů a judikatury využívá i metody komparativní analýzy, a to komparace mezi zkoumanou problematikou a zkoumanými instituty s problematikou a instituty příbuznými či vykazujícími jisté podobnosti. Okrajově poslouží i metoda ekonomické analýzy práva.

Cílem práce je rovněž hodnocení stávající úpravy této problematiky v České republice. Práce volí normativní i hodnotovou metodu kritického posouzení aktuálního stavu, jehož cílem je mimo jiné nalezení a stručné nastínění možného stavu *de lege ferenda*. Právně-filosoficky je tato práce ukotvena v právním pozitivismu a liberalismu, jakož i v ekonomickém přístupu k právu a klade důraz na efektivitu, ovšem nikoliv pouze ekonomickou efektivitu. V zásadě tak tato práce volí kombinaci doktrinálního a hodnotového přístupu ke zkoumání vytyčené problematiky.

### 1.1. Vymezení aktuálnosti tématu

Ačkoliv v akademické sféře je problematika zastřeného zaměstnávání často spíše okrajovým tématem, jedná se o navýsost aktuální problematiku. Zejména v podnikatelské sféře a jejím každodenním fungování. Zde se totiž setkáváme, již z povahy věci a již od prvopočátku

vzniku a rozvoje podnikání, se zájmem na maximalizaci zisku a zájmem na minimalizaci nákladů. Tyto zájmy tvoří dvě strany téže mince.<sup>1</sup>

Je nesporné, že zaměstnávání fyzických osob s sebou přináší, zejména v tak regulovaném pracovněprávním prostředí, jakým je to české, jisté mnohdy nezanedbatelné náklady spojené s (i) kontrolou a řízením zaměstnanců, (ii) odpovědností, kterou zaměstnavatel za zaměstnance nese, a (iii) daňovým zatížením a dalšími státem stanovenými povinnými odvody. Na straně podniků se tak lze setkat se zájmem na snížení nákladů práce a „*optimalizaci povinností vůči státu*“.<sup>2</sup> Jedním z nástrojů, jak toho dosáhnout, je alokace, tzv. outsourcing či subcontracting, této práce na jiný podnikatelský subjekt, kterým může být i fyzická osoba, tzv. freelancer.<sup>3</sup>

Proti této snaze podniků o snížení nákladů práce tradičně stojí zájem pracovníků na sociálních jistotách. Tedy zejména zájem na jisté práci, jisté odměně za ni a jistoty, že rizika a náklady s takovou prací primárně nese podnik. Nejvhodnějším nástrojem, jak toho dosáhnout, je, zdá se, pracovní poměr.<sup>4</sup>

S rozvojem moderních technologií, rozmachem globalismu a aktuálním vývojem sociální, ekonomické a politické situace lze však nejen v české společnosti vysledovat hodnotový posun. Ten vede k alternativním řešením a alternativním uspořádáním vztahů, která se dnes těší větší popularitě než v minulosti. Jedná se např. o fenomén tzv. sdílené ekonomiky, ale i o alternativní uspořádání pracovního života a pracovních vztahů, kde je kladen vyšší důraz na svobodu jedince a work-life balance. Tento fenomén pak akceleroje výše uvedený outsourcing práce, na kterém díky tomu mají zájem i pracovníci, neboť z pozice freelancerů jim mohou plynout výhody, které by jako zaměstnanci neměli.

Nastíněná situace se může na první pohled zdát jako ideální. Podniky i pracovníci mají stejnou snahu outsourcovat práci tím, že ji z nerovného uspořádání závislé práce vykonávané mezi nimi ve vztahu zaměstnavatele a zaměstnance převedou do relativně rovného vztahu dvou

---

<sup>1</sup> Jde ostatně o smysl podnikání, takže tento zájem je, jak poukazuje např. Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 15. ledna 2009 sp. zn. 7 Afs 72/2008, naprosto racionální a legitimní.

<sup>2</sup> Nejvyšší správní soud ... 7 Afs 72/2008

<sup>3</sup> Jak poukazuje Nejvyšší správní soud jde ve své podstatě o právem dovolené jednání. (Tamtéž)

<sup>4</sup> Srov. kapitolu 4.3 a polemiku, zda české pracovní právo tyto cíle efektivně naplňuje či nikoliv.

podnikatelů. Ve skutečnosti se však o ideál jednat nemusí. Je totiž nutné si uvědomit, že každého k tomu vedou jiné zájmy. Podniky k tomuto kroku vede zájem na snížení nákladů. Pracovníky k tomu pak vede zájem na větší volnosti a kontrole nad vlastním časem a nad vlastními výkony; případně rovněž možnost zvýšení vlastního zisku. A právě proti tomuto zájmu pracovníků stojí zájem podniků na maximalizaci zisku a jistotě tohoto zisku, které se snaží dosáhnout skrze efektivní kontrolu svých pracovníků, jejich výkonů a jejich času.

Právě z důvodu nevyjasněných zájmů a priorit mezi nimi se některé podniky mohou dostat do schizofrenní situace. V ní se snaží minimalizovat náklady tím, že práci ze zaměstnanců outsourcují na freelancery, avšak zároveň se snaží ponechat si i nadále stejnou míru kontroly nad těmito pracovníky, jejich časem a výkony, aby zajistili svůj druhý zájem spočívající v dosažení zisku. To vede k nesprávnému nastavení vztahů, které pak mohou být kvalifikovány právě jako zastřené zaměstnávání.

Se zastřeným zaměstnáváním jsou přitom spojena rizika. Tato rizika spočívají zejména ve veřejnoprávních sankcích, ovšem jsou zde i soukromoprávní rizika. Ve výsledku tedy podnik nedosáhne ani jeden ze svých zájmů, tedy ani minimalizaci nákladů ani maximalizaci zisku, neboť nesprávně uchopeným nástrojem outsourcingu práce na freelancery se realizovalo riziko zastřeného zaměstnávání. Podnik tak práci efektivně neoutsourcoval a ještě mu vznikla povinnost nést sankční následky zastřeného zaměstnávání.

Obdobným jevem, zejména u menších podniků, je pak jakási práce na zkoušku, tedy absolvování zkušební pracovní směny v rámci přijímacího řízení, aniž by byla uzavřena platná pracovní smlouva nebo dohoda o provedení práce či pracovní činnosti. Např. v kauze, která se dostala k řešení až před Ústavní soud pod sp. zn. I. ÚS 615/17, volil zaměstnavatel při výběru zaměstnanců taktiku, při které nechal uchazeče pracovat minimálně jednu směnu na zkoušku, aniž by se zaměstnancem uzavřel pracovní smlouvu či dohodu, nechal provést vstupní prohlídku a zaměstnance řádně proškolil především pak v oblasti BOZP. Teprve pokud se zaměstnanec osvědčil, byla s ním uzavřena pracovní smlouva, která byla antedatována. V případě, že se

neosvědčil, pracovní smlouva uzavřena nebyla, zřejmě však došlo ke zpětnému uzavření a antedatování dohody o provedení práce či pracovní činnosti.<sup>5</sup>

Podniky, které se k takovému řešení uchýlí, jsou vedeni především zájmem na výběru skutečně vhodného pracovníka. Takový zájem je samozřejmě plně legitimní. Zvolený způsob jeho zajištění již však nikoliv, neboť zákon takové jednání neaprobuje. Naopak hrozí, že obdobné jednání bude kvalifikováno jako zastřené zaměstnávání a takto bude i sankcionováno.

Přitom zákon na zajištění takového zájmu zaměstnavatele pamatuje, a to institutem zkušební doby ve smyslu § 35 Zákoníku práce. V rámci institutu zkušební doby samozřejmě dochází k vyvažování zájmu zaměstnavatele na výběru vhodného zaměstnance se zájmem zaměstnance na jistotu zaměstnání a ochranu při výkonu práce. Je tedy nezbytné uzavřít pracovní smlouvu, podstoupit vstupní lékařskou prohlídku u poskytovatele pracovně-lékařských služeb, provést registraci či oznámení u příslušné zdravotní pojišťovny a orgánu sociálního zabezpečení a dále zaměstnance proškolit v oblasti požární ochrany, BOZP a dalších oblastí relevantních pro danou pozici. S tímto zákonem předpokládaným nástrojem zajišťujícím zájem podniku na výběru vhodného pracovníka je tedy spojen vznik nákladů na straně podniku. K původnímu zájmu se tedy přidává další, opět legitimní,<sup>6</sup> zájem podniku na minimalizaci nákladů.

Právě kumulace těchto dvou zájmů na straně podniku<sup>7</sup> pak vede podniky k obcházení i zákonem předpokládaného nástroje v podobě zkušební doby a nalézání kreativních řešení typu práce na zkoušku. Jak je však řečeno výše, taková řešení nejsou českým řádem povolena. Naopak hrozí, že i tato řešení budou kvalifikována jako zastřené zaměstnávání, a tak budou i sankcionována.

## 1.2. Terminologie práce

První a základní dvojici pojmů tvoří pojmy *zaměstnanec* a *zaměstnavatel*. Zaměstnancem se ve smyslu § 6 Zákoníku práce rozumí fyzická osoba vykonávající závislou práci v základním

---

<sup>5</sup> Což bylo prokázáno pouze výpovědí zaměstnavatele.

<sup>6</sup> Ovšem ne vždy legitimně a legálně realizovaný.

<sup>7</sup> V některých případech se samozřejmě přidává i neznalost práva.



pracovněprávním vztahu. Pojem *zaměstnanec* je užíván i v jiných právních odvětvích, konkrétně v daňovém právu a právu sociálního zabezpečení. V těchto právních disciplínách má však tento pojem širší význam než v právu pracovním, a tato práce jej v tomto širším významu neužívá.<sup>8</sup> Zaměstnavatelem se pak rozumí, ve smyslu § 7 Zákoníku práce, osoba, pro kterou zaměstnanec vykonává závislou práci v základním pracovněprávním vztahu.

Tím se dostáváme k pojmům *závislá práce* a *základní pracovněprávní vztah*. Pojem *závislá práce* definuje § 2 Zákoníku práce jako práci, která je vykonávána (i) ve vztahu podřízenosti zaměstnance a nadřízenosti zaměstnavatele, (ii) jménem zaměstnavatele, (iii) podle pokynů zaměstnavatele, (iv) osobně zaměstnancem, (v) za mzdu, plat či jinou odměnu hrazenou zaměstnanci, (vi) na náklady zaměstnavatele, (vii) na odpovědnost zaměstnavatele, (viii) v předem dohodnuté pracovní době a (ix) na pracovišti zaměstnavatele či jiném jím určeném místě. Tato kritéria jsou kumulativní. Pojem *závislá práce* a jeho znaky podávající se ze zákonné definice § 2 Zákoníku práce jsou pak pro tuto práci zcela zásadní.

Nutno dodat, že skutečnými legálními definičními znaky Zákoník práce rozumí pouze znaky (i) až (iv), které jsou uvedeny v § 2 odst. 1 Zákoníku práce. Znaky (v) až (viii) jsou obsaženy v odst. 2 a jedná se o nutné podmínky výkonu závislé práce. Vyplývá tak z Důvodové zprávy k zákonu č. 365/2011 Sb., kterým byl Zákoník práce novelizován. V minulosti však některé tyto podmínky, např. odměna, byly jmenovány přímo jako definiční znaky závislé práce a do dnešního dne se jedná o podstatná kritéria indikující závislou práci, takže je vhodné jim zde věnovat pozornost jako znakům závislé práce.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Např. v daňovém právu je pojem *zaměstnanec* definován jako daňový poplatník mající příjmy ze závislé činnosti, kterými se ve smyslu § 6 odst. 1 Zákona o daních z příjmů, rozumí příjmy ze základního pracovněprávního vztahu, služebního, členského a obdobného poměru, funkčního požitku, práce člena družstva, společníka, komanditisty, orgánu právnické osoby a likvidátora. Všechny osoby v takovém postavení jsou tak považovány pro účely daně z příjmů za zaměstnance.

<sup>9</sup> K tomu viz např. Bělina, který úpravu rozlišující znaky a podmínky a vyčleňující některá kritéria pouze jako podmínky považuje za „*mírně řečeno problematickou*“ (BĚLINA, M. § 2 *Závislá práce*. In: BĚLINA, M. a kol. *Zákoník práce*. 3. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2019, s. 25).

S pojmem *závislá práce* pak ještě souvisí pojem *závislá činnost*. Tento pojem je užívaný v daňovém právu, kde se takovou činností rozumí kromě závislé práce vykonávané v základním pracovněprávním vztahu i práce vykonávané ve služebním, členském a obdobném poměru a dále práce člena družstva, společníka, komanditisty, orgánu právnické osoby a v tomto rozsahu i likvidátora.<sup>10</sup> Rozdíl oproti pojmu *závislá práce* je v zásadě dvojitý (i) pojem *závislá činnost* má širší význam a (ii) v případě pojmu *závislá činnost* do popředí vstupuje zájem na řádném odvodu daní. O obou pojmech však v zásadě platí, že (i) míří na odhalení zastřeného zaměstnávání a (ii) jejich zákonné znaky jsou dále rozvíjeny judikaturou, jurisprudencí a výkladovými stanovisky příslušných správních orgánů. Do jisté míry, s jistou dávkou opatrnosti a s vědomím, že *závislá činnost* může zahrnovat i činnost nikoliv kvalifikovatelnou jako *závislou práci*, jsou tak poznatky o znacích *závislé činnosti* přenositelné i na znaky *závislé práce*.

Závislá práce pak může být vykonávána jen a pouze v základním pracovněprávním vztahu.<sup>11</sup> Pojem *základní pracovněprávní vztah* má taktéž svoji zákonnou definici a to v § 3 Zákoníku práce, který stanoví, že základním pracovněprávním vztahem se rozumí (i) pracovní poměr a (ii) právní vztahy založené dohodami o pracích konaných mimo pracovní poměr. Právní vztahy založené dohodami o pracích konaných mimo pracovní poměr jsou vztahy vyplývající z (i) dohody o provedení práce a (ii) dohody o provedení pracovní činnosti.

Pojem *pracovní poměr* je definován v Zákoníku práce. Nejedná se sice o ucelenou zákonnou definici vtělenou do jediného ustanovení, avšak z definic předchozích pojmů se podává, že pracovní poměr je vztah mezi zaměstnancem a zaměstnavatelem, ve kterém zaměstnanec vykonává pro zaměstnavatele závislou práci. Poslední pojmový znak pracovního

---

<sup>10</sup> Tato definice vychází z § 6 odst. 1 Zákona o daních z příjmů; srov. pozn. č. 8.

<sup>11</sup> Stanoví tak § 3 Zákoníku práce, který zároveň stanoví, že zvláštní předpis může stanovit výjimku. Takovým zvláštním předpisem je zákon č. 234/2014 Sb., o státní službě, ve znění pozdějších předpisů a zákon č. 361/2003 Sb., o služebním poměru příslušníků bezpečnostních sborů, ve znění pozdějších předpisů. V případech upravených těmito předpisy tak dochází sice k výkonu závislé práce, avšak nikoliv v základním pracovněprávním vztahu, nýbrž ve služebním vztahu, který je svou povahou speciální. Proto § 6 a § 7 Zákoníku práce definují pojmy *zaměstnanec* a *zaměstnavatel* nejen skrze výkon závislé práce, ale i skrze její výkon v základním pracovněprávním vztahu; v případě služebního vztahu tak nelze hovořit o *zaměstnanci* a *zaměstnavateli* per se.

poměru, který jej odlišuje od ostatních základních pracovněprávních vztahů, je upraven v § 33 odst. 1 Zákoníku práce a je jím založení pracovního poměru pracovní smlouvou.<sup>12</sup> Pracovní smlouva má pak tři esenciální náležitosti, kterými jsou (i) druh práce, (ii) místo výkonu práce, (iii) den nástupu do práce.<sup>13</sup>

Český právní řád klade na pracovní smlouvu požadavek písemné formy.<sup>14</sup> To však automaticky neznamená, že při jejím nedodržení nebude pracovní smlouva platně uzavřena a nedojde ke vzniku pracovního poměru. S ohledem na ustanovení § 18, § 19 odst. 3 a § 20 Zákoníku práce totiž absence písemné formy pracovní smlouvy nemůže být zaměstnanci na újmu a není důvodem neplatnosti ústní či konkludentní pracovní smlouvy, pokud již plnění započalo. Pracovní smlouva je tedy uzavřena okamžikem, kdy se zaměstnanec a zaměstnavatel dohodnou na jejích třech esenciálních náležitostech, byť by se tak stalo ústně či konkludentně.<sup>15</sup> Ke sjednání těchto tří esenciálních náležitostí navíc může dojít i postupně.<sup>16</sup> Strany pak mají stejná práva a povinnosti jako v případě bezvadně založeného pracovního poměru.<sup>17</sup>

Pojmem, který souvisí s pojmem *pracovní poměr*, je pojem *faktický pracovní poměr*. Jedná se o judikaturou definovaný pojem, který nemá žádnou zákonnou definici. Na rozdíl od pracovního poměru se v případě faktického pracovního poměru nejedná o právní vztah, nýbrž o „*dílčí (právem neaprobovaný) faktický vztah, jehož vypořádání se řídí pracovněprávními*

---

<sup>12</sup> Kromě pracovní smlouvy připadá v úvahu dle § 33 Zákoníku práce i jmenování. Vzhledem k okruhu osob, u nichž je pracovní poměr založený jmenováním, v kombinaci s kontextem této práce, je tato problematika pro tuto práci v zásadě bez významu. I v případě založení pracovního poměru jmenováním se navíc jedná o smlouvu, byť *sui generis*, neboť právo souhlas jmenovaného (k tomu viz BĚLINA, M. § 33 *Vznik pracovního poměru*. In: BĚLINA, *Zákoník práce ...*, s. 200).

<sup>13</sup> § 34 odst. 1 Zákoníku práce

<sup>14</sup> § 34 odst. 2 Zákoníku práce

<sup>15</sup> Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 7. května 2003 sp. zn. 21 Cdo 2287/2002

<sup>16</sup> Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 11. dubna 2002 sp. zn. 21 Cdo 214/2001

<sup>17</sup> Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 24. března 2015 sp. zn. 21 Cdo 2444/2013

*předpisy*“.<sup>18</sup> Klíčem k pochopení tohoto pojmu je rozlišení tří základních situací: (i) uzavření bezvadné pracovní smlouvy, (ii) uzavření vadné pracovní smlouvy (tedy absentuje požadavek písemné formy buď zcela či pouze částečně, kdy některá ze tří esenciálních náležitostí pracovní smlouvy požadavek na písemnou formu nespĺňuje) a (iii) neuzavřeni pracovní smlouvy (tedy pracovní smlouva nebyla uzavřena ani v konkludentní podobě).<sup>19</sup> V případech ad (i) a (ii) vzniká pracovní poměr.<sup>20</sup> V případě ad (iii) pak vzniká faktický pracovní poměr.

V případě faktického pracovního poměru se strany nedohodly na všech třech esenciálních náležitostech pracovní smlouvy, a to ani v konkludentní podobě. Pracovní poměr tedy nemohl vzniknout, neboť ze své definice vzniká pouze na základě pracovní smlouvy. Vznikl tedy pouze faktický pracovní poměr jakožto faktický stav, který není aprobován právem. I takový vztah je však nutné vypořádat a tím v zásadě i normovat. Proto zde judikatura dospěla k závěru, že faktický pracovní poměr se vypořádává podle pracovněprávních předpisů, jinými slovy strany takového vztahu mají stejná práva a povinnosti jako strany pracovního poměru.<sup>21</sup>

V těchto souvislostech je nutné upozornit i na obecně používaný pojem *zaměstnání*. Tento pojem se vžil pro označení základních pracovněprávních vztahů, případně pro označení pracovního poměru. Z jazykové struktury pojmu se podává, že jde o vztah mezi zaměstnancem a zaměstnavatelem. S pojmem zaměstnání některé právní předpisy pracují, a to včetně Zákona o zaměstnanosti. Nikde jej však nedefinují jako samostatný právní pojem a z jejich nakládání s ním vyplývá, že tímto pojmem rozumí právě základní pracovněprávní vztah, resp. pracovní poměr. Nasvědčuje tomu např. i § 5a Zákona o zaměstnanosti, který sice o zaměstnání výslovně hovoří, avšak nedefinuje jej a pouze pod něj právní fikcí subsumuje vnitropodnikové převedení. Tato

---

<sup>18</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 10. srpna 2017 sp. zn. I. ÚS 615/17, k tomu srov. např. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 11. července 2016 sp. zn. 21 Cdo 5189/2015, rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 15. června 2010 sp. zn. 21 Cdo 2029/2009 či Nejvyšší soud ... 21 Cdo 2287/2002.

<sup>19</sup> Ústavní soud ... I. ÚS 615/17

<sup>20</sup> K tomu viz výše definici pojmu *pracovní poměr* a rozbor požadavku na formu pracovní smlouvy.

<sup>21</sup> Ústavní soud ... I. ÚS 615/17; v rovině veřejného práva se s tím také počítá, k tomu viz např. § 5 odst. 4 Zákona o důchodovém pojištění.

práce tento pojem tedy nijak zvlášť nepoužívá, pouze okrajově v obecném zde nastíněném smyslu.<sup>22</sup>

Dalšími pro tuto práci důležitými pojmy jsou pojmy *podnikatel a podnik*. Pojem podnikatel nachází svou legální definici v § 420 Občanského zákoníku. Podnikatelem se rozumí osoba, která vykonává (i) výdělečnou činnost, (ii) na vlastní odpovědnost, (iii) na vlastní účet, (iv) živnostenským nebo obdobným způsobem, (v) soustavně a (vi) za účelem dosažení zisku. Zákon pak stanoví (i) právní fikci, podle níž je podnikatelem osoba zapsaná v obchodním rejstříku, a (ii) vyvratitelnou právní domněnku, podle níž je podnikatelem osoba mající živnostenské nebo jiné obdobné oprávnění.<sup>23</sup> Podnikatelem pak může být právnická i fyzická osoba.

Pojem *podnik* je v této práci používán ve specifickém významu, který odhlíží od významu tohoto pojmu v jiných právních odvětvích, typicky např. právu hospodářské soutěže.<sup>24</sup> Tato práce pod pojmem *podnik* rozumí jakoukoliv osobu, právnickou i fyzickou, pro kterou je práce vykonávána a která za tímto účelem kontrahuje s pracovníkem. Ačkoliv se ve skutečném světě ve většině případů bude jednat o obchodní korporaci a podnikatele ve smyslu jeho legální definice, v praxi může takovou osobou být i tzv. nezisková organizace, soukromá fyzická osoba, stát, resp. organizační složka státu či municipalita. V některých případech půjde zároveň o zaměstnavatele, v jiných o objednatele ze smlouvy o dílo či příkazce ze smlouvy příkazního

---

<sup>22</sup> S výjimkou pojmu *zprostředkování zaměstnání*, který je chápán samostatně.

<sup>23</sup> § 421 Občanského zákoníku

<sup>24</sup> Soutěžní právo Evropské unie využívá ve své terminologii pojem *undertaking*, jemuž odpovídá český pojem *podnik*. Právo Evropské unie chápe pojem podnik, jako ekonomickou jednotku, která (i) vykonává hospodářskou činnost, (ii) má jednotně organizované osobní, hmotné i nehmotné složky, (iii) sleduje dlouhodobě ekonomický cíl, (iv) bez ohledu na právní formu či způsob financování, (v) třebas tvořená několika samostatnými osobami s právní subjektivitou a sama bez právní subjektivity. České právo pak používá již zmíněný termín soutěžitel, který je současnou českou judikaturou nahlížen euro-konformně. To znamená, že české soudy přijímají teorii ekonomické jednotky zavedenou v právu Evropské unie, takže v zásadě lze mezi pojem *soutěžitel* a pojem *podnik* postavit rovnítko. Více viz PETR, Michal. *Podniky, koncerny, dceřiné společnosti... kdo vlastně odpovídá za porušení soutěžního práva?* Antitrust, Sdružení Kairos. 2013, č. 2, nestránkováno.

typu. Proto je vhodné a účelné používat zde termín, který vystihuje všechny tyto kategorie, avšak není zatížen pouze ve prospěch jedné z těchto kategorií. Takovým termínem se jeví být termín podnik.<sup>25</sup>

S pojmem *podnik* pak souvisí pojem *zadavatel práce*. Tím se v této práci rozumí objednatel, zaměstnavatel či jakákoliv osoba, která jednoduše zadává práci jiné osobě. Jednoduše řečeno tedy podnik, který se nachází ve vztahu, v němž zadává práci jednotlivým pracovníkům. Pojem *zadavatel práce* je zde tedy používán v zásadě jako synonymum pojmu *podnik*, a to právě v případech, kdy má být vyzdvihnuta skutečnost, že podnik zadává práci pracovníkovi, aniž by byla tímto pojmem naznačována jakákoliv souvislost s pojmem *zadavatel* ve smyslu práva veřejných zakázek.<sup>26</sup>

V rámci v této práci zkoumaných vztahů pak jako protistrana podniku vystupuje pracovník. Pojem *pracovník* je tedy v této práci používán pro označení fyzické osoby vykonávající práci pro podnik, a to bez ohledu na právní povahu této práce a vztahu, v jakém je tato práce vykonávána. Jedná se tedy o pojem nadřazený pojmům *zaměstnanec*, *zhotovitel*, *dodavatel*, *příkazník*, *živnostník*, *freelancer* a podobným. Pojem *pracovník* je tak v této práci používán v širším smyslu, než jak jej používá právo Evropské unie.

Právo Evropské unie totiž používá pojem *pracovník* pouze v pracovněprávním, nikoliv i obchodněprávním, kontextu. Definice pojmu, jak jej užívá právo Evropské unie, je založena v čl. 45 SFEU, který v angličtině používá pojem „*worker*“. Ačkoliv tak není výslovně uvedeno, z kontextu celého čl. 45 SFEU vyplývá, že pracovníkem se rozumí fyzická osoba v pracovněprávním vztahu či ucházející se o pracovněprávní vztah. Tento výklad byl potvrzen judikaturou Soudního dvora Evropské unie, která dospěla k poměrně extenzivnímu výkladu,

---

<sup>25</sup> Kromě již popsané nevýhody využití tohoto termínu v soutěžním právu, skýtá tento termín rovněž tu nevýhodu, že je do jisté míry zatížen minulostí a jeho užitím v socialistickém právu. Od minulosti nezbývá než odhlédnout; současné užití v soutěžním právu může snad i napomoci, neboť i to zahrnuje vícero možných subjektů a entit určených na základě materiálních kritérií bez ohledu na formální vztahy.

<sup>26</sup> Srov. § 4 Zákona o zadávání veřejných zakázek.

který je širší než pojem *zaměstnanec* podle českého práva, ovšem je stále užší, než v jakém smyslu je pojem *pracovník* využíván v této práci.<sup>27</sup>

Pojem *freelancer* je pak užíván ve smyslu *živnostník*, tedy nezávislá fyzická osoba podnikající na základě živnostenského či obdobného oprávnění a vykonávající jinou než závislou práci pro podnik v jiném než základním pracovněprávním vztahu, typicky tedy ve vztahu dvou sobě si rovných podnikatelských subjektů. Již z jazykového vyjádření tohoto pojmu je patrný zájem takové osoby na nezávislosti (kořen slova *free*), který se dostává do střetu se zájmem podniku na kontrole nad prováděnou prací. Tento střet, respektive vypořádání se s ním v nastavení vzájemného vztahu, pak determinuje, zda podnik ponese či neponese rizika spojená se zastřeným zaměstnáváním.

Pod pojmem *outsourcing* pak tato práce rozumí jakoukoliv alokaci činnosti, práce či jakékoliv její části z podniku na freelancera či jiný podnik. Tento pojem tak zahrnuje i související pojem *subcontracting*. V ideálním případě je samozřejmě outsourcing proveden takovým způsobem, že jej nelze kvalifikovat jako zastřené zaměstnávání ani zastřené agenturní zaměstnávání.

V neposlední řadě je pak nezbytné definovat ústřední pojem této práce – *zastřené zaměstnávání*. Cesta k definici tohoto pojmu vede přes definici pojmu *nelegální práce*, jehož legální definice je obsažena v § 5 písm. e) Zákona o zaměstnanosti. Ten definuje nelegální práci

---

<sup>27</sup> Dle rozhodnutí ze dne 19. března 1964 sp. zn. 75/63 *Hoekstra* je pracovníkem osoba vykonávající zaměstnaneckou činnost. Přičemž může jít i o (i) pracovněprávní vztah na částečný úvazek (viz rozhodnutí ze dne 23. března 1982 sp. zn. 53/81 *Levin*) či dokonce zcela minimální úvazek (viz rozhodnutí ze dne 26. února 1992 sp. zn. C-357/89 *Raulin*, ve kterém byla servírka pracující v průměru pouze necelých 8 hodin měsíčně uznána jako pracovník ve smyslu čl. 45 SFEU), (ii) práci za naturální odměnu (viz rozhodnutí ze dne 5. října 1988 sp. zn. 196/87 *Steymann*), (iii) osobu hledající práci bez reálného příslibu konkrétní pozice (viz rozhodnutí ze dne 26. února 1991 sp. zn. C-292/89 *Antonissen*) či osobu, jejíž pracovněprávní vztah skončil a je schopna nalézt nový (viz rozhodnutí *Hoekstra*). Zda jde o pracovníka je dovozováno rovněž z toho, zda je vykonávaná práce na dané pozici součástí trhu práce (viz rozhodnutí ze dne 7. září 2004 sp. zn. C-456/02 *Trojani*) a zda není hlavním účelem něco jiného, než právě její výkon za účelem zisku (viz rozhodnutí ze dne 30. května 1989 sp. zn. 344/87 *Bettray*). Tomu pak v zásadě odpovídá i pojetí pojmu *pracovník* podle Evropské sociální charty.

jako (i) závislou práci vykonávanou mimo pracovněprávní vztah, nebo (ii) práci vykonávanou cizincem v rozporu s příslušnými povoleními či zcela bez příslušných povolení, nebo (iii) práci vykonávanou cizincem bez platného povolení k pobytu na území České republiky. Pojem *nelegální práce* je tedy pojmem nadřazeným pojmu *zastřené zaměstnávání*, které je pouze jednou variantou nelegální práce.

Zastřené zaměstnávání je tedy výkon závislé práce mimo základní pracovněprávní vztah.<sup>28</sup> Pojem *zastřené* je pak užíván ve smyslu zastřené právního jednání, jak je definováno § 555 odst. 2 Občanského zákoníku, který stanoví, že „[m]á-li být určitým právním jednáním zastřeno jiné právní jednání, posoudí se podle jeho pravé povahy“. Pojmem *zaměstnávání* se pak rozumí výkon závislé práce zaměstnancem. Jinými slovy jde tedy o základní pracovněprávní vztah, který se však tváří, ať už úmyslně či nikoliv, že základním pracovněprávním vztahem není. Někdy je též označováno termínem „švarcsystém“.<sup>29</sup>

### 1.3. Rizika zastřené zaměstnávání

Zastřené zaměstnávání s sebou přináší jistá rizika spočívající v sankcích za něj ukládaných a dalších jeho právních následcích. Jedná se jak o sankce veřejnoprávní, tak o sankce soukromoprávní. První a nejzřetelnější veřejnoprávní sankcí je pokuta ve výši 50.000,- Kč až 10.000.000,- Kč uložená podle § 140 odst. 4 písm. f) Zákona o zaměstnanosti. Zastřené zaměstnávání je totiž přestupek podle § 140 odst. 1 písm. c) Zákona o zaměstnanosti. Tohoto přestupku se dopouští podnik, který je právnickou osobou nebo fyzickou podnikající osobou, a jemu je ukládána i zmíněná sankce.

---

<sup>28</sup> Zde je nutné upozornit na zákonem aprobovanou výjimku služebního vztahu, viz pozn. č. 11.

<sup>29</sup> „Švarcsystém je ... smluvní systém ... kdy podnikatelé vykonávají svou podnikatelskou činnost, a to za pomoci jiných podnikatelů, ačkoliv by stejnou činnost (plnění běžných úkolů) mohly fyzické osoby (občané) u podnikatelů vykonávat v pracovním poměru dle zákoníku práce.“ GRUS, Zdeněk. *Švarcsystém v rozhodovací praxi a nový zákon o zaměstnanosti*. Právní rozhledy. 2005, č. 1, nestránkováno



Vzhledem k široce vymezené kategorii podniku dle této práce se může stát, že jím bude i fyzická nepodnikající osoba. I na tyto situace zákon do jisté míry pamatuje.<sup>30</sup> Na takovou osobu pak dopadá skutková podstata podle § 139 odst. 1 písm. c) Zákona o zaměstnanosti. Za tento přešůpek lze uložit sankci ve výši až 100.000,- Kč podle § 139 odst. 3 písm. c) Zákona o zaměstnanosti.

Nutno podotknout, že sankce ukládaná dle § 140 Zákona o zaměstnanosti právníckým osobám a fyzickým podnikajícím osobám, resp. její výše, prodělala v nedávné minulosti nikoliv nezajímavý vývoj.<sup>31</sup> Původně, v roce 2004, byla tato sankce vymezena pouze horní hranicí ve výši 2.000.000,- Kč.<sup>32</sup> Následně, v roce 2009, se horní hranice zvýšila na 5.000.000,- Kč; spodní hranice zůstávala dál nestanovená, efektivně tak byla nastavena na 0,- Kč.<sup>33</sup> Výraznou změnu přinesla novela provedená zákonem 367/2011 Sb., podle které se zvýšila horní hranice na 10.000.000,- Kč a především se pak nově stanovila spodní hranice ve výši 250.000,- Kč.<sup>34</sup> Stanovení tak vysoké spodní hranice bylo silně kritizováno.<sup>35</sup> Nakonec byla zrušena Ústavním soudem.<sup>36</sup> V reakci na to pak došlo k další novelizaci Zákona o zaměstnanosti a byla zavedena

---

<sup>30</sup> Do jisté míry proto, že zákon dále uváděnou skutkovou podstatu zřejmě stanoví i z dalších důvodů pro tuto práci nepřilíš relevantních.

<sup>31</sup> Následně je rozebírán pouze vývoj sankce ukládané právníckým osobám, nikoliv fyzickým osobám, neboť koncepce správního trestání ve sledované době prodělala také svůj vývoj, a to poměrně radikální, který vyvrcholil přijetím Zákona o odpovědnosti za přešůpky v roce 2016.

<sup>32</sup> § 140 odst. 3 písm. b) Zákona o zaměstnanosti ve znění účinném ke dni 1. října 2004

<sup>33</sup> § 140 odst. 4 písm. c) Zákona o zaměstnanosti ve znění účinném ke dni 1. ledna 2009

<sup>34</sup> § 140 odst. 4 písm. f) Zákona o zaměstnanosti ve znění účinném ke dni 1. ledna 2012

<sup>35</sup> Viz PICHRT, Jan, MORÁVEK, Jakub. *O lidové tvořivosti a sankcích za výkon nelegální práce*. Právní rozhledy. 2013, č. 3, nestránkováno, kde autoři poukazují na to, že příliš vysoká spodní hranice trestu se přilíš zásadám (správního) trestání, jako je individualizace trestu a subsidiarita trestní represe. Dále bylo poukazováno též na rozpor s účelem trestu a jeho likvidační povahu.

<sup>36</sup> Dle nálezu Ústavního soudu ze dne 9. září 2014 sp. zn. Pl. ÚS 52/13 je minimální výše pokuty 250.000,- Kč v rozporu s ústavním pořádkem, neboť neumožňuje řádnou individualizaci konkrétního případu, když takto vysokou minimální částkou omezuje příslušné správní orgány přihlédnout ke specifickým okolnostem, osobám pachatelů a jejich majetkovým poměrům, které mohou být takto nepřiměřeně intenzivně zasaženy. Byl tak shledán rozpor s čl. 1, čl. 4 odst. 4 a čl. 11 odst. 1 Listiny.

spodní hranice ve výši 50.000,- Kč.<sup>37</sup> Na ní se doposud právní úprava ohledně výše této sankce ustálila.<sup>38</sup>

Zastřené zaměstnávání má rovněž daňové implikace, neboť závislá práce je předmětem daně z příjmů fyzických osob.<sup>39</sup> Plátcem daní z příjmů ze závislé práce fyzických osob je zaměstnavatel,<sup>40</sup> který daň odvádí buď formou měsíčních záloh,<sup>41</sup> nebo specifickou srážkovou daní.<sup>42</sup> V případě zastřeného zaměstnávání pak hrozí ze strany finanční správy sankce. Podnik totiž tuto daň ve vztahu k určité činnosti vykonávané pracovníkem v zastřené obchodněprávním vztahu příslušným způsobem neodvádí, avšak příslušný finanční úřad dospěje k závěru, že se jedná o závislou činnost ve smyslu § 6 Zákona o daních z příjmů a je tedy povinnost ji odvádět. Konkrétně podniku na daňovém úseku hrozí povinnost uhradit (i) doměřenou daň,<sup>43</sup> (ii) úrok z prodlení za každý den prodlení od pátého pracovního dne po dni splatnosti ve výši repo sazby ČNB zvýšené o 14 % p. a.,<sup>44</sup> (iii) penále ve výši 20 % z doměřené částky daně,<sup>45</sup> (iv) pokutu za opožděné tvrzení daně ve výši až 300.000,- Kč,<sup>46</sup> a (v) pokutu za nesplnění nepeněžitě povinnosti ve výši až 500.000,- Kč.<sup>47</sup>

S tím pak souvisí sankce na úseku sociálního zabezpečení a zdravotního pojištění, neboť z odměny za závislou práci je kromě daně z příjmů nutné odvádět i tzv. povinné odvody. Na

---

<sup>37</sup> § 140 odst. 4 písm. f) Zákona o zaměstnanosti ve znění účinném ke dni 1. ledna 2015

<sup>38</sup> Více k vývoji problematiky výše pokuty za zastřené zaměstnávání dle Zákona o zaměstnanosti viz i PICHRT, Jan, MORÁVEK, Jakub. *Ještě jednou k sankcím za výkon nelegální práce*. Právní rozhledy. 2014, č. 21, nestránkováno.

<sup>39</sup> § 3 odst. 1 písm. a) ve spojení s § 6 Zákona o daních z příjmů

<sup>40</sup> § 6 odst. 2 ve spojení § 38c odst. 1 písm. a) Zákona o daních z příjmů

<sup>41</sup> § 38h Zákona o daních z příjmů

<sup>42</sup> § 6 odst. 4 Zákona o daních z příjmů

<sup>43</sup> § 143 Zákona o daních z příjmů

<sup>44</sup> § 252 Daňového řádu

<sup>45</sup> § 251 Daňového řádu

<sup>46</sup> § 250 Daňového řádu

<sup>47</sup> § 247a Daňového řádu; může jít např. o neplnění evidenční a oznamovací povinnosti, kterou má zaměstnavatel dle § 38j Zákona o daních z příjmů.

úseku zdravotního pojištění platí, že zaměstnavatel je plátcem pojistného na zdravotní pojištění zaměstnance,<sup>48</sup> přičemž ze dvou třetin je i poplatníkem pojistného na zdravotní pojištění zaměstnance.<sup>49</sup> Krom toho má zaměstnavatel s tím související evidenční a oznamovací povinnosti.<sup>50</sup> Na úseku zdravotního pojištění tak podniku hrozí povinnost uhradit (i) dlužné pojistné,<sup>51</sup> (ii) penále ve výši 0,05 % dlužného pojistného za každý kalendářní den,<sup>52</sup> (iii) pokutu za nesplnění evidenční a oznamovací povinnosti na úseku pojistného na zdravotní pojištění ve výši až 50.000,- Kč za každé jednotlivé porušení či nesplnění<sup>53</sup> a (iv) pokutu za nesplnění evidenční a oznamovací povinnosti na úseku zdravotního pojištění ve výši 100.000,- Kč<sup>54</sup> a v některých případech až 200.000,- Kč.<sup>55</sup>

Zaměstnavatel je dále poplatníkem části a zároveň plátcem celého pojistného na sociální zabezpečení,<sup>56</sup> které zahrnuje pojistné na důchodové pojištění, nemocenské pojištění a příspěvek na státní politiku zaměstnanosti.<sup>57</sup> Kromě povinnosti odvádět příslušné pojistné a příspěvek na státní politiku zaměstnanosti má zaměstnavatel související evidenční a oznamovací povinnosti.<sup>58</sup> Na úseku sociálního zabezpečení tak podniku hrozí povinnost uhradit (i) dlužné platby na pojistném na důchodové pojištění, nemocenské pojištění a příspěvku na státní politiku zaměstnanosti,<sup>59</sup> (ii) penále z neuhrazeného pojistného ve výši 0,05 % z dlužné částky za každý

---

<sup>48</sup> § 4 písm. b) Zákona o zdravotním pojištění ve spojení s § 5 odst. 1 Zákona o pojistném na zdravotní pojištění

<sup>49</sup> § 9 Zákona o zdravotním pojištění

<sup>50</sup> Např. § 10 odst. 1 Zákona o zdravotním pojištění či § 25 Zákona o pojistném na zdravotní pojištění

<sup>51</sup> § 15 odst. 1 Zákona o pojistném na zdravotní pojištění

<sup>52</sup> § 18 Zákona o pojistném na zdravotní pojištění

<sup>53</sup> § 26 Zákona o pojistném na zdravotní pojištění

<sup>54</sup> § 45 odst. 4 Zákona o zdravotním pojištění

<sup>55</sup> § 44 Zákona o zdravotním pojištění

<sup>56</sup> K otázce postavení poplatníka viz § 3 odst. 1 písm. a) a odst. 2 Zákona o pojistném na sociální zabezpečení; k otázce postavení plátce pak § 8 a násl. Zákona o pojistném na sociální zabezpečení.

<sup>57</sup> § 1 odst. 1 Zákona o pojistném na sociální zabezpečení

<sup>58</sup> V případě důchodového pojištění např. povinnosti dle § 35a a násl. Zákona o organizaci sociálního zabezpečení; v případě nemocenského pojištění např. povinnosti dle § 93 a násl. Zákona o nemocenském pojištění.

<sup>59</sup> Dle § 18 Zákona o pojistném na sociální zabezpečení lze dlužné pojistné předeplatit do 10 let ode dne splatnosti.

den,<sup>60</sup> (iii) pokutu za nesplnění evidenční a oznamovací povinnosti na úseku pojistného na sociální zabezpečení ve výši až 50.000,- Kč za každé jednotlivé porušení či nesplnění,<sup>61</sup> (iv) pokutu za nesplnění evidenční a oznamovací povinnosti na úseku důchodového pojištění ve výši až 20.000,- Kč, 50.000,- Kč a v některých případech až 300.000,- Kč,<sup>62</sup> (v) pokutu za nesplnění evidenční a oznamovací povinnosti na úseku nemocenského pojištění ve výši až 10.000,- Kč, 20.000,- Kč, 50.000,- Kč a v některých případech až 100.000,- Kč.<sup>63</sup>

Kromě veřejnoprávních sankcí pak podnik stíhá rovněž soukromoprávní sankce. Ta vyplývá z toho, že mezi stranami vztahu zastřené zaměstnávání, tedy podnikem a pracovníkem, vznikne pracovní poměr, nebo případně faktický pracovní poměr. Tento právní následek (sankce) zastřené zaměstnávání (hypotéza) se podává již ze samotné definice pojmu *zastřené zaměstnávání* uvedené výše, neboť zastřené zaměstnávání je zastřeným právním jednáním ve smyslu § 555 odst. 2 Občanského zákoníku, který normuje, že takové jednání je nutné posoudit podle jeho pravé povahy.

Jak v případě pracovního poměru, tak v případě faktického pracovního poměru, tedy bude mít podnik vůči pracovníkovi práva a povinnosti zaměstnavatele podle pracovněprávních předpisů. Nebude-li je podnik plnit, hrozí mu soukromoprávní sankce spočívající v tom, že pracovník na něm bude jejich plnění vymáhat soudní cestou. Typicky se v praxi jedná např. o náhradu škody za úraz utrpěný během výkonu práce, který je takto možné a nutné kvalifikovat jako pracovní úraz, či nároky na proplácení práce přesčas či dovolené. Zároveň za neplnění povinností zaměstnavatele hrozí podniku další veřejnoprávní sankce, a to v závislosti na

---

<sup>60</sup> § 20 Zákona o pojistném na sociální zabezpečení

<sup>61</sup> § 25d Zákona o pojistném na sociální zabezpečení; nutno dodat, že zde je i výjimka z režimu zdravotního pojištění a sociálního zabezpečení a tuto sankci lze uložit i za neodvedení pojistného ve specifických případech, kdy je zaměstnanec ve vězení či zabezpečovací detenci a zaměstnavatel příslušné věznici či ústavu neodvede pojistné (§ 25d odst. 1 písm. d) Zákona o pojistném na sociální zabezpečení).

<sup>62</sup> § 54 odst. 3 ve spojení s odst. 6 Zákona o organizaci sociálního zabezpečení

<sup>63</sup> § 131 Zákona o nemocenském pojištění

konkrétní nesplněné povinnosti a dosahující až 10.000.000,- Kč.<sup>64</sup> Tyto bude ukládat a vymáhat oblastní inspektorát práce, případně Státní úřad inspekce práce.<sup>65</sup>

Vztahem, který je možno kvalifikovat jako zastřené zaměstnávání, se tedy podnik nevyhne plnění povinností z pracovněprávních předpisů a nákladům s nimi spojenými. Navíc se vystavuje riziku sankcí ukládaných za neplnění těchto povinností a samotnou existenci zastřeného zaměstnávání, povinnosti doplacení daně z příjmů a povinných odvodů do systému zdravotního pojištění a sociálního zabezpečení a zároveň se vystavuje i riziku soukromoprávního vymáhání plnění jeho pracovněprávních povinností a riziku úhrady s tím souvisejících nákladů. Vyčísleno pak toto riziko může v extrémních případech dosahovat až výše nižších desítek milionů Kč<sup>66</sup> a v případě realizace může znamenat zásadní zhoršení cash flow podniku. To potom může přinést celou řadu dalších problémů a rizik. Je tedy nezbytné, aby byl podnik schopen rozeznat zastřené zaměstnávání a nastavil své vztahy s freelancery odpovídajícím způsobem eliminujícím zde zmíněná rizika.

---

<sup>64</sup> Viz část čtvrtá Zákona o inspekci práce, kdy nejvyšší pokuta v částce až 10.000.000,- Kč hrozí dle § 12 odst. 1 písm. b) ve spojení s odst. 2 písm. b) Zákona o inspekci práce v případě, že není uzavřena pracovní smlouva či příslušná dohoda; v jiných případech se pokuty pohybují v řádech sta tisíců a jednotek milionů. Vhodným příkladem je i situace, kdy podnik ve vztahu zastřeného zaměstnávání neposkytne pracovníkovi mzdu za práci přesčas, která by mu dle Zákoníku práce náležela, za což dle § 26 odst. 2 písm. b) Zákona o inspekci práce hrozí pokuta ve výši až 1.000.000,- Kč.

<sup>65</sup> § 35 Zákona o inspekci práce

<sup>66</sup> Samozřejmě v závislosti na (i) povaze a okolnostech zastření, které budou ovlivňovat výši příslušných veřejnoprávních sankcí (zda budou ukládány při horní hranici možné sazby, či spíše při spodní, která je v mnohých případech nulová), a (ii) výši odměny pracovníka, která bude ovlivňovat výši doplácené daně a povinných odvodů (případně i penále, které však může být za jistých okolností prominuto).

## 2. Znaky zastřeného zaměstnávání

Znaky zastřeného zaměstnávání se částečně překrývají se znaky závislé práce. Vyplývá to z logiky věci, kdy jako zastřené zaměstnávání je kvalifikován výkon závislé práce, který strany zastřely vztahem odlišným od základního pracovněprávního vztahu. Zastřené zaměstnávání tak ve skutečnosti naplňuje znaky závislé práce. Těmi jsou (i) osobní výkon práce pracovníkem, (ii) vztah podřízenosti a nadřízenosti, (iii) nutnost řídit se pokyny zadavatele práce, (iv) mzda, plat či jiná odměna, (v) výkon práce jménem zadavatele práce, (vi) nesení nákladů zadavatelem práce, (vii) odpovědnost zadavatele práce, (viii) předem dohodnutá pracovní doba a (ix) výkon práce na pracovišti zadavatele práce či jiném jím určeném místě.<sup>67</sup>

K tomu ostatně dospěl i Nejvyšší správní soud, podle kterého je nutné při zkoumání, zda se v případě určitého vztahu jedná o zastřené zaměstnávání či nikoliv, v zásadě posuzovat, zda jsou naplněny znaky závislé práce.<sup>68</sup> Pokud naplněny jsou, jedná se o závislou práci, a pokud tedy není takový vztah formálně ukotven do základního pracovněprávního vztahu, jedná se o zastřené zaměstnávání.<sup>69</sup> Na první pohled lze jednoduše uzavřít, že znaky zastřeného zaměstnávání jsou dva: (i) závislá práce rozpadající se na jednotlivé znaky jmenované v předchozím odstavci a (ii) formální ukotvení této závislé práce do vztahu odlišného od základního pracovněprávního vztahu.

To však neznamena, že zkoumání znaků zastřeného zaměstnávání lze redukovat na zkoumání prosté existence znaků závislé práce a absence základního pracovněprávního vztahu. Nelze si totiž nevšimnout, že znaky závislé práce nese mnohdy i nezávislá práce vykonávaná, naprosto oprávněně, tedy legitimně a legálně aniž by se jednalo o zastřené zaměstnávání, v jiném, typicky obchodněprávním, vztahu. Jde např. o znak osobního výkonu práce,<sup>70</sup> odměny

---

<sup>67</sup> Viz kapitola 1.2 definice pojmu závislá práce

<sup>68</sup> Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 13. února 2014 sp. zn. 6 Ads 46/2013

<sup>69</sup> Tamtéž

<sup>70</sup> Zaměstnanec i freelancer vykonávají ekonomickou činnost osobně.

obdržené za provedení práce,<sup>71</sup> určitou vázanost pokyny osoby zadávající práci,<sup>72</sup> místo plnění,<sup>73</sup> časové ujednání,<sup>74</sup> dokonce i znak nadřízenosti a podřízenosti či závislosti.<sup>75</sup>

Rozdíl spočívá v tom, v jaké podobě a intenzitě se tyto znaky objevují a jakým způsobem se kombinují. Všimá si toho i Nejvyšší správní soud, podle kterého mohou nastat situace, kdy jsou formálně naplněny všechny znaky závislé práce, přesto se o závislou práci nejedná.<sup>76</sup> Právě to může činit v praxi problém a způsobit, že si strany daného vztahu ani nejsou vědomy, že ve skutečnosti naplnily znaky závislé práce a o závislou práci se skutečně jedná, avšak strany ji neukotvily do normativně předepsaného právního vztahu, a tedy se dopustily zastřeného zaměstnávání.

Nejde tedy o pouhé naplnění určitých znaků, ale i o míru či intenzitu jejich naplnění a o to, jakým způsobem ovlivnily charakter určitého vztahu. Z tohoto důvodu nelze souhlasit s doporučením Mezinárodní organizace práce R198. V něm se doporučuje členským státům zavést právní domněnku, podle které by platilo, že je-li naplněn alespoň jeden relevantní znak závislé práce, jedná se o závislou práci a jde tedy o základní pracovněprávní vztah.<sup>77</sup> Zavedení takové domněnky by znamenalo, že celá řada právních vztahů odlišných od základního pracovněprávního vztahu by byla automaticky zákonem považována jako základní

---

<sup>71</sup> Zaměstnanec i freelancer vykonávají ekonomickou činnost za úplatu.

<sup>72</sup> Zaměstnanec i freelancer vykonávají ekonomickou činnost dle příkazů zadavatele práce. Absenci jakéhokoliv příkazu a vázanosti jím nelze požadovat, neboť minimálně základní příkaz k provedení určité činnosti, práce či díla je nezbytné iniciační právní a faktické jednání.

<sup>73</sup> Ve všech případech musí být nějakým způsobem určeno místo plnění, i kdyby se tak mělo stát konkludentně, jednostranně, nebo tak mělo vyplývat ze zákona či prosté povahy věci.

<sup>74</sup> Ve všech případech musí být nějakým způsobem určen čas plnění, potažmo doba trvání vztahu, i kdyby se tak mělo stát konkludentně, jednostranně, nebo tak mělo vyplývat ze zákona či prosté povahy věci.

<sup>75</sup> Absolutní rovnost a nezávislost je totiž v praxi iluzorní a nevyskytuje se ani ve vztahu dvou podnikajících právnických osob. Vždy bude jedna na druhé více či méně závislá, jedna druhé v určitých ohledech a pozicích podřízená, ačkoliv tyto pozice mohou alternovat a ve stejný okamžik mohou být obě v jednom ohledu podřízené té druhé a zároveň nadřízené v jiném ohledu.

<sup>76</sup> Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. července 2006 sp. zn. 2 Afs 173/2005

<sup>77</sup> Bod 11 International Labour Organization. *R198 – Employment Relationship Recommendation*. 2006 (No. 198)

pracovněprávní vztah a bylo by na tom, kdo se dovolává jejich odlišné právní povahy, aby tuto domněnku vyvrátil. A to za předpokladu, že by šlo o vyvratitelnou domněnku. Znění příslušného doporučení totiž jednoznačně nevylučuje ani výklad, podle kterého by se mohlo jednat o nevyvratitelnou domněnku či fikci. Lze se navíc domnívat, že správní orgány by rozhodovaly spíše přísným způsobem držícím se co nejvíce oné domněnky, což by mohlo vést k nárůstu počtu řízení před soudem, oddálení spravedlnosti a navýšení nákladů na straně pracovníků, podniků i státního aparátu.

Při posuzování charakteru zkoumaného vztahu je klíčová analýza osobní a ekonomické závislosti jeho subjektů, která do jisté míry vyplývá i ze zákonného definičního znaku podřízenosti.<sup>78</sup> Závislost potom i Nejvyšší správní soud akcentoval jako společný jmenovatel všech znaků závislé práce.<sup>79</sup> Dle Nejvyššího správního soudu právě tato osobní a ekonomická závislost pracovníka na zadavateli práce odlišuje závislou práci od jiných ekonomických aktivit.<sup>80</sup>

Tento závěr však nelze brát dogmaticky jako absolutně platné pravidlo. I podnikající osoby totiž mohou být a jsou na sobě navzájem závislé. V reálném životě a v reálných obchodních (i jiných) vztazích je absolutní rovnost a nezávislost nemožná. Vždy bude mít jedna strana v určitých ohledech převahu nad druhou a naopak; vždy se bude určitá, byť minimální, míra závislosti vyskytovat. Na druhou stranu lze souhlasit s tím, že v případě základního pracovněprávního vztahu je míra osobní i ekonomické závislosti obecně vzato vyšší než ve vztazích obchodních.<sup>81</sup> I v případě závislosti tedy nepostačí pouhé její konstatování, nýbrž je nutno posoudit i její intenzitu.

---

<sup>78</sup> § 2 odst. 1 Zákoníku práce

<sup>79</sup> „Společným rysem všech znaků závislé práce vymezených v § 2 odst. 1 zákoníku práce z roku 2006 je osobní či hospodářská závislost zaměstnance na zaměstnavateli.“ Nejvyšší správní soud ... 6 Ads 46/2013

<sup>80</sup> „Tyto znaky slouží k odlišení závislé práce od jiných ekonomických aktivit (zejména samostatného podnikání), ale také od aktivit jiného charakteru (zejména mezilidské výpomoci).“ Tamtéž

<sup>81</sup> Avšak opět ne vždy, a nikoliv nominálně. Při nominálním vyjádření totiž bude zpravidla vyšší míra závislosti právě u podnikajících osob, zejména ona ekonomická závislost, neboť tyto vztahy budou mít nominálně vyšší hodnotu, avšak pouze v některých případech bude reálná intenzita závislosti srovnatelná se vztahem



Z legálních definicí a judikатурních závěrů lze pak dovodit následující body či oblasti zájmu, které je nutné zkoumat při rozhodování, zda jsou naplněny znaky zastřeného zaměstnávání či nikoliv:<sup>82</sup> (1) vymezení plnění, (2) vázanost příkazy, (3) čas plnění, (4) místo plnění, (5) subjekt poskytující plnění, (6) způsob odměňování, (7) alokace rizika spojeného s plněním a (8) vůle stran. Všechny tyto body jsou podrobněji rozebírány dále s cílem zjistit, za jakých okolností indikují zastřené zaměstnávání. Proto je tato práce dále označuje termínem *indikátory*. Klíčové je zkoumat všechny tyto indikátory a posuzovat je v kontextu konkrétních individuálních okolností každého jednotlivého případu a v případě soudního řízení navíc provést i dostatečné dokazování.<sup>83</sup>

## 2.1. Vymezení plnění

Prvním indikátorem zastřeného zaměstnávání je vymezení plnění, které má pracovník podniku poskytnout. V případě závislé práce vykonávané v pracovním poměru je plnění vymezeno jako druh vykonávané práce.<sup>84</sup> Jde tedy o druhové vymezení plnění, které je ze své povahy poměrně obecné a široké. Může zahrnovat celou škálu konkrétních činností či výsledků, z nichž se tento druh práce skládá. Naproti tomu v případě obchodních kontraktů je plnění vymezeno spíše úžeji a konkrétněji. Například v případě smlouvy o dílo jako konkrétní výsledek určité činnosti, ve většině případů zachycený konkrétním způsobem.<sup>85</sup> Obdobně i v případě

---

zaměstnance a zaměstnavatele, který je ze své právní povahy vztahem exkluzivním a jeho existence významně omezuje možnosti jiné ekonomické činnosti zaměstnance.

<sup>82</sup> Nejvyšší správní soud je označuje jako okolností, konkrétně hovoří o „[okolnostech], z nichž lze usuzovat na vztah osobní či hospodářské závislosti“ Nejvyšší správní soud ... 6 Ads 46/2013. Úmyslně na tomto místě práce není jmenována závislost a podřízenost, jako jedna z těchto okolností. K této problematice se souhrnně vyjadřuje až samotný závěr celé práce v kapitole 4.1.

<sup>83</sup> Viz např. Nejvyšší správní soud ... 6 Ads 46/2013, kde Nejvyšší správní soud zrušil rozsudek krajského soudu z důvodu nedostatečného posouzení a dokazování zejména ve vztahu k indikátoru odměny.

<sup>84</sup> § 34 odst. 1 písm. a) Zákoníku práce; druh práce, jakožto plnění zaměstnance poskytované zaměstnavateli v pracovním poměru, je jednou z esenciálních náležitostí pracovní smlouvy.

<sup>85</sup> § 2587 Občanského zákoníku; výjimku mohou představovat díla s nehmotným výsledkem dle § 2631 a násl. Občanského zákoníku.

smluv příkazního typu jde o obstarání konkrétní záležitosti příkazce.<sup>86</sup> Plnění, které je vymezeno příliš obecně, neurčitě a je dáno spíše druhově než individuálně, tedy indikuje že se jedná o závislou práci.<sup>87</sup> V případě absence základního pracovněprávního vztahu mezi pracovníkem a podnikem se tedy může jednat o zastřené zaměstnávání.

Zásadním je v případě otázky vymezení plnění i to, zda je vymezeno jako jednorázové, opakované či soustavné. Soustavnost je totiž znakem závislé práce, přičemž tento znak se podává již z jazykového vyjádření zákonné definice, která využívá nedokonavý vid slovesa tvořícího přísudek této definice „je vykonávána“.<sup>88</sup> Na základě toho dochází judikatura k závěru, že soustavnost plnění indikuje závislou práci, a může tedy indikovat i zastřené zaměstnávání.<sup>89</sup> Obdobně praxe správních orgánů považuje dlouhodobé či soustavné závazky spíše za pracovněprávní.<sup>90</sup>

Typickým příkladem z rozhodovací praxe je rozsudek Krajského soudu v Ústí nad Labem ze dne 27. listopadu 2002 sp. zn. 15 Ca 219/2000. Zhotovitel, podnikající fyzická osoba, podnikal v oblasti elektro a vzduchotechniky. Jeho činnost spočívala zejména v montáži klimatizací. Tuto činnost pak zajišťoval podzhotoviteli, podnikajícími fyzickými osobami, na základě dlouhodobých smluv o spolupráci. Zakázky domlouval zhotovitel a jejich realizaci zajišťovali podzhotovitelé. Soud nakonec shledal, že se jednalo o zastřené zaměstnávání. Stěžejním důvodem přitom bylo právě vymezení plnění.<sup>91</sup> To bylo totiž, slovy výše nastíněného

---

<sup>86</sup> § 2430 Občanského zákoníku

<sup>87</sup> DZURILLA, Branislav. *Ve stínu „švarcsystému“: zapomenutý pojem „závislá činnost“*. Právní rozhledy. 2012, č. 21, nestránkováno

<sup>88</sup> § 2 odst. 1 Zákoníku práce; za zásadní znak závislé práce, či v daném kontextu činnosti, soustavnost označuje např. Nejvyšší správní soud ... 2 Afs 173/2005

<sup>89</sup> Nejvyšší správní soud ... 6 Ads 46/2013

<sup>90</sup> GRUS, *Švarcsystém v rozhodovací praxi ...* (nestránkováno)

<sup>91</sup> „Rozhodující rozlišovací znak však představuje ujednání o dlouhodobé spolupráci zmiňovaných fyzických osob se žalovaným při provádění zakázek, které svědčí o tom, že předmětem smluv o dlouhodobé spolupráci byl opakující se výkon práce, jež sloužil k plnění běžných úkolů vyplývajících z podnikatelské činnosti žalobce“  
Rozsudek Krajského soudu v Ústí nad Labem ze dne 27. listopadu 2002 sp. zn. 15 Ca 219/2000

obecného pravidla, vymezeno jako druhová opakující se soustavná a časově neohraničená činnost bez určení konkrétního výsledku.

Tento závěr je však problematický ze dvou důvodů. Za prvé, vychází z předchozí právní úpravy, podle které muselo být plnění běžných úkolů vyplývajících z podnikatelské činnosti podniku zajištěno primárně zaměstnanci, přičemž taková povinnost již neplatí. Tato povinnost vyplývala z § 1 odst. 6 Starého zákona o zaměstnanosti. Ten byl po přijetí Zákona o zaměstnanosti v určité obměně ponechávající prioritu základních pracovněprávních vztahů vtělen do § 13 Zákona o zaměstnanosti. K jeho zrušení došlo až společně s rekodifikací soukromého pracovního práva v roce 2006, tj. zrušením Starého zákoníku práce a přijetím Zákoníku práce. Toto pojetí bylo kritizováno jako příliš rigidní a bránící vývoji s argumentem, že „[z]ákoník práce, který by měl chránit nejenom zaměstnance, je pouze souborem povinností a omezení zaměstnavatelů a v mnoha ohledech je překážkou pro rozhybání a ozdravení pracovního trhu.“<sup>92</sup>

---

<sup>92</sup> GRUS, *Švarcsystém v rozhodovací praxi ...* (nestránkováno); v této souvislosti je nutné upozornit na ustanovení § 74 odst. 1 Zákoníku práce, který stanoví na první pohled podobnou povinnost slovy „Zaměstnavatel má zajišťovat plnění svých úkolů především zaměstnanci v pracovním poměru“. Je však nutné odmítnout veškeré názory podle kterých na základě tohoto ustanovení nadále platí povinnost podniku zajišťovat svou činnost primárně (či v případě běžné činnosti dokonce výlučně) zaměstnanci. Vyplývá tak již jazykového vyjádření a systematického zařazení předmětných ustanovení, kdy (i) § 74 odst. 1 Zákoníku práce hovoří o snaze zaměstnavatele zajišťovat plnění úkolů zaměstnavatele zaměstnanci především v pracovním poměru v kontextu úpravy dohod o pracích konaných mimo pracovní poměr, a (ii) § 13 Zákona o zaměstnanosti hovořil o povinnosti právnické nebo fyzické osoby zajišťovat plnění úkolů vyplývajících obecně z její podnikatelské (či jiné) činnosti zaměstnanci ve vztazích podle zákoníku práce v kontextu obecné úpravy práva na zaměstnání. Je tedy zřejmé, že § 13 Zákona o zaměstnanosti stanovil obecnou povinnost podniků zajišťovat výkon běžných úkolů vyplývajících z jejich činnosti (zejména podnikání) závislou prací vykonávanou zaměstnanci v základním pracovněprávním vztahu, a to z důvodu zabezpečení práva na zaměstnání jako takového. Jinými slovy, smyslem a účelem § 13 Zákona o zaměstnanosti bylo zakázat, aby výkon běžné, a tím pádem i veškeré, činnosti podniku byl zajišťován freelancery. Kdežto § 74 odst. 1 zákoníku práce upravuje pravidlo, podle kterého podnik, který se rozhodl svou činnost realizovat pomocí zaměstnanců vykonávajících pro něj závislou práci, má pro výkon závislé práce preferovat pracovní poměr oproti ostatním základním pracovněprávním vztahům, tedy oproti dohodám o pracích konaných mimo pracovní poměr, a to

Za druhé, dlouhodobost a soustavnost mohou být přítomny i v ryze obchodních vztazích. Typicky je tomu tak v případě dodávky určitého zboží (např. surového materiálu, který odběratel dále zpracovává) či služeb (úklidových, ostrahy či telekomunikačních). Rovněž úprava smluv příkazního typu umožňuje dlouhodobé a opakující se závazky spočívající ve výkonu určité činnosti, práce, kterou je obstarávána určitá dlouhodobá potřeba či záležitost příkazce.<sup>93</sup> Všímá si toho i Nejvyšší správní soud, který v rozsudku ze dne 15. ledna 2009 sp. zn. 7 Afs 72/2008 dospěl k závěru, že „trvajících“ vztah může vzniknout i mezi podnikateli. V daném případě přitom šlo o situaci, ve které podzhotovitelé, fyzické osoby, prováděly pro zhotovitele, rovněž fyzickou osobu, pravidelné práce na dobu neurčitou a fakturované v měsíčních intervalech. Na tomto názoru Nejvyšší správní soud setrvává i v jiných případech.<sup>94</sup> Tento názor Nejvyššího správního soudu potvrzuje i Ústavní soud, podle kterého není obecné vymezení plnění ani soustavnost a nepřetržitost v kontextu příkazní smlouvy nikterak vyloučena, naopak ji efektivita obchodních vztahů a ekonomická realita mnohdy vyžadují.<sup>95</sup>

---

z důvodu ochrany zaměstnance, neboť je mu v pracovním poměru poskytnuta vyšší míra ochrany a jistot. Jinými slovy, smyslem a účelem § 74 odst. 1 Zákonníku práce není zakázat, aby běžná či dokonce veškerá činnost podniku byla vykonávána freelancery, ale stanovit přednost pracovního poměru pro případ, že činnost podniku bude realizována skrze závislou práci zaměstnanců. Každé toto ustanovení má tedy odlišné adresáty, náplň i cíl. Potvrzuje to rovněž kontext samotných dotčených právních předpisů, jejich adresátů, obsahu a cílů, jakož i historický kontext pohledem principu rozumného zákonodárce, v němž by postrádalo smysl, aby v témže roce v zásadě tímž předpisem byla existující povinnost v jednom zákoně zrušena a v jiném zavedena.

<sup>93</sup> § 2430 a násl. Občanského zákoníku totiž neurčují žádné pravidlo, podle kterého by se muselo jednat o obstarání pouze jednorázové záležitosti, dlouhodobost a soustavnost nejsou vyloučeny, tedy jsou umožněny. V praxi se bude typicky jednat o zajišťování odborných činností jako je daňové či právní poradenství či účetnictví.

<sup>94</sup> Viz např. Nejvyšší správní soud ... 2 Afs 173/2005 či rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. srpna 2018 sp. zn. 2 Ads 25/2018, kde pracovník spolupracoval s podnikem zhruba 9 let na základě na sebe navazujících jednotlivých dohod.

<sup>95</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 31. srpna 2004 sp. zn. II. ÚS 69/03; Není bez zajímavosti, že Ústavní soud tímto nálezem zrušil jiné rozhodnutí téhož senátu Krajského soudu v Ústí nad Labem, který použil stejný argument soustavnosti jako v případě jeho rozsudku ve věci sp. zn. 15 Ca 219/2000, zde ovšem v kontextu mandátní smlouvy, nikoliv smlouvy o dílo.

Ani v případě smlouvy o dílo nepostačuje jednoduchá komparace s pracovním poměrem, kterou učinil krajský soud ve zkoumaném případě a na základě níž dospěl k závěru, že v případě smlouvy o dílo dokončením a předáním díla závazek končí, kdežto v případě pracovního poměru jde o opakující se soustavnou činnost. Samozřejmě platí, že (i) smyslem smlouvy o dílo je určitý výsledek, nikoliv činnost samotná,<sup>96</sup> (ii) dokončením a předáním díla je toto dílo provedeno<sup>97</sup> a (iii) provedením díla zaniká závazek zhotovitele.<sup>98</sup> Ovšem i v případě smlouvy o dílo se může jedna o dlouhodobý závazek sestávající se z řady dílčích činností a plnění, která jsou postupně předávána či pojata jako dílčí smlouvy o dílo zasazené do rámcové smlouvy. Typicky může jít např. o poskytování úklidových služeb<sup>99</sup> či agilní vývoj softwaru. V druhém jmenovaném případě dokonce nebude předem jasně definován ani výsledek, dílo samotné, tedy předmět plnění, který bude v počáteční fázi určen pouze obecně a teprve v průběhu vývoje se bude upřesňovat.<sup>100</sup> Tím se může smlouva o agilním vývoji přibližovat ještě více k pracovní smlouvě.

V duchu zásady legální licence vyjádřené slovy „*co není zakázáno, je povoleno*“<sup>101</sup> je tedy možné zajišťovat běžné úkoly vyplývající z podnikatelské činnosti i freelancery a vytvářet dlouhodobé, opakující se či dokonce soustavné dodavatelsko-odběratelské vztahy mezi podnikateli navzájem. Jednoznačný závěr z vymezení plnění tedy není možné učinit. I přesto však platí, že druhové či obecné vymezení předmětu, dlouhodobost a soustavnost jsou atributy

---

<sup>96</sup> § 2587 Občanského zákoníku; „*předmětem smlouvy o dílo je provedení díla, tj. nikoli činnost k provedení díla směřující, ale výsledek této činnosti*“ SIMON, Pavel. § 2430 *Základní ustanovení*. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055–3014)*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2014, s. 779

<sup>97</sup> § 2604 Občanského zákoníku

<sup>98</sup> § 1908 Občanského zákoníku; tedy minimálně závazek dílo provést, tedy dokončit a předat, trvat mohou závazky související, např. vznikající z práv z vad, smluvních pokut či závazek mlčenlivosti.

<sup>99</sup> Lze pojmut buď jako smlouvu příkazního typu, kdy obstarávanou záležitostí je úklid, či jako smlouvu o dílo, kterým je uklizený prostor. V případě dlouhodobě a opakovaně poskytovaných úklidových služeb lze pak uvažovat i o rámcové smlouvě o dílo, na základě které jsou uzavírány jednotlivé smlouvy o dílo na úklid konkrétních prostor v konkrétní čas.

<sup>100</sup> JANSÁ, Lukáš. *Právní aspekty agilního vývoje a dodání softwaru*. IT SYSTEMS. 2016, č. 7-8, nestránkováno

<sup>101</sup> Čl. 2 odst. 4 Ústavy a čl. 2 odst. 3 Listiny

typické pro závislou práci a pracovní poměr, a tedy indikují zastřené zaměstnávání. Obezřetnost při vymezení plnění je tedy na místě.

## 2.2. Vázanost příkazy

Velice důležitým indikátorem zastřeného zaměstnávání je otázka, do jaké míry je pracovník řízen příkazy zadavatele práce a do jaké míry je těmito příkazy vázán. Platí přímá úměra, že čím více příkazů a čím vyšší je jejich závaznost, tím spíše bude daný vztah závislou prací, a naopak čím menší vázanost příkazy, tím spíše půjde o vztah dvou podnikatelů.<sup>102</sup> Pokyny zadavatele práce a vázanost pracovníka těmito pokyny je totiž jeden ze základních zákonných pojmových znaků závislé práce.<sup>103</sup> Navíc je spojován s jiným zákonným znakem závislé práce, s podřízeností zaměstnance zaměstnavateli.<sup>104</sup>

Povinnost řízení se pokyny zadavatele práce má pak vliv i na to, zda pracovník koná práci samostatně, či nikoliv. Samostatnost pracovníka je pak zdůrazňována jako zásadní rozlišovací prvek mezi pracovním poměrem a smlouvou o dílo.<sup>105</sup> Z těchto důvodů praxe často dospívá k závěru, že je-li freelancer smluvně vázán řídit se pokyny zadavatele práce, jde o zastřené zaměstnávání.<sup>106</sup> Typickým příkladem je kauza řešená Nejvyšším správním soudem pod sp. zn. 5 Ads 208/2019, kde soud dospěl k závěru, že se jednalo o zastřené zaměstnávání mimo jiné i

---

<sup>102</sup> „Zaměstnanec také vykonává práci podle zaměstnavatelových pokynů – jestliže by plnil zadání samostatně a druhá strana by nebyla oprávněna mu průběžně zadávat jednotlivé úkoly a kontrolovat jejich plnění, jednalo by se spíše o vztah zadavatele zakázky a samostatného podnikatele, který ji pro něj plní.“ Nejvyšší správní soud ... 6 Ads 46/2013

<sup>103</sup> § 2 odst. 1 Zákoníku práce; za významný znak závislé práce jej označuje i Nejvyšší správní soud ... 2 Afs 173/2005.

<sup>104</sup> Srov. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 18. března 2014 sp. zn. 21 Cdo 1271/2013

<sup>105</sup> MAREK, Karel. *K nejčastěji uzavíraným smlouvám o činnostech*. Komorní listy. 2016, č. 2, nestránkováno; z logiky věci lze samostatnost chápat i jako znak smluv příkazního typu a jednu z jejich odlišností od pracovněprávních smluv.

<sup>106</sup> „Pokud se ve smlouvě uvádí, že se živnostník bude řídit pokyny objednatel, pak se opět i soudy přiklánějí k závěru, že smlouva je zastřený úkon pracovněprávní.“ GRUS, *Švarcsystém v rozhodovací praxi* ... (nestránkováno)

z toho důvodu, že pracovníci byli vázáni velmi podrobnými pokyny zadavatele práce ohledně výsledků práce i způsobu jejího provádění.<sup>107</sup>

Uvedený závěr praxe však nelze paušalizovat. Nelze říct, že pokud pracovník dostává pokyny k provedení práce, jimiž je vázán, či se k jejich dodržování smluvně zaváže, musí jít nutně o závislou práci, která musí být vykonávána v základním pracovněprávním vztahu. Vázanost příkazy objednatele totiž výslovně umožňuje i zákonná úprava smlouvy o dílo, a to nejen v případech, kdy je tak sjednáno, ale i tehdy plyne-li to ze zvyklostí.<sup>108</sup> Dokonce mohou nastat i situace, kdy nebude vázanost příkazy sjednána ani nebude vyplývat ze zvyklostí, přesto se bude muset zhotovitel jistými příkazy objednatele řídit. Půjde např. o situace, kdy zhotovitel neprovádí dílo řádně a v souladu se smlouvou<sup>109</sup> či má dílo vady, které je nutné napravit.<sup>110</sup>

Obdobně je tomu i v případě dalšího smluvního typu příbuzného pracovnímu poměru – příkazní smlouvy. Zde je kladen dokonce ještě větší důraz na vázanost příkazníka pokyny příkazce. Příkazník je jimi totiž obecně vázán bez dalšího a odchýlit se od nich může pouze je-li to nezbytné v zájmu příkazce a nelze-li zároveň obdržet včas nový pokyn či souhlas s odchýlením se od původního pokynu.<sup>111</sup> Toto pravidlo pak rezonuje i v ostatních závazcích příkazního typu.<sup>112</sup>

Přitom i tohoto si je rozhodovací praxe vědoma. V některých případech tudíž dospívá k závěru odlišnému od výše prezentovaného závěru. Tedy že vázanost pokyny zadavatele práce je kromě základního pracovněprávního vztahu rovněž znakem jiných smluvních typů, např. smlouvy o dílo.<sup>113</sup> Existence povinnosti být vázán pokyny zadavatele práce tedy sama o sobě nestačí k závěru o zastřeném zaměstnávání.<sup>114</sup>

---

<sup>107</sup> Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. června 2020 sp. zn. 5 Ads 208/2019

<sup>108</sup> § 2592 Občanského zákoníku

<sup>109</sup> § 2593 Občanského zákoníku

<sup>110</sup> § 2615 a násl. Občanského zákoníku

<sup>111</sup> § 2432 odst. 1 Občanského zákoníku

<sup>112</sup> Např. v případě komisionářské smlouvy v § 2457 Občanského zákoníku

<sup>113</sup> Krajský soud v Ústí nad Labem ... 15 Ca 219/2000

<sup>114</sup> Tamtéž

Obdobný osud stíhá i problematiku přidělování práce. V případě závislé práce platí, že práci přiděluje zaměstnavatel.<sup>115</sup> V zásadě nejde o nic jiného než o pokyn, kterým je specifikována práce, kterou má zaměstnanec konat. Totéž lze však opět říct i o smlouvě o dílo, kde objednatel specifikuje dílo a tím ve své podstatě přiděluje zhotoviteli práci nezbytnou pro jeho vykonání. Rovněž tak platí i o smlouvě příkazní, kde příkazce specifikuje záležitost, která má být obstarána, a tím ve své podstatě přiděluje příkazníkovi práci nezbytnou pro vykonání příkazu. Ani zde tedy nelze vyslovit generalizující závěr, že je-li práce přidělována určitou osobou jiné osobě, jde o nutně o závislou práci a potenciálně tedy i o zastřené zaměstnávání.

Je nutné připomenout, že stejně tak, jako pokyny zaměstnavatele nemusí být písemné, ani specifikace díla či příkazu nemusí být písemná, nýbrž může být ústní. V úvahu připadá i situace, kdy dílo je vymezeno nejprve pouze obecně v písemné smlouvě a následně konkretizováno ústně, přičemž taková ústní konkretizace není ve své podstatě pokynem z pozice nadřízenosti, nýbrž jde o specifickou formu kontraktace. Zhotovitel tak není vázán pokynem objednatele proto, že je mu podřízen, nýbrž proto, že jde o rozvedení již existující dohody mezi zhotovitelem a objednatelem.<sup>116</sup>

Obdobně jako hypotézu a dispozici právní normy doplňuje její sankce<sup>117</sup> i závazný příkaz musí jít ruku v ruce s kontrolní a disciplinární pravomocí zadavatele takového příkazu. Právě tím je totiž zajištěna závaznost příkazu a možnost jeho vynucení. Zaměstnavatel kontroluje zaměstnance a jejich práci, tedy i plnění závazných pokynů, primárně pomocí vedoucích zaměstnanců.<sup>118</sup> Kontroluje nejen výkon práce, ale i s tím související povinnosti zaměstnance, jako je např. dodržování pravidel BOZP,<sup>119</sup> režimu dočasně práce neschopného zaměstnance,<sup>120</sup>

---

<sup>115</sup> § 38 odst. 1 písm. a) Zákoníku práce

<sup>116</sup> K tomu dospěl Nejvyšší správní soud ... 2 Afs 173/2005, kde předmětem plnění dohodnutým ve smlouvě byly sázeční práce v lese a teprve na místě byl specifikován druh stromku, počet sazeniček a přesné místo jejich umístění. Dle správce daně šlo o příkazy nadřízené osoby a tedy zastřené zaměstnávání, avšak Nejvyšší správní soud uzavřel, že jde o smlouvu o dílo pouze se specifickým způsobem kontraktace.

<sup>117</sup> Viz např. GERLOCH, Aleš. *Teorie práva*. 5., upr. vyd. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009, s. 36–37

<sup>118</sup> § 11 ve spojení s § 302 Zákoníku práce

<sup>119</sup> § 103 odst. 2 Zákoníku práce



za jistých okolností i věci vnášené a vynášené zaměstnanci<sup>121</sup> či používání pracovních prostředků včetně telekomunikačních zařízení.<sup>122</sup> Vnitřní předpis pak může nastavit konkrétní postupy a disciplinární opatření.<sup>123</sup> V nejzávažnějších případech pak může zaměstnavatel přistoupit i k výpovědi pracovního poměru<sup>124</sup> či k jeho okamžitému zrušení.<sup>125</sup>

V případě smlouvy o dílo má objednatel rovněž možnost provádění díla kontrolovat. Zjistí-li, že zhotovitel porušuje svoji povinnost, konkrétně např. právě povinnost postupovat v souladu se závazným pokynem objednatele, má objednatel možnost požadovat nápravu.<sup>126</sup> Nebude-li náprava sjednána, tedy nedojde-li k dodržení pokynu objednatele, může objednatel v krajním případě i odstoupit od smlouvy.<sup>127</sup>

Obdobný mechanismus je sjednáván i v příkazních smlouvách, kde to zákon rovněž nevyklučuje, ačkoliv se s tím vysloveně nepočítá, neboť příkazce může příkaz odvolat bez udání důvodu.<sup>128</sup> Obecně je pak v praxi ve smlouvách uzavíraných mezi podnikateli sankce za nesplnění závazného příkazu představována **(i)** smluvní pokutou<sup>129</sup> a **(ii)** v krajních případech možností smlouvu vypovědět. Nelze tedy paušalizovat a uzavřít, že je-li možno plnění

---

<sup>120</sup> § 192 odst. 6 Zákoníku práce

<sup>121</sup> § 248 odst. 2 Zákoníku práce

<sup>122</sup> § 316 Zákoníku práce

<sup>123</sup> § 305 Zákoníku práce

<sup>124</sup> V případě nedodržování pokynů připadá v úvahu výpověď z důvodů podle § 52 písm. f), g) nebo h) Zákoníku práce.

<sup>125</sup> § 55 Zákoníku práce; v případě, že se zaměstnanec nachází ještě ve zkušební lhůtě, pak samozřejmě zrušení pracovního poměru dle § 66 Zákoníku práce.

<sup>126</sup> § 2593 Občanského zákoníku

<sup>127</sup> § 2593 věta druhá Občanského zákoníku; není výjimkou, že obdobné mechanismy stanoví i strany samy ve smlouvě o dílo, což zákon to nezakazuje.

<sup>128</sup> Doslova „dle libosti“ § 2443 Občanského zákoníku

<sup>129</sup> Lze tak uvažovat o tom, že sankční mechanismy v případě obchodních závazků jsou dokonce silnější a ostřejší než v případě základních pracovněprávních vztahů, neboť zaměstnavatel tuto možnost, tedy uložit zaměstnanci pokutu, v zásadě nemá (§ 346b odst. 1 Zákoníku práce) až na výjimky explicitně stanovené zákonem (§ 346d odst. 7 Zákoníku práce ve spojení s § 310 Zákoníku práce).

závazného pokynu kontrolovat a jeho nesplnění sankcionovat, jde o závislou práci, a tudíž potenciálně o zastřené zaměstnávání.

Navíc je nutné pamatovat na skutečnost, že v praxi se rozdíly ještě dále stírají díky vlastnostem konkrétních pracovníků. Lze si jistě představit a v praxi se jistě lze setkat s poměrně nesamostatnou podnikající fyzickou osobou v obchodním vztahu, která však bude bez příslušných pokynů bezradná. Na druhé straně si lze představit a v praxi se lze setkat se zcela samostatným zaměstnancem, kterému nebude nutné udílet žádné konkrétní pokyny, neboť své práci dostatečně rozumí a je proaktivní. V některých případech, typicky u vedoucích zaměstnanců, bude taková samostatnost dokonce vyžadována i v pracovní smlouvě a použitelných vnitřních předpisech.

Rozdíl základního pracovněprávního poměru a jiných (obchodněprávních) smluvních typů v oblasti vázanosti příkazy zadavatele práce lze spatřovat v příkazech týkajících se BOZP. Zaměstnanci ze zákona vyplývá poměrně zásadní povinnost řídit se pokyny a příkazy zaměstnavatele nejen ohledně práce (tedy plnění předmětu pracovní smlouvy *per se*), ale i věci s tím souvisejících jako jsou právě pokyny a příkazy ohledně BOZP.<sup>130</sup> Zaměstnavateli naproti tomu vyplývá ze zákona povinnost takové pokyny a příkazy udílet.<sup>131</sup> Jinými slovy, zaměstnanec se musí řídit pokyny a příkazy, které mu vyplývají z toho, že riziko je alokováno na zaměstnavatele.<sup>132</sup> To u obchodních vztahů do značné míry absentuje.<sup>133</sup>

V úvodu této kapitoly vyslovená hypotéza, že vázanost příkazy zadavatele práce indikuje zastřené zaměstnávání, tedy platí, neboť jde o zásadní znak závislé práce. Tento závěr ovšem nelze paušalizovat. Samotná vázanost příkazy zadavatele práce totiž nestačí, protože kromě základního pracovněprávního vztahu může být znakem jiného smluvního typu v rámci běžného obchodního vztahu.

---

<sup>130</sup> Viz např. § 106 Zákoníku práce

<sup>131</sup> Viz např. § 101 až § 103 Zákoníku práce

<sup>132</sup> Srov. kapitolu 2.7.2.

<sup>133</sup> Avšak nikoliv zcela, srov. kapitolu 2.7.2.

### 2.3. Čas plnění

Pracovní dobu a začátek a konec směn rozvrhuje zaměstnavatel, přičemž zaměstnanec je povinen být po dobu směny na svém pracovišti.<sup>134</sup> Toto pravidlo je promítnutím základní zákonné podmínky výkonu závislé práce, podle které je závislá práce vykonávána v pracovní době.<sup>135</sup> V minulosti se jednalo dokonce o zákonný pojmový znak závislé práce.<sup>136</sup> Nicméně i v kontextu současné úpravy jde o nutnost, takže bez ohledu na teoretické pojetí je efekt totožný<sup>137</sup> – práci vykonává zaměstnanec v pracovní době, kterou mu určuje zaměstnavatel. Zaměstnavatel zaměstnanci rovněž určuje přestávky na oddech<sup>138</sup> a správným rozvržením směn i dobu odpočinku.<sup>139</sup> Zaměstnavatel má tak kontrolu nad časem zaměstnance, přičemž v zásadě jde i o jistou formu kontroly nad volným časem zaměstnance, neboť ten je vymezen jako čas odlišný od pracovní doby.<sup>140</sup>

V případě závislé práce je tedy čas plnění určován zaměstnavatelem jako určité časové období v průběhu dne a týdne dle hodin, což je způsob natolik zažitý, že jej za svůj bere i Zákoník práce.<sup>141</sup> Je proto naprosto nevhodné stanovit při vztahu dvou podnikatelů čas plnění způsobem srovnatelným s rozvržením pracovní doby zaměstnance. Jinými slovy stanovit pracovní dobu, v níž má (a pouze v níž může) být poskytováno plnění, a povinnost pracovníka být v daný čas k dispozici; případně ji vymežit hodinami, či dokonce maximální možnou denní či týdenní délkou shodnou s maximální možnou denní či týdenní délkou pracovní doby

---

<sup>134</sup> § 81 Zákoníku práce

<sup>135</sup> § 2 odst. 2 Zákoníku práce

<sup>136</sup> § 2 odst. 4 Zákoníku práce ve znění účinném od 1. ledna 2007 do 31. prosince 2011

<sup>137</sup> Srov. pozn. č. 9.

<sup>138</sup> § 88 a § 89 Zákoníku práce

<sup>139</sup> § 90 a násl. Zákoníku práce

<sup>140</sup> Např. právě z této kontroly nad časem zaměstnance lze dovozovat znak podřízenosti a znak osobní závislosti. K tomu viz kapitola 4.1.

<sup>141</sup> Např. dle § 79 odst. 1 Zákoníku práce činí týdenní pracovní doba 40 hodin týdně, přičemž dle § 83 Zákoníku práce nesmí délka směny přesáhnout 12 hodin.

zaměstnance. Jde totiž o typický prvek závislé práce, který může být indikátorem zastřeného zaměstnávání.

Např. v kauze řešené Nejvyšším správním soudem pod sp. zn. 2 Afs 173/2005 hrála poměrně podstatnou roli ta skutečnost, že tento indikátor přítomen nebyl; zadavatel práce neurčoval rozvržení pracovní doby ani přestávek, a tedy nebyl naplněn tento znak závislé práce.<sup>142</sup> Naopak v kauze řešené tímž soudem pod sp. zn. 5 Ads 208/2019 docházelo k výkonu práce v čas určený a rozvržený podnikem, přičemž podnik docházku pracovníků rovněž kontroloval a finančně je motivoval k řádné docházce. Nejvyšší správní soud zde dospěl k závěru, že se jednalo o typický příklad zastřeného zaměstnávání.<sup>143</sup>

Může se však stát, že vymezení pracovní doby (alespoň v nějaké základní podobě) bude nezbytné i v případě vztahu dvou podnikatelů. Typicky například při provádění hlučných prací. V takovém případě je nutné stanovení pracovní doby řádně odůvodnit. Lze-li přitom daného cíle (např. ochrana před nadměrným hlukem) dosáhnout jinými dostupnými způsoby (např. použití vhodnější technologie, která je běžně dostupná), než vymezením pracovní doby, pak bude na místě využít spíše tento jiný způsob. Zároveň by i v takových odůvodněných případech měla být pracovní doba vymežována spíše jen pro dílčí části plnění, u nichž je to nezbytně potřeba. Bude-li vymezena pro plnění jako celek,<sup>144</sup> lze se domnívat, že nároky na zdůvodnění budou násobně vyšší.

Na druhou stranu, i dílo či příkaz je nutné vykonat v určenou dobu.<sup>145</sup> Všimá si toho i rozhodovací praxe soudů. V již odkazovaném případě řešeném krajským soudem v Ústí nad Labem pod sp. zn. 15 Ca 219/2000 šlo skutkově o situaci, ve které podzhotovitelé konali práci pro generálního zhotovitele v jím určené době a v jím stanovených termínech.<sup>146</sup> Soud konstatoval, že toto je sice znakem závislé práce, ovšem zároveň se jedná rovněž o znak, který

---

<sup>142</sup> Nejvyšší správní soud ... 2 Afs 173/2005

<sup>143</sup> Nejvyšší správní soud ... 5 Ads 208/2019

<sup>144</sup> I taková potřeba může v praxi vyvstat.

<sup>145</sup> K dílu viz § 2590 odst. 1 Občanského zákoníku, k příkazu viz § 1958 ve spojení s § 2432 Občanského zákoníku.

<sup>146</sup> Nutno dodat, že tyto se odvíjeli od požadavků objednatele.

může být přítomen i v jiných smluvních typech, konkrétně např. smlouvě o dílo. Z toho soud odvodil, že nelze učinit závěr o zastřené zaměstnávání pouze na základě konání práce v určitou dobu.

Obdobně rozhodl Nejvyšší správní soud v případě řešeném pod sp. zn. 2 Ads 25/2018. Jednalo se o situaci, kdy pracovník prováděl zednické a stavební práce v pevné pracovní době určené generálním zhotovitelem stavby. Nejvyšší správní soud na rozdíl od příslušného krajského soudu a inspektorátu práce dospěl k závěru, že se nejedná o zastřené zaměstnávání.<sup>147</sup> Nejvyšší správní soud v takových případech uvádí, že podnikající fyzická osoba má jednoduše stejný časový fond jako zaměstnanec a obdobně jej i využívá.<sup>148</sup> Jde jednoduše o realitu danou plynutím času a skutečností, že práci zajišťuje v obou případech jedna fyzická osoba v rámci určité časové jednotky.

Výše uvedený závěr o nevhodnosti vymezení pracovní doby pro freelancery a v případě, že je to nutné o potřebě zdůvodnění takového vymezení, je nicméně platný. Pouze není možné jej paušalizovat. Jedná se tedy opět o indikátor zastřené zaměstnávání. Jeho přítomnost zákon nijak nezakazuje ani u jiných, tedy obchodněprávních smluvních vztahů, avšak výslovně ji předepisuje pro pracovněprávní vztahy.

#### **2.4. Místo plnění**

Jednou z nezbytných zákonných podmínek výkonu závislé práce je, že je tato vykonávána na pracovišti zadavatele práce, případně jiném dohodnutém místě.<sup>149</sup> I v tomto případě se, stejně jako v případě času plnění, jednalo dříve o zákonný pojmový znak závislé práce.<sup>150</sup> I v tomto případě je však bez ohledu na teoretické ukotvení efekt stejný<sup>151</sup> – závislá práce musí být vykonávána na pracovišti zadavatele práce, případně na jiném dohodnutém místě, a je-li tento

---

<sup>147</sup> Nejvyšší správní soud ... 2 Ads 25/2018

<sup>148</sup> Nejvyšší správní soud ... 7 Afs 72/2008

<sup>149</sup> § 2 odst. 2 Zákoníku práce.

<sup>150</sup> § 2 odst. 4 Zákoníku práce ve znění účinném od 1. ledna 2007 do 31. prosince 2011

<sup>151</sup> Srov. pozn. č. 9.

prvek ve zkoumaném vztahu přítomen, pak je jím indikována závislá práce a potažmo i zastřené zaměstnávání.

Tato základní podmínka výkonu závislé práce se následně promítá do celého vztahu zaměstnance a zaměstnavatele a určuje jejich vzájemná práva a povinnosti. Od pracoviště se tak například odvíjí poskytování cestovních náhrad.<sup>152</sup> Nemožnost vykonávat na specifickém pracovišti nadále práci z důvodu ochrany zdraví je dokonce výpovědním důvodem.<sup>153</sup> Zaměstnanec má povinnost být během pracovní doby na pracovišti, být zde připraven k práci a odcházet odtud až po skončení směny.<sup>154</sup>

Problém tohoto indikátoru je samozřejmě v tom, že i v případě jiných smluvních typů je nutné plnění poskytovat v určitém místě. Jsou jistě mnohé případy, práce a plnění, u nichž na místě plnění příliš nezáleží a nemusí být tedy ani předem dohodnuto. Příkladem mohou být IT služby, marketingové, PR či jiné kreativní služby, ovšem i tradičnější odvětví jako je poskytování právních služeb mohou být v tomto ohledu flexibilnější, než je tomu v současné praxi. Zároveň jsou však i mnohé případy, kdy je nutné místo plnění předem určit, neboť se plnění váže právě na toto místo. Typicky tomu tak je v případě stavebních prací, úklidu či ostrahy. Místo plnění v těchto případech také určuje zadavatel práce, např. objednatel.

Rozdíl může spočívat v tom, že se v případě jiných smluvních typů nebude nutně jednat o standardní pracoviště zadavatele práce. Ovšem ne vždy, neboť zákon to nevylučuje a realita naopak může vyžadovat, aby plnění z obchodněprávního závazku bylo také poskytnuto na standardním pracovišti zadavatele práce. Může tomu tak být v situaci, kdy má externí odborník poskytnout na standardním pracovišti podnikatele např. servis výrobní technologie, analýzu výrobního procesu za účelem jeho zefektivnění, provést stavební či montážní práce, nebo úklidové práce či ostrahu majetku.

Indikátor spočívající v tom, že pracovník má předem určené místo výkonu práce zadavatelem práce, případně ještě navíc na jeho standardním pracovišti, tedy nestačí sám o sobě k závěru o zastřeném zaměstnávání. Svůj význam přesto má, neboť jde stále o znak závislé

---

<sup>152</sup> § 34a Zákoníku práce

<sup>153</sup> § 52 písm. d) Zákoníku práce

<sup>154</sup> § 78 odst. 1 písm. a) ve spojení s § 81 odst. 3 ve spojení s § 85 odst. 2 Zákoníku práce

práce. Jeho význam je pak markantně zesílen, pokud (i) za místo výkonu práce zadavatel práce zároveň i odpovídá a (ii) pracovník je vázán pokyny zadavatele práce ohledně chování se v místě práce, neboť jde o dva další s tím související znaky závislé práce, a tedy indikátory zastřeného zaměstnávání.<sup>155</sup>

## 2.5. Subjekt poskytující plnění

Indikátorem zastřeného zaměstnávání je i subjekt poskytující plnění – tedy pracovník jako takový. V tomto případě je nutné ptát se velmi jednoduše po tom, kdo dané plnění poskytuje. Předně je důležité zkoumat, zda plnění poskytuje pracovník, s nímž podnik za tímto účelem kontrahoval, či třetí osoba. Dále je nutné se zaměřit také na strukturu pracovníků a její vývoj v čase. V neposlední řadě i na exkluzivitu pracovníků. Cílem je samozřejmě určení, zda je pracovník zaměstnancem či freelancerem a rozklíčování zásadních vlastností daného pracovníka a jeho vztahu s podnikem, které by mohly indikovat zastřené zaměstnávání.

Jistým pomocným kritériem pak může být i prostý dojem, jaký vztah pracovníka a podniku budí navenek. Tedy zda se daný pracovník jeví z pohledu třetí osoby jako zaměstnanec či nikoliv.<sup>156</sup> Nejde však v žádném případě o určující kritérium, již proto, že může jít o značně subjektivní záležitost, přičemž pro objektivizaci a určení pohledu objektivního pozorovatele slouží níže rozebíraná kritéria. I v případě subjektivního pohledu však může jít o zcela prvotní náznak problému a jeho prvotní uchopení iniciující jeho další zkoumání.

### 2.5.1. Osobní poskytnutí plnění

Otázka, zda plnění poskytuje pracovník, s nímž podnik za tímto účelem kontrahoval, či třetí osoba, je ve své zásadě otázka po osobním výkonu práce. Jinými slovy, zda pracovník poskytuje plnění osobně či jej deleguje na dalšího pracovníka, např. podzhotovitele. Osobní

---

<sup>155</sup> Ad (i) viz kapitola 2.5, ad (ii) viz kapitola 2.2.

<sup>156</sup> „Doplňkovým hlediskem může být i to, zda se osoba jeví jako zaměstnanec z pohledu třetích osob.“ Rozsudek Nejvyšší správní soud ... 6 Ads 46/2013

výkon práce je totiž jedním ze znaků závislé práce podle její zákonné definice.<sup>157</sup> Z toho důvodu dospívá i judikatura k závěru, že vykonává-li pracovník práci osobně, pak jde o základní pracovněprávní vztah, a vykonává-li práci třetí osoba, např. podzhotovitel, pak jde spíše o obchodní vztah, neboť se vytrácí vztah závislosti mezi podnikem a pracovníkem.<sup>158</sup>

S těmito závěry a argumentací lze ovšem souhlasit pouze z části. Závislost mezi podnikem a pracovníkem totiž může trvat i tehdy, deleguje-li pracovník práci na dalšího pracovníka, např. podzhotovitele. V takovém případě navíc přistupuje riziko zastřené agenturního zaměstnávání.<sup>159</sup> Osobní výkon práce se navíc může objevit i u jednočlenné obchodní společnosti či podnikající fyzické osoby, aniž by se jednalo o zastřené zaměstnávání. Zákon to nijak nezakazuje a v praxi se tak běžně děje v případě fyzických prací, prací v oblasti IT, ale i účetních, advokátů či daňových poradců. Potvrzuje tak i judikatura Nejvyššího správního soudu<sup>160</sup> a Ústavního soudu.<sup>161</sup>

### 2.5.2. Struktura pracovníků

Nejvyšší správní soud se v kauze rozhodované pod sp. zn. 5 A 39/2001 zabýval otázkou, zda výkon práce freelancery byl zastřeným zaměstnáváním či nikoliv, přičemž právě na základě zkoumání struktury pracovníků a jejího vývoje dospěl k závěru, že ano. Jednalo se o kauzu cestovní kanceláře, která zajišťovala mimo jiné i průvodcovské služby. Tyto zajišťovala původně zaměstnanci. Vzhledem k tomu, že se však jednalo o nárazovou sezónní činnost, bylo ekonomicky výhodnější zajistit tuto práci freelancery. Původní zaměstnanci si tedy zajistili živnostenská oprávnění, pracovní poměry byly ukončeny a tutéž práci začali stejní lidé a stejným způsobem vykonávat jako podnikatelé v obchodněprávním vztahu. Cestovní kancelář zároveň

---

<sup>157</sup> § 2 odst. 1 Zákoníku práce

<sup>158</sup> „Zaměstnanec dále musí práci vykonávat osobně – pokud by používal k plnění úkolů další osoby (např. v době své nemoci), nutně by se vytratil prvek osobní závislosti na zaměstnavateli a šlo by spíše o obchodní vztah.“  
Nejvyšší správní soud ... 6 Ads 46/2013

<sup>159</sup> K této problematice viz kapitolu 3.

<sup>160</sup> Např. Nejvyšší správní soud ... 7 Afs 72/2008

<sup>161</sup> Např. Ústavní soud ... II. ÚS 69/03



tímto krokem přišla o veškeré své zaměstnance vykonávající činnost spadající do předmětu jejího podnikání.

Nejvyšší správní soud zde dospěl k závěru, že jde o zastřené zaměstnávání. Důvody spočívaly v následujících skutečnostech: **(i)** cestovní kancelář realizuje předmět svého podnikání plně freelancery a ani z části zaměstnanci, **(ii)** freelanceři byli původně zaměstnanci cestovní kanceláře, **(iii)** povaha vykonávané práce se nezměnila, pouze se změnila povaha právního postavení pracovníků a jejich právních vztahů s cestovní kanceláří, **(iv)** předmět podnikání freelancerů se plně shoduje s předmětem podnikání cestovní kanceláře.<sup>162</sup>

Zde je však nutné neodhlížet od historického kontextu předmětného rozhodnutí. Tím je totiž aplikace Starého zákoníku práce a Starého zákona o zaměstnanosti, tedy úpravy, podle které platilo, že plnění běžných úkolů vyplývajících z předmětu činnosti podniku má být primárně zajišťováno zaměstnanci. Takové omezení již dle platné a účinné právní úpravy pracovního práva neplatí.<sup>163</sup> Struktura pracovníků, poměr freelancerů a zaměstnanců a překrývání předmětu podnikání tedy v kontextu staré právní úpravy hrály podstatně větší roli, než je tomu dnes.

Přesto však nelze výše uvedené závěry stavící na staré právní úpravě zcela odmítnout jako nepoužitelné. Stále se může jednat o významný indikátor zastřeného zaměstnávání. Skutečnost, že činnost, kterou by mohl vykonávat zaměstnanec, vykonává podnikatel, je díky vypuštění priority pracovněprávních vztahů sice sama o sobě v pořádku, ovšem stále zůstává otázka, zda tento podnikatel tuto činnost nevykonává jako závislou činnost. Stejně tak skutečnost, že původní zaměstnanci vykonávají tutéž činnost jako freelanceři a podnik nezajišťuje předmět své činnosti již jiným způsobem (tj. pracovníky v základním pracovněprávním vztahu), jistě odůvodňuje bližší zkoumání vykonávané činnosti a vztahu, v němž je tato činnost vykonávána.

To potvrzuje i v recentní judikatura Nejvyššího správního soudu. Ten přihlédl v rozsudku ze dne 25. června 2020 ve věci sp. zn. 5 Ads 208/2019 ke skutečnosti, že pracovníci byli původně zaměstnanci podniku. Jakmile byli zaučení, dohody o výkonu práce mimo pracovní poměr byly ukončeny a pracovníci nadále tutéž práci vykonávali jako podnikatelé

---

<sup>162</sup> Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 17. prosince 2003 sp. zn. 5 A 39/2001

<sup>163</sup> Viz kapitola 2.1 pozn. č. 92

v obchodněprávním vztahu. Práci přitom vykonávali naprosto shodným způsobem a její charakter a charakter způsobu jejího výkonu se nezměnil. Nejvyšší správní soud následně uzavřel, že se jednalo o zastřené zaměstnávání.

Nicméně skutečnost, že sama o sobě tato situace, kdy podnik zajišťuje i svou běžnou činnost skrze freelancery, již nepůsobí rozpor s právem a je na základě legální licence možná,<sup>164</sup> tento indikátor oslabuje. Tento indikátor tak nemá sám o sobě determinující povahu. Nebylo tomu tak ani v případě řešeném Nejvyšším správním soudem pod sp. zn. 5 Ads 208/2019.<sup>165</sup> Samozřejmě je důležité se tímto indikátorem zabývat, ovšem je důležité činit tak v kontextu povahy vykonávané činnosti a celého vztahu, přičemž je nutné zkoumat, zda tento vztah naplňuje i ostatní znaky závislé práce a zda jsou dány i ostatní indikátory zastřeného zaměstnávání.<sup>166</sup>

### 2.5.3. Exkluzivita

S problematikou osobního poskytování plnění a struktury pracovníků pak souvisí ještě problematika exkluzivity, která je zaměřena nejen na vztah pracovníka a podniku, ale i na vztah pracovníka a jiných podniků. Jinými slovy jde o posouzení, zda má pracovník i jiné podniky, pro které vykonává práci, či zda vykonává práci pouze pro jeden jediný podnik. První jmenovaný případ zřejmě nepůsobí potíže a sám o sobě nijak neindikuje zastřené zaměstnávání.<sup>167</sup> Druhý jmenovaný případ již jistým indikátorem být může.<sup>168</sup>

---

<sup>164</sup> Čl. 2 odst. 4 Ústavy a čl. 2 odst. 3 Listiny

<sup>165</sup> K tomu viz i odkazy na tento rozsudek dále v textu a v kapitole 4.1

<sup>166</sup> Potvrzuje tak i Nejvyšší správní soud ... 2 Afs 173/2005, podle kterého se sice jedná o významné a vhodné vodítko, avšak samo o sobě nestačí k závěru o závislé práci a zastírání skutečného vztahu mezi pracovníkem a zadavatelem práce.

<sup>167</sup> To však neznamená, že vykonává-li pracovník práci pro více podniků jako freelancer, nemůže se v jednom nebo dokonce ve všech případech jednat o zastřené zaměstnávání. Může. Avšak skutečnost vícero smluvních partnerů jej sama o sobě nijak neindikuje, spíše naopak.

<sup>168</sup> Uvádí tak např. i Ústavní soud ... II. ÚS 69/03, aniž by však tuto myšlenku dále rozvíjel a analyzoval.

Skutečnost, že pracovník pracující jako freelancer nemá více smluvních partnerů a činnost vykonává pouze pro jeden jediný podnik, může mít v zásadě tři důvody. Prvním je ten, že se freelancerovi z různých důvodů nepodařilo získat více zakázek. To samo o sobě zastřené zaměstnávání neindikuje.<sup>169</sup> Druhým důvodem je, že freelancer pro více zakázek nemá kapacitu, a tedy o více zakázek sám nemá zájem. Ani to samo o sobě neindikuje zastřené zaměstnávání.<sup>170</sup> Třetím důvodem je potom omezení kladené podnikem, podle kterého pracovník může konat práci jen a pouze pro něj.

Právě ve třetím případě lze hovořit o pravé exkluzivitě vztahu pracovníka a podniku, která pracovníkovi brání mít více smluvních partnerů, ačkoliv by byl schopen a ochoten mít jich více. Taková exkluzivita může být indikátorem zastřeného zaměstnávání. K exkluzivitě samozřejmě mohou existovat naprosto legitimní důvody, typicky snaha ochránit obchodní tajemství či duševní vlastnictví podniku. Avšak exkluzivita může ve svém důsledku indikovat snahu o přílišnou kontrolu pracovníka a jeho závislost na jediném podniku a podřízenost tomuto podniku. To již (zejména v kontextu ostatních indikátorů) zastřené zaměstnávání indikuje, jak vyslovil i Nejvyšší správní soud.<sup>171</sup>

Nemusí přitom jít nutně o přímé omezení, přímý zákaz či příkaz k exkluzivitě. Může se jednat i o nepřímé opatření jednostranně zavedené podnikem, které má totožný efekt. V případě řešeném Nejvyšším správním soudem pod sp. zn. 5 Ads 208/2019 se jednalo o opatření související s odměňováním a pracovní dobou. Podnik nastavil systém odměňování jednostranně takovým způsobem, který motivoval pracovníky k tomu, aby neodmítali „zakázky“ a měli plnou „docházku“ a naopak odmítání „zakázek“ (fakticky tedy nedostatečnou docházku) sankcionoval. Nejvyšší správní soud zde dospěl k závěru, že pracovníci sice teoreticky mohli mít i jiné zakázky u jiných zákazníků, ovšem fakticky to bylo nereálné, neboť možnost odmítnout zakázku od

---

<sup>169</sup> Srov. pozn. č. 167

<sup>170</sup> Srov. pozn. č. 167

<sup>171</sup> Nejvyšší správní soud ... 2 Afs 173/2005; nutno dodat, že v daném případě Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že se nejedná o zastřené zaměstnávání, a to z vícero důvodů, přičemž jedním z nich byla právě ta skutečnost, že pracovníci nebyli omezeni a nekonali práci exkluzivně pro zadavatele práce, ale i pro jiné podniky.

daného podniku byla pouze formální. Fakticky se tak jednalo o exkluzivní vztah, ve kterém byl pracovník na podniku závislý. Nejvyšší správní soud tak dospěl k závěru, že tento vztah je zastřeným zaměstnáváním.

## 2.6. Způsob odměňování

Samotná existence odměny za vykonanou práci byla v minulosti pojmovým znakem závislé práce dle její zákonné definice.<sup>172</sup> Dle současného pojetí je existence odměny nutnou podmínkou výkonu závislé práce, a tedy nikoliv znakem *per se*.<sup>173</sup> Ať v kontextu původního pojetí či současného, efekt je v zásadě stejný<sup>174</sup> – má-li být vykonávána závislá práce, musí se tak díť za odměnu. Jinými slovy, je-li vykonávána určitá činnost za odměnu, je možné, že jde o závislou práci. Existence odměny je tedy i nadále indikátorem závislé práce,<sup>175</sup> a tedy i zastřeného zaměstnávání.

K tomu se přiklání i současná judikatura. Podle Nejvyššího správního soudu je samotná existence odměny i nadále důležitým ukazatelem, že určitý vztah pracovníka a zadavatele práce může být kvalifikován jako závislá práce a při absenci základního pracovněprávního vztahu jako zastřené zaměstnávání.<sup>176</sup> Zároveň však obratem dodává, že existence odměny sama o sobě nestačí a musí být doplněna o prvek závislosti, tedy že indikátorem závislé práce může být existence odměny pouze tehdy, pokud jde o zásadní příjem pracovníka, na němž je tento

---

<sup>172</sup> § 2 odst. 4 Zákoníku práce ve znění účinném od 1. ledna 2007 do 31. prosince 2011

<sup>173</sup> § 2 odst. 2 Zákoníku práce

<sup>174</sup> Srov. pozn. č. 9.

<sup>175</sup> Na důležitost odpovídající odměny jako znaku závislé práce poukazuje i Nejvyšší správní soud ... 2 Afs 173/2005.

<sup>176</sup> „A zde začíná být zřejmé, že i když poskytování odměny zaměstnanci není vymezeno v zákoně jako znak závislé práce, neznamená to, že by zcela ztratilo smysl tuto otázku v rámci postihování nelegální práce zkoumat. Neboť právě pobírání odměny představuje typickou skutečnost, která závislé postavení zaměstnance na zaměstnavateli věrohodně prokazuje.“ Nejvyšší správní soud ... 6 Ads 46/2013

pracovník závislý.<sup>177</sup> Tím má dojít k odlišení závislé práce od běžné výpomoci, za kterou může být také poskytována odměna, na niž však není pracovník existenčně závislý.<sup>178</sup>

Tím se však neřeší kolize se vztahy mezi podnikateli navzájem. I v jejich případě je existence odměny naprosto zásadní. I kdyby se nejednalo o pojmový znak příslušného smluvního typu, tak se v každém případě jedná o samotný smysl a účel podnikání – totiž realizaci zisku získáním odměny za vykonanou práci, dílo, či jinak poskytnuté plnění. Zároveň je i v jejich případě nezřídka naplněn prvek závislosti. Není totiž tak výjimečné, aby určitý podnik byl existenčně závislý na určité zakázce či na konkrétním odběrateli. Přidání prvku závislosti k prvku existence odměny tedy v těchto konkrétních případech nemusí nutně pomoci s rozlišením, zda jde o zastřené zaměstnávání či nikoliv. I Nejvyšší správní soud dospívá v některých případech k závěru, že nejde o zastřené zaměstnávání, přestože odměna poskytovaná v posuzovaném vztahu pracovníka a podniku je jediným příjmem pracovníka.<sup>179</sup>

Praxe si proto při analyzování odměny vypomáhá ještě komparativní analýzou, kdy je porovnávána výše odměny za práci vykonávanou freelancerem s výší odměny za obdobnou práci vykonávanou zaměstnancem.<sup>180</sup> Pokud si navzájem odpovídají, je v tom správními orgány spatřován znak zastřeného zaměstnávání.<sup>181</sup> Ovšem ani to nemusí svědčit o tom, že jde o závislou práci, a tedy o zastřené zaměstnávání. Ve skutečnosti může být stejná výše odměny freelancera a mzdy zaměstnance způsobena ekonomickými faktory, a nikoliv jejich právním postavením. Ačkoliv je tedy takové porovnání jistě praktickým nástrojem, který může pomoci při analýze daného vztahu, pro závěry o zastřeném zaměstnávání je stále nedostatečné.

---

<sup>177</sup> „Podmínkou samozřejmě je, aby odměna tvořila (ne nutně jediný, ale ekonomicky významný) zdroj zaměstnancových příjmů“ Nejvyšší správní soud ... 6 Ads 46/2013, obdobně i Nejvyšší správní soud ... 5 Ads 208/2019

<sup>178</sup> „...poskytnutí drobné protihodnoty např. v podobě daru je běžným zvykem i v případě jednorázové mezilidské výpomoci.“ Tamtéž

<sup>179</sup> Nejvyšší správní soud ... 2 Ads 25/2018

<sup>180</sup> „Správní rozhodnutí v uvedených řízeních vycházejí zejména ze zjištění ... jaká je sjednaná výše odměny ve vztahu ke mzdě vyplácené zaměstnancům.“ GRUS, Švarcsystém v rozhodovací praxi ... (nestránkováno)

<sup>181</sup> Tamtéž

Je ovšem možné, a v zásadě nutné, pomoci si ještě kritériem způsobu odměňování, tedy způsobu nastavení výpočtu a určení odměny. Zde je nutné porovnávat způsob odměňování v posuzovaném vztahu s typickým způsobem odměňování v základním pracovněprávním vztahu. V základním pracovněprávním vztahu je totiž odměna představována mzdou,<sup>182</sup> která je typicky vypočtena jako součin počtu odpracovaných hodin a hodinové sazby představované hodinovou mzdou.<sup>183</sup> Takto určená mzda je pak vyplácena v měsíčních intervalech.<sup>184</sup> Evidenci odpracovaných hodin přitom vede a kontroluje zaměstnavatel.<sup>185</sup> Tím má zaměstnavatel výraznou kontrolu nad odměnou zaměstnance. Je-li tedy ve vztahu freelancera a podniku způsob určení odměny nastaven takto, jde o indikátor závislé práce a tím pádem i o indikátor zastřeného zaměstnávání.

Nastavení způsobu určení a splatnosti odměny freelancera jako u zaměstnance, tedy hodinová odměna splatná pravidelně každý měsíc po dobu trvání závazku, však nemusí být nutně fatální. V typických případech, jakým je i zde rozebíraný případ řešený Krajským soudem v Ústí nad Labem pod sp. zn. 15 Ca 219/2000, se dospívá k závěru, že ačkoliv takové nastavení odměny je typické pro závislou práci, ani zákonná úprava např. smlouvy o dílo jej nevyklučuje a je tudíž možné sjednat takový způsob odměňování i v případě smlouvy o dílo či jiných typů obchodněprávních smluvních vztahů.

Tento názor, ač v jiných kauzách, aproboval i Nejvyšší správní soud.<sup>186</sup> Podle něj zákon nijak nezakazuje, aby i v obchodněprávních vztazích byla odměna stanovena jako hodinová a fakturovaná měsíčně.<sup>187</sup> Nejvyšší správní soud tedy vychází opět z principu legální licence.<sup>188</sup> Podle Nejvyššího správního soudu dokonce nemusí být nutně determinující ani ta skutečnost, že

---

<sup>182</sup> V případě zaměstnanců v soukromé sféře či platem v případě zaměstnanců ve veřejné sféře; viz § 109 odst. 2 a odst. 3 Zákoníku práce.

<sup>183</sup> Viz např. institut průměrného výdělku dle § 356 Zákoníku práce.

<sup>184</sup> § 141 odst. 1 Zákoníku práce

<sup>185</sup> § 81 odst. 1, § 84 a zejména § 96 Zákoníku práce, rovněž srov. kapitola 2.3.

<sup>186</sup> Z novějších viz např. Nejvyšší správní soud ... 2 Ads 25/2018

<sup>187</sup> Nejvyšší správní soud ... 7 Afs 72/2008 či Nejvyšší správní soud ... 2 Afs 173/2005

<sup>188</sup> Čl. 2 odst. 4 Ústavy a čl. 2 odst. 3 Listiny

evidence odpracovaných hodin je kontrolována či vedena zadavatelem práce.<sup>189</sup> Nutno však dodat, že dílčí závěr týkající se kontroly evidence zadavatelem práce Nejvyšší správní soud dostatečně nerozvádí a argumentačně nepodpírá, pouze konstatuje, že v daném případě tak nebylo činěno z důvodu nadřízenosti. Je však otázkou, zda alespoň v obecné rovině právě z takové kontroly nelze onu nadřízenost dovozovat, přičemž se lze domnívat, že ano.

Ovšem pozor, to nevylučuje nic z toho, co bylo řečeno dříve. Nastavení odměny může být stále indikátorem zastřenému zaměstnávání. I Krajský soud v Ústí nad Labem v případě pod sp. zn. 15 Ca 219/2000 dospěl k závěru, že se jednalo o zastřené zaměstnávání, neboť byla naplněna celá řada jeho indikátorů včetně právě způsobu odměňování.<sup>190</sup> Uvedené tedy znamená, že způsob určení odměny je důležitým indikátorem zastřenému zaměstnávání, avšak ne natolik, aby k závěru o zastřeném zaměstnávání stačilo naplnit jen a pouze tento indikátor.

Zároveň pak nelze brát dogmaticky ani závěr, že je-li odměna nastavena jinak než jako hodinová, nemůže se jednat o zastřené zaměstnávání. Zákon totiž umožňuje, aby byla odměna za závislou práci determinována nejen jako časová odměna, ale i jako úkolová odměna, podílová odměna, akordní odměna či smíšená odměna.<sup>191</sup> I v případě jiné než časové odměny se tedy může jednat o zastřené zaměstnávání. To potvrzuje i Nejvyšší správní soud v případě řešeném pod sp. zn. 5 Ads 208/2019.<sup>192</sup> V tomto případě byli pracovníci odměňováni podle počtu zkontrolovaných součástí, nikoliv hodinově, přičemž i tuto formu odměňování Nejvyšší správní soud chápal jako indikátor zastřenému zaměstnávání. Podstatná přitom byla i skutečnost, že odměnu určoval jednostranně podnik a k fakturaci práce docházelo měsíčně přes systém určený jednostranně podnikem.

---

<sup>189</sup> Nejvyšší správní soud ... 7 Afs 72/2008

<sup>190</sup> Soud k závěru o zastřeném zaměstnávání vedly dvě zcela zásadní skutečnosti – (i) kumulace celé řady indikátorů, které samy o sobě nemusely být rozhodné, ale v souhrnu determinovaly povahu posuzované práce jako závislou (srov. kapitola 4.1) a (ii) vymezení plnění (srov. kapitola 2.1).

<sup>191</sup> KAHLE, B. *VI. Mzdové formy. Povinné a nepovinné příplatky*. In: BĚLINA, M. a kol. *Pracovní právo*. 6. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2014, s. 240

<sup>192</sup> Nejvyšší správní soud ... 5 Ads 208/2019

## 2.7. Alokace rizika spojeného s plněním

Další oblastí, kterou je nutno zkoumat, je otázka alokace rizika spojeného s plněním, tedy s výkonem sjednané práce. Zde je opět nutno vycházet ze znaků závislé práce, které v zásadě alokují riziko spojené s výkonem závislé práce na zaměstnavatele. Závislá práce je totiž vykonávána jménem zaměstnavatele,<sup>193</sup> na jeho náklady a na jeho odpovědnost.<sup>194</sup> To znamená, že je to zaměstnavatel, kdo zaštiťuje výkon závislé práce, opatřuje potřebný kapitál, materiál a další výrobní prostředky, vytváří podmínky a předpoklady pro výkon dané práce a nese náklady i následky takové práce, ať už jde o ztrátu či zisk.<sup>195</sup> Riziko spojené s výkonem závislé práce je tedy alokováno na zaměstnavatele.<sup>196</sup> Pokud ve vztahu mezi pracovníkem a zadavatelem práce je riziko alokováno na zadavatele práce, jde o indikátor, že se může jednat o zastřené zaměstnávání, chybí-li formální ukotvení do základního pracovněprávního vztahu.

Neplatí to však beze zbytku. Za prvé je nutné zkoumat čím jménem a na čí účet je práce či plnění činěno. Za druhé, kdo nese náklady a odpovědnost za konanou práci či plnění. Za třetí je pak nutné zkoumat, zda i zaměstnanec ve skutečnosti nenese některá rizika spojená s výkonem závislé práce, a tedy i negativní a pozitivní důsledky těchto rizik. To by relativizovalo základní tezi o alokaci rizika a zisku závislé práce na zaměstnavatele, která je samozřejmě jinak v obecných rysech platná.

### 2.7.1. Poskytování plnění jménem a na účet jeho zadavatele

Nejprve tedy ke vztahům, kde je plnění či práce poskytována jménem zadavatele. Výkon práce jménem zadavatele práce je považován za zásadní znak závislé práce, a tedy i zastřeného zaměstnávání, neboť právě v tom je patrná závislost pracovníka na zadavateli práce.<sup>197</sup> Jinými

---

<sup>193</sup> Zákonný definiční znak závislé práce dle § 2 odst. 1 Zákoníku práce.

<sup>194</sup> Nezbytná podmínka výkonu závislé práce dle § 2 odst. 2 Zákoníku práce

<sup>195</sup> „...zaměstnavatel poskytuje pro práci svůj kapitál, hmotné i nehmotné prostředky, vytváří pro ni předpoklady a nese riziko neúspěchu“ Nejvyšší správní soud ... 6 Ads 46/2013

<sup>196</sup> Ani to však neplatí stoprocentně a bez dalšího, jak bude analyzováno dále.

<sup>197</sup> „Zaměstnanec musí taktéž jednat jménem zaměstnavatele – v tomto znaku se koncentruje hospodářská závislost zaměstnance na zaměstnavateli“ Nejvyšší správní soud ... 6 Ads 46/2013



slovy, skutečnost, že je práce vykonávána jménem jejího zadavatele, což jde ruku v ruce s výkonem práce na účet jejího zadavatele, čímž je na něj alokován její užitek i riziko spojené s jejím výkonem, svědčí o tom, že pracovník je na podniku závislý, neboť by bez něj (tj. bez zaštitění jeho jménem) nemohl danou práci vykonat. Z toho lze pak dovozovat, že jde o výkon závislé práce a mezi pracovníkem a podnikem má být základní pracovněprávní vztah.

Jistě lze souhlasit, že výkon práce či plnění jménem jejího zadavatele a na jeho účet, svědčí o poměrně vysoké míře závislosti. Rovněž lze souhlasit, že jde o znak závislé práce. Přesto však nelze dospět k závěrům o jednoznačné a nezpochybnitelné existenci závislé práce, tedy i nutnosti základního pracovněprávního vztahu a v případě jeho absence o existenci zastřeného zaměstnávání. I v obchodněprávních vztazích totiž může docházet k poskytování plnění jménem jeho zadavatele či na jeho účet.

Jménem a na účet zastoupeného je vykonávána práce a plnění v případě obchodního zastoupení.<sup>198</sup> V případě příkazní smlouvy jako takové pak zákon nikterak nevyklučuje, aby příkazník jednal jménem a na účet příkazce<sup>199</sup> a lze tedy *a contrario* dovodit, že tak možné je. Běžně se tak ostatně děje a takový příkaz je rozlišován jako přímé zastoupení.<sup>200</sup> Obdobně v případě ostatních smluv příkazního typu je příkaz konán na účet osoby v pozici příkazce, ačkoliv zde již jde pouze o plnění na jeho účet, nikoliv jeho jménem.<sup>201</sup>

V praxi se navíc mohou objevovat i případy, kdy práce sice není prováděna jménem jejího zadavatele v pravém slova smyslu, avšak navenek se to tak nezávislému pozorovateli jeví. Jde typicky o situace, kdy jsou místo plnění, oblečení pracovníků či nástroje a ochranné pomůcky označeny logem či firmou zadavatele práce. Zpravidla se tak bude dít na stavbách, které bývají označeny bannery s logem a firmou zhotovitele a jeho pracovníci jsou při pohybu vybaveni oblečením či nástroji s tímto logem či firmou. Na takto označené stavbě přitom běžně působí i podzhotovitelé. V některých případech jsou pak jednotliví podzhotovitelé a jejich pracovníci

---

<sup>198</sup> § 2483 odst. 1 Občanského zákoníku

<sup>199</sup> § 2430 a násl. Občanského zákoníku

<sup>200</sup> SIMON, Pavel. § 2430 Základní ustanovení. In: HULMÁK, *Občanský zákoník VI. ...*, s. 779.

<sup>201</sup> Komise na účet komitenta dle § 2455 Občanského zákoníku, zasílatelství na účet příkazce dle § 2471 Občanského zákoníku.

rovněž vybavení oblečením či nástroji s firmou či jiným označením zhotovitele. Zpravidla bude takové označení a stejnokroj indikovat zastřené zaměstnávání.<sup>202</sup> Praxe ovšem dospívá i k závěru, že se v takovém případě nutně nejedná o výkon práce jménem zadavatele práce a nejde tedy o natolik determinující ukazatel, ze kterého samotného by mohl být učiněn závěr o zastřeném zaměstnávání.

Typickým příkladem je opět rozsudek Krajského soudu v Ústí nad Labem ze dne 27. listopadu 2002 sp. zn. 15 Ca 219/2000. Podzhotovitelé, podnikající fyzické osoby, vykonávali montážní práce pro zhotovitele, rovněž fyzickou podnikající osobu, přičemž během práce byli dle příslušných smluv povinni nosit vesty s firmou zhotovitele. Dle správního orgánu se jednalo o znak zastřeného zaměstnávání, dle zhotovitele pak pouze o formu reklamy zohledněnou ve výši odměny za provedenou práci. Dle soudu pak tato okolnost neměla při určení, zda se jedná o zastřené zaměstnávání, zásadní význam, neboť zákon sjednání takové povinnosti podzhotovitele nezakazuje.

### **2.7.2. Poskytování plnění na náklady a odpovědnost jeho zadavatele**

V případě zkoumání, na čí náklady je plnění poskytováno, jde především o otázku, kdo zajistil výrobní prostředky. Praxe pak dochází k závěrům, že opatřil-li výrobní prostředky podnik, tedy zadavatel práce, jde o významný indikátor zastřeného zaměstnávání.<sup>203</sup> Nemusí přitom jít pouze o tradiční výrobní nástroje či materiál; může jít i o hardware či software a obecně prostředky nezbytné pro provedení dané práce a dodání plnění. Tedy i automobil či pohonné hmoty.

Ovšem i v případě obchodněprávních smluv může prostředky obstarat zadavatel práce či plnění. V případě příkazní smlouvy, ale i ostatních smluv příkazního typu, to zákon sice

---

<sup>202</sup> Viz např. Nejvyšší správní soud ... 5 Ads 208/2019

<sup>203</sup> „Správní rozhodnutí v uvedených řízeních vycházejí zejména ze zjištění, kdo zajistil materiál pro provádění objednané činnosti“ GRUS, *Švarcsystém v rozhodovací praxi* ... (nestránkováno); či a contrario dle Nejvyšší správní soud ... 2 Afs 173/2005, v němž jedním ze zásadních důvodů, proč se nejednalo o závislou práci, byla skutečnost, že si pracovníci opatřovali prostředky a nástroje k provedení činnosti sami a na své vlastní náklady (s výjimkou speciálního postřiku).

nestanovuje jako esenciální náležitost příslušného závazku, jeho podmínku, a dokonce to ani výslovně neřeší, ovšem lze tak dovozovat výkladem na základě legální licence.<sup>204</sup> V případě smlouvy o dílo již zákon výslovně stanoví možnost, nikoliv nutnost, opatření prostředků nezbytných k provedení díla objednatel.<sup>205</sup> Toho si samozřejmě všímá i rozhodovací praxe, podle které tak jde sice o nutný znak závislé práce, ovšem zároveň jde i o možný znak smlouvy o dílo či příkazní smlouvy.

V případě řešeném Krajským soudem v Ústí nad Labem pod sp. zn. 15 Ca 219/2000 zhotovitel opatřoval pracovní nástroje a materiál pro své podzhotovitele, a to včetně dopravních prostředků. Soud přesto uvedl, že tato skutečnost sama o sobě nepostačuje k učinění závěru o zastřené zaměstnávání, neboť zákon tak nezakazuje ani u smlouvy o dílo. K témuž dospěl i Nejvyšší správní soud v případě řešeném pod sp. zn. 2 Ads 25/2018. Objevují se sice hlasy, že Nejvyšší správní soud rozhodl nesprávně, argumentující, že byl-li by pracovník skutečně nezávislý na podniku a vykonával-li by práci skutečně na vlastní účet a vlastním jménem, tak by používal i vlastní nástroje.<sup>206</sup> Takový argument však zcela opomíjí charakteristiku smlouvy o dílo a realitu všedního života. Slovy Nejvyššího správního soudu: „*zjištění, že v den kontroly [pracovník] brousil podlahu stěžovatelovou rozbrušovačkou, rovněž samo o sobě neprokazuje závislou práci*“.<sup>207</sup>

K podobným závěrům dochází i Ústavní soud ve vztahu k příkazní smlouvě. Podle Ústavního soudu může být skutečnost, že příkazník používá ke splnění příkazu prostředky příkazce, vedena legitimními zájmy. Těmi jsou např. zájmem příkazce na ochraně jeho vlastních dat, v situaci, ve které by použití příkazníkovy hardware a software mohlo ohrozit jeho data a tedy např. i obchodní tajemství.<sup>208</sup> Argumentem analogie pak lze tyto závěry vztáhnout i na jiné

---

<sup>204</sup> Čl. 2 odst. 4 Ústavy a čl. 2 odst. 3 Listiny

<sup>205</sup> § 2597 Občanského zákoníku

<sup>206</sup> STÁDNÍK, J., KIELER, P. *Nejvyšší správní soud k otázce švarcsystému*. Práce a mzda 11/2018 (nestránkováno)

<sup>207</sup> Nejvyšší správní soud ... 2 Ads 25/2018

<sup>208</sup> Ústavní soud ... II. ÚS 69/03

obchodněprávní či soukromoprávní vztahy včetně inominátních kontraktů mezi nezávislým pracovníkem a zadavatelem práce.

V případě zkoumání, na čí odpovědnost je plnění poskytováno, jde pak rovněž o otázku, kdo nese riziko škody, a to za prvé škody vzniklé obecně z plnění či práce, za druhé škody vzniklé na konkrétní věci či jiné hodnotě. V případě pracovněprávních závazků nese toto riziko obecně zaměstnavatel.<sup>209</sup> Toto pravidlo je však relativizováno (i) obecnou odpovědností zaměstnance za škodu způsobenou zaměstnavateli,<sup>210</sup> (ii) odpovědností zaměstnance za svěřené hodnoty<sup>211</sup> a (iii) případy, v nichž zaměstnanec nese svou vlastní škodu, aniž by měl nárok na náhradu po zaměstnavateli.<sup>212</sup>

Zároveň i v případě obchodněprávních smluv může docházet a dochází k situacím, kdy riziko škody nese zadavatel práce. V případě příkazní smlouvy zákon alokuje toto riziko na příkazce, když stanoví, že příkazce uhradí příkazníkovi (i) účelně vynaložené náklady, (ii) škodu vzniklou v souvislosti s plněním příkazu a (iii) odměnu, byť se nedostavil kýžený výsledek příkazu.<sup>213</sup>

Obdobně v případě smlouvy o dílo může nést riziko škody objednatel. Objednatel nese riziko škody na věci, kterou opatřil pro provedení díla, dokud trvá jeho vlastnické právo, a zároveň též na díle jako takovém, pokud k němu má vlastnické právo, přičemž vlastnické právo objednateli vzniká k dílu zhotovenému u něj, na jeho pozemku, či na jím k tomu opatřeném pozemku. Zároveň nemá objednatel nárok na náhradu v případě zmaření díla z důvodů, za které zhotovitel neodpovídá, naopak v případě, kdy objednatel nabyl vlastnické právo k dílu, má povinnost vydat zhotoviteli cenu zhotovitelových věcí použitých ke zpracování díla.<sup>214</sup>

---

<sup>209</sup> Vyplývá již z § 2 odst. 2 Zákoníku práce a promítá se dále např. v ustanoveních o náhradě škody § 248 a násl. Zákoníku práce, ze kterých vyplývá, že převážnou míru odpovědnosti (primární i sekundární) nese zaměstnavatel.

<sup>210</sup> § 250 a násl. Zákoníku práce

<sup>211</sup> § 252 a násl. Zákoníku práce

<sup>212</sup> § 265 a násl. Zákoníku práce

<sup>213</sup> § 2436 až § 2438 Občanského zákoníku; pouze v případě odměny platí výjimka, podle které se odměna neposkytne, pokud se výsledek nedostavil v důsledku toho, že příkazník porušil své povinnosti.

<sup>214</sup> Viz § 2598 až § 2603 Občanského zákoníku

Z uvedeného pak existují ovšem výjimky, typicky je-li předmětem díla stavba, pak odpovídá za nebezpečí škody zhotovitel až do jejího předání, ledaže by ke škodě došlo i jinak.<sup>215</sup>

V obou případech je alokace odpovědnosti na zadavatele práce relativizována. Děje se tak přenesením odpovědnosti za škodu na pracovníka v postavení příkazníka či zhotovitele, pokud je škůdcem odpovědným za újmu dle ustanovení upravujících civilní delikty,<sup>216</sup> či zákon jinak přenáší odpovědnost zpět na něj.<sup>217</sup> K tomu však do jisté míry dochází i v případě základního pracovněprávního vztahu.<sup>218</sup> Nelze tedy kategoricky uzavřít, že nese-li riziko škody zadavatel práce, jedná se nezbytně o závislou práci, a tedy případně i o zastřené zaměstnávání.

Nejde ovšem pouze o zajištění výrobních prostředků a nesení rizika škody či neúspěchu. Velice důležitým aspektem nákladů a odpovědnosti jsou i náklady na zajištění pracoviště a odpovědnost za jeho provoz a události na pracovišti.<sup>219</sup> Závislá práce je vykonávána na pracovišti zaměstnavatele.<sup>220</sup> Již jazykovým výkladem tohoto ustanovení, tedy skutečnosti, že pracoviště je specifikováno přívlastkem „zaměstnavatele“, lze dovozovat, že je to zaměstnavatel, kdo nese náklady a odpovědnost spojené s pracovištěm.

Nejzřetelněji je to potom patrné z ustanovení o BOZP. Ty stanoví především primární povinnosti<sup>221</sup> zaměstnavatele. Jde zejména o povinnost (i) zajišťovat BOZP všech fyzických

---

<sup>215</sup> § 2624 Občanského zákoníku

<sup>216</sup> § 2894 a násl. Občanského zákoníku

<sup>217</sup> Např. *culpa in eligendo* dle § 2434 Občanského zákoníku.

<sup>218</sup> Viz kapitola 2.7.3

<sup>219</sup> Otázka samotné podstaty pracoviště jako místa plnění je analyzována samostatně v kapitole 2.4.

<sup>220</sup> § 2 odst. 2 Zákoníku práce

<sup>221</sup> Odpovědnost je nutné chápat – a tato práce tak činí – ve dvou rovinách. V první jako odpovědnost za splnění primární povinnosti a v druhé jako sekundární povinnost vzniknuvší v důsledku nedodržení primární povinnosti. Toto pojetí navazuje na teorii aktivní odpovědnosti podle Viktora Knappa (viz např. GERLOCH, A., BERAN, K. a kol. *Funkce a místo právní odpovědnosti v recentním právním řádu*. Praha: Leges, 2014, s. 128) a shoduje se i s pojetím vyjádřeným v Občanském zákoníku (viz např. Důvodová zpráva, II. Zvláštní část, k § 24 Občanského zákoníku: „*Osnova se naopak přiklání k pojetí odpovědnosti v duchu tradic antické a křesťanské civilizace, podle nichž člověk odpovídá za své jednání v plném rozsahu, a odpovídá tedy především za to, že se chová řádně, po právu a že splní své povinnosti.*“). Odpovědnost pak znamená plnit oboje – primární i sekundární povinnost.

osob, které se s jeho vědomím zdržují na všech jeho pracovištích,<sup>222</sup> (ii) vytvářet bezpečné a zdraví neohrožující pracovní prostředí,<sup>223</sup> (iii) přijímat opatření předcházející rizikům či minimalizující působení rizik,<sup>224</sup> (iv) vyhledávat a hodnotit rizika,<sup>225</sup> a celou řadu dalších primárních povinností obecných i zcela konkrétních.<sup>226</sup> Sekundární povinnosti zaměstnavatele potom vyplývají zejména z ustanovení o náhradě škody zaměstnavatelem.<sup>227</sup> Zaměstnavatel navíc nesmí náklady na zajištění BOZP přímo ani nepřímo přenášet na zaměstnance.<sup>228</sup>

Nesení nákladů na pracoviště zadavatelem práce a zajištění BOZP na pracovišti na náklady zadavatele práce je tedy typické (zákonem předepsané) pro základní pracovněprávní vztah. Je-li tento prvek přítomen ve vztahu odlišném od základního pracovněprávního vztahu, indikuje zastřené zaměstnávání. V případě řešeném Nejvyšším správním soudem pod sp. zn. 2 Ads 208/2019 soud shledal, že vztah pracovníků a podniku byl zastřeným zaměstnáváním, přičemž významnou roli hrála právě ta skutečnost, že podnik zajišťoval pracovníkům na pracovišti podmínky BOZP shodně se zaměstnanci. To zde navíc kumulovalo s vázaností pracovníků příkazy podniku, neboť pracovníci měli povinnost podmínky BOZP dodržovat a byli na ně i proškoleni obdobně jako zaměstnanci podniku.<sup>229</sup>

Náklady na pracoviště a odpovědnost za něj jsou přesto opět pouhým indikátorem, neboť i ve vztazích mezi podnikateli, kde skutečně nedochází k výkonu závislé práce, mohou být náklady i odpovědnost za pracoviště nesený zadavatelem práce. Zákon to nijak nevylučuje. Naopak v některých případech dokonce stanoví, že i za BOZP na pracovišti odpovídá zadavatel práce, kterým může být např. osoba v postavení objednatel stavby<sup>230</sup> či zhotovitel vůči svým podzhotovitelům.<sup>231</sup>

---

<sup>222</sup> § 101 odst. 5 Zákoníku práce

<sup>223</sup> § 102 odst. 1 Zákoníku práce

<sup>224</sup> § 102 odst. 2 Zákoníku práce

<sup>225</sup> § 102 odst. 3 Zákoníku práce

<sup>226</sup> Ty vyplývají rovněž ze Zákona o BOZP, nikoliv pouze ze Zákoníku práce.

<sup>227</sup> § 265 a násl. Zákoníku práce

<sup>228</sup> § 101 odst. 6 Zákoníku práce

<sup>229</sup> Srov. kapitola 2.2.

<sup>230</sup> § 14 a § 15 Zákona o BOZP

Ze výše uvedeného lze tedy uzavřít, že nesení odpovědnosti za práci a nákladů práce podnikem je velice důležitým indikátorem, zejména je-li přítomen i prvek odpovědnosti za BOZP, protože jde o jeden ze základních znaků závislé práce. Ovšem ani takto významný indikátor není sám o sobě rozhodující, neboť se může legálně vyskytovat i v obchodněprávních závazcích.

### 2.7.3. Alokace rizika na pracovníka

A nyní již k otázce alokace rizik spojených s výkonem závislé práce, a tedy i negativních a pozitivních důsledků těchto rizik na zaměstnance. Jak je řečeno v úvodu této kapitoly, v základním pracovněprávním vztahu a v případě výkonu závislé práce bez ohledu na jeho formální ukotvení je riziko včetně jeho negativních a pozitivních důsledků alokováno na zadavatele práce, tedy zaměstnavatele. To znamená, že zaměstnanec nenesení ztráty, které jsou důsledkem realizace rizika jím vykonávané práce, ani zisky, které jsou důsledkem nerealizace rizika jím vykonávané práce.<sup>232</sup> Zákon dokonce explicitně přenášení rizika na zaměstnance zakazuje.<sup>233</sup>

Tato základní teze je však relativizována třemi skutečnostmi. Za prvé, zaměstnanec může odpovídat zaměstnavateli za škodu. Konkrétně za skutečnou škodu<sup>234</sup> způsobenou „zaviněným porušením povinností při plnění pracovních úkolů nebo v přímé souvislosti s ním“.<sup>235</sup> V případě

---

<sup>231</sup> § 12 Zákona o BOZP

<sup>232</sup> Zde je nutné upozornit, že je zde v tomto kontextu myšleno spíše podnikání zaměstnavatele, neboť ten předmět svého podnikání naplňuje skrze práci svých zaměstnanců. Práci je tedy v tomto kontextu nutno nahlížet spíše formálně, abstraktně a šířeji jako činnost vykonávanou v určitém podnikem cílící na realizaci zisku, spíše než jako konkrétní pracovní úkon zaměstnance, kde samozřejmě mnohá rizika, zejména ta materiální jako je například fyzická únava, nese zaměstnanec. Ovšem i to pouze do určité míry, neboť za určitých okolností bude mít zaměstnanec možnost obdržet od zaměstnavatele kompenzaci i takového rizika (viz např. problematika pracovních úrazů či nemocí z povolání).

<sup>233</sup> § 346b odst. 2 Zákoníku práce

<sup>234</sup> § 257 odst. 1 Zákoníku práce

<sup>235</sup> § 250 odst. 1 Zákoníku práce

úmyslu pak zaměstnanec může odpovídat i za ušlý zisk.<sup>236</sup> Sice je s výjimkou způsobení škody v úmyslu, opilosti a po zneužití jiných návykových látek výše náhrady a tedy alokace rizika škody na zaměstnance limitována do výše čtyřapůlnásobku zaměstnancova průměrného měsíčního výdělku,<sup>237</sup> avšak i přesto se jedná o relativizaci výše uvedené teze, že zaměstnanec nenese ztráty z jím vykonávané práce.

Za druhé, v případě realizace rizik a jejich negativních důsledků dopadajících na podnikání zaměstnavatele mohou být tyto negativní důsledky do jisté míry přeneseny na zaměstnance nezvýšením mzdy, snížením mzdy, snížením úvazku (tím i mzdy) či v krajním případě i výpovědí.<sup>238</sup> Nic z toho přitom nemusí být nutně důsledkem pochybení zaměstnance či špatného nebo jinak nedostatečného výkonu jeho práce. Zaměstnanec může ve skutečnosti vykonávat svou práci bezchybně a tyto negativní následky, které ponese, mohou být způsobeny makroekonomickou situací, špatnými rozhodnutími a špatnou mikroekonomickou situací zaměstnavatele, či dokonce jednáním třetích osob.<sup>239</sup> Riziko, které nese zaměstnanec, je tedy poměrně vysoké, neboť ani bezchybný výkon práce mu sám o sobě nezaručuje, že realizace rizika podnikání jeho zaměstnavatele nebude mít dopady i na něj. Opět jde tedy o relativizaci teze, že zaměstnanec nenese rizika vykonávané práce.

Třetí skutečnost relativizující výše uvedenou tezi se pak týká té její části, podle které zaměstnanec nenese zisky z nerealizace onoho rizika. Zde se přitom jedná zejména o odměnu poskytovanou za práci. V souvislosti s tím je často argumentováno, že odměna, a tedy alokace pozitivních výsledků rizika (podnikání) na zaměstnance, je závislá na zaměstnavateli. Např. Nejvyšší správní soud k tomu uvádí, že „zaměstnanec ... nemůže ... získávat ze své práce jiné ekonomické výhody než ty, jež mu poskytuje zaměstnavatel“.<sup>240</sup> Takový závěr je však ve zde zkoumaném kontextu neúplný. Ačkoliv totiž zaměstnanec vykonává práci jménem a na účet zaměstnavatele, tak se zaměstnavatelem samotným jedná vlastním jménem a na vlastní účet.

---

<sup>236</sup> § 257 odst. 3 Zákoníku práce

<sup>237</sup> § 257 odst. 2 Zákoníku práce

<sup>238</sup> Samozřejmě, ne vždy tak bude možné učinit jednostranným právním jednáním zaměstnavatele.

<sup>239</sup> Např. jiných zaměstnanců a jejich pochybení, dodavatelů atd.

<sup>240</sup> Nejvyšší správní soud ... 6 Ads 46/2013



Zaměstnanec má tedy možnost vyjednat si svým jménem podmínky, např. právě vyšší odměny či poskytování určitých výhod, typicky odměn, které navíc mohou být sjednány jako nárokové a závislé na výkonech daného zaměstnance.<sup>241</sup> K citovanému závěru Nejvyššího správního soudu je tedy nutné dodat, že i zaměstnanec má svobodnou vůli, vztah zaměstnance a zaměstnavatele je svobodný smluvní vztah, nikoliv jakýsi feudální vztah, ve kterém je zaměstnanec absolutně odkázán na milost a nemilost zaměstnavatele. Zaměstnanec sice nemůže získávat jiné výhody než ty, které mu poskytuje zaměstnavatel, avšak zaměstnavatel mu je poskytuje na základě dohody s ním samotným.

Jinými slovy, i zaměstnanec má možnost ovlivnit, zda a do jaké míry ponese výhody rizika podnikání zaměstnavatele a jím vykonávané práce spočívající v realizaci zisku, např. sjednáním odměn či zvyšování mzdy. V případě závislé práce vykonávané v základním pracovněprávním vztahu tak ani pozitivní důsledky rizika nejsou zcela alokovány pouze na zadavatele práce. Tím pádem lze uzavřít, že ani v případě závislé práce není alokace rizik (a jejich pozitivních i negativních důsledků) na zaměstnavatele absolutní. Tím se, byť nepatrně, ještě dále rozostřuje hranice mezi závislou prací a nezávislou prací vykonávanou podnikatelem. Indikátor alokace rizika spojeného s plněním je tak relativizován z obou stran a nelze jej brát dogmaticky, přesto zůstává důležitým indikátorem zastřené zaměstnávání.

## **2.8. Vůle stran**

V neposlední řadě hraje významnou roli, respektive by měla hrát, i vůle stran závazku. Je tedy nutné zkoumat, zda strany mají vůli uzavřít obchodní či pracovněprávní vztah; jinými slovy, vykonávat samostatnou či závislou práci. V praxi tak strany často volí explicitní smluvní prohlášení, že mají zájem o obchodní vztah a v žádném případě nemají zájem a nejedná se o pracovněprávní vztah zaměstnance a zaměstnavatele. Cílem je pojistit si, že závazek nebude posouzen jako zastřené zaměstnávání.

---

<sup>241</sup> Viz např. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 25. září 2014 sp. zn. 21 Cdo 3167/2013, kde soud konstatoval nutnost odlišování nárokových a nenárokových složek mzdy, tedy odměn, a znaky nárokové odměny.

Dle platné a účinné právní úpravy hraje autonomie vůle subjektu práva významnou roli. Princip důrazu na svobodnou vůli jedinců je opřen i o ústavní normy, v nichž je stanoven i ústřední princip legální licence vyjádřitelné slovy „*co není zakázáno, je dovoleno*“,<sup>242</sup> která je ústřední pro autonomii vůle a svobodu jako takovou. V soukromém právu je tato zásada vyjádřena hned v prvním ustanovení Občanského zákoníku. Podle něj si strany mohou ujednat vše dle vlastní vůle a odchylně od zákona, pokud tím neporušují dobré mravy, veřejný pořádek nebo právo týkající se postavení osob.<sup>243</sup>

V pracovním právu, a to i dle platné a účinné právní úpravy, je však princip autonomie vůle upozaděn, a to s odůvodněním ochrany veřejného pořádku. Vyplývá tak již ze základních zásad pracovněprávních vztahů explicitně vyjádřených v § 1a Zákoníku práce. Konkrétně jde o zásadu zvláštní zákonné ochrany postavení zaměstnance, uspokojivých a bezpečných podmínek pro výkon práce, spravedlivého odměňování zaměstnance, řádného výkonu práce v souladu s oprávněnými zájmy zaměstnavatele, rovného zacházení se zaměstnanci a zákaz jejich diskriminace.<sup>244</sup> Pouze zásada řádného výkonu práce v souladu s oprávněnými zájmy zaměstnavatele není jmenována jako zásada chránící veřejný pořádek, veškeré ostatní explicitně jmenované zásady pak mají chránit veřejný pořádek.<sup>245</sup>

Prvním problematickým bodem je, že zásady, které chrání veřejný pořádek, jsou zaměřeny výlučně na ochranu zaměstnanců. Již v tom, že pouze ochrana zaměstnance je otázkou veřejného pořádku, lze spatřovat významnou nevyváženost českého pracovního práva. Přitom jediná explicitně jmenovaná zásada chránící zájmy zaměstnavatele je rovněž oprávněná, legitimní, chrání vyváženost a funkčnost vztahu zaměstnance a zaměstnavatele a její nedodržování bude

---

<sup>242</sup> Čl. 2 odst. 4 Ústavy a čl. 2 odst. 3 Listiny

<sup>243</sup> § 1 odst. 2 Občanského zákoníku, který tak zároveň řeší i otázku dispozitivních a kogentních norem, kdy právě z důvodu důrazu na autonomii vůle převládají normy dispozitivní. „*Dispozitivní norma tedy respektuje lidskou vůli a dává jí přednost*“ LAVICKÝ, Petr. § 1 Soukromé a veřejné právo. Dispozitivnost. Zakázaná ujednání. In: LAVICKÝ, Petr a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654)*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2014, s. 17

<sup>244</sup> § 1a odst. 1 písm. a) až e) Zákoníku práce

<sup>245</sup> § 1a odst. 2 Zákoníku práce

mít na veřejný pořádek přinejmenším obdobný vliv jako nedodržování zásad stanovených na ochranu zaměstnance.<sup>246</sup>

Druhým problematickým bodem je potom pro tuto část práce významnější skutečnost, tedy že ve výčtu zcela absentuje zásada autonomie vůle. Tu je na první pohled možno aplikovat na pracovněprávní vztahy rovněž. Za prvé proto, že výčet zásad pracovněprávních vztahů je pouze demonstrativní.<sup>247</sup> Za druhé proto, že zásada autonomie vůle, jakožto zásada občanského práva vtělená do Občanského zákoníku, je aplikovatelná na základě subsidiarity Občanského zákoníku.

V prvním případě je však význam zásady autonomie vůle oslaben již tím, že zákonodárci nestála tato zásada za explicitní zařazení do výčtu zásad pracovněprávních vztahů. Za vyjmenování zákonodárci stály pouze výše uvedené zásady a nikoliv jiné. Již z toho lze dovozovat, že explicitně jmenovaným zásadám je přikládán jistý význam, a sice vyšší než zásadám explicitně nejmenovaným. Z toho lze dovozovat, že v případě kolize mezi výslovně jmenovanými zásadami pracovněprávních vztahů a výslovně nejmenovanými zásadami převáží ony jmenované, a to obzvláště ty označené za součást veřejného pořádku, nad jinými výslovně nejmenovanými.

---

<sup>246</sup> Tuto úvahu lze tedy rozvíjet i tím směrem, že taková nevyváženost je ve své podstatě nespravedlností, která v důsledku může veřejný pořádek narušit. Veřejný pořádek je totiž chápán jako základní hodnotové principy, bez nichž demokratická společnost nemůže fungovat a které jsou základem právního státu a společenského řádu, takže prostupují právním řádem, který je bere za své (viz LAVICKÝ, Petr. § 1 *Soukromé a veřejné právo. Dispozitivnost. Zakázaná ujednání*. In: LAVICKÝ, *Občanský zákoník I. ...*, s. 24). Již samotná vyváženost vztahů a zájmů dvou svobodných osob je jistě základním demokratickým principem, který v právním státu prostupuje celým právním řádem. Rovněž pak zájem na řádném a odpovědném přístupu ke slibům (srov. zásadu *pacta sunt servanda*), tedy i slibu, závazku, provedení závislé práce. Má-li navíc právo, a tedy i jemu vlastní princip veřejného pořádku, přispívat k a umožňovat uspořádání lidských vztahů přinášející svobodu, bezpečí a blahobyt (srov. aktuálně vůdčí smluvní teorii vzniku státu), pak lze i tímto testem dospět k závěru, že je v zájmu práva, a zřejmě i veřejného pořádku, aby závislá práce byla konána řádně. Nikoliv řádný výkon závislé práce bude totiž poškozovat zaměstnavatele, v důsledku toho i celé jeho podnikání, což ve větším měřítku může znamenat narušení jeho vztahů s ostatními podnikateli (např. dodavateli či odběrateli) a vést až k jejich ekonomickým potížím, které se mohou promítnout do makroekonomických ukazatelů státu a vyústit mimo jiné i ve vyšší míru nezaměstnanosti.

<sup>247</sup> Viz výraz „zejména“ použitý v úvodu výčtu § 1a odst. 1 Zákoníku práce.

To potom potvrzuje problém s druhým případem, tedy aplikací zásady autonomie vůle na základě subsidiarity Občanského zákoníku, jemuž je zásada autonomie vůle vlastní. I v tomto případě je totiž aplikovatelnost zásady autonomie vůle limitována (i) nutností aplikovat Občanský zákoník (a tedy i zásadu autonomie vůle) pouze v souladu se zásadami pracovněprávních vztahů<sup>248</sup> a (ii) relativní kogentností pracovněprávních norem.<sup>249</sup>

Zákoníkem práce explicitně jmenované zásady pracovněprávních vztahů mířící na ochranu zaměstnance a veřejného pořádku tak limitují zásadu autonomie vůle v pracovněprávních vztazích. Tolik hlásaná – a potřebná!<sup>250</sup> - *flexicurita* pracovního práva<sup>251</sup> je tak spíše iluzí, neboť princip *security* významně převažuje nad principem *flexibility* již v případě základních zásad českého pracovního práva, což se nutně promítá do jednotlivých norem a jejich výkladu.

Zásadní praktický problém v souvislosti s vůlí stran je pak ten, že závislou práci lze dle zákona vykonávat jen a pouze v základním pracovněprávním vztahu,<sup>252</sup> přičemž pouhé prohlášení stran není sto přepsat charakter ujednaného závazku. Například Krajský soud v Ústí nad Labem ve zde rozebíraném případě vedeném pod sp. zn. 15 Ca 219/2000 dospěl k závěru, že

---

<sup>248</sup> § 4 Zákoníku práce

<sup>249</sup> § 4a Zákoníku práce

<sup>250</sup> Viz Evropská komise. COM/2007/0359 final ze dne 27. června 2007. *Towards Common Principles of Flexicurity: More and better jobs through flexibility and security*. Dostupné na <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52007DC0359>> a Evropská komise. COM/2006/708 final ze dne 22. listopadu 2006. *Green Paper: Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century*. Dostupné na <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=COM:2006:0708:FIN>>

<sup>251</sup> *Flexicurity* jako spojení slov *flexibility* a *security*, které má vyjádřit, že v pracovním právu se vyvažují a snoubí dva protichůdné principy, kterými jsou flexibilita pracovních vztahů na jedné straně a ochrana jistot na druhé straně. K obsahu a principům *flexicurity* viz Evropská komise, ... *Towards Common Principles of Flexicurity: More and better jobs through flexibility and security* ... K problematickým aspektům *flexicurity* viz MORÁVEK, J. *Flexicurity, vyprázdněné pojmy a morální aspekt*. In: Sborník příspěvků z mezinárodní konference Pracovní právo 2010 – FLEXIBILNÍ FROMY ZAMĚSTNÁVÁNÍ. Brno: Masarykova univerzita, 2010, s. 111-120.

<sup>252</sup> § 3 Zákoníku práce; výjimku tvoří služební poměr (viz pozn. č. 11)

explicitní smluvní prohlášení stran, že jejich vztah není pracovněprávním nýbrž obchodním závazkem, nehrálo za daných okolností vůbec žádnou roli.<sup>253</sup>

Nejvyšší správní soud ovšem dospívá k závěru, že vůle smluvních stran je důležitá a je nutné ji zkoumat. Pouze pokud známe skutečnou vůli stran, můžeme určit, zda mají snahu svým jednáním zastřít jinou skutečnost, či nikoliv.<sup>254</sup> Nejvyšší správní soud k tomu dodává, že skutečnou vůli stran lze zjistit jednak z „konkrétních skutečností“ a pak z jejich „okolností“.<sup>255</sup> Tedy z celého kontextu, nikoliv jen a pouze jednoho explicitního ustanovení, či jedné náležitosti smlouvy.

Právě v tomto kontextu je nutné vykládat i výše uvedený závěr Krajského soudu v Ústí nad Labem. A to bez ohledu na to, zda to tak daný soud v daném rozhodnutí skutečně zamýšlel, neboť zájem na jednotném a správném výkladu a princip právní jistoty převažují, v daném kontextu lehce ironicky, nad skutečnou vůli daného krajského soudu. Nejvyšší správní soud takto totiž ohledně zkoumání skutečné vůle stran judikuje konstantně.<sup>256</sup>

Krajský soud ke svému závěru ovšem v této konkrétní věci zřejmě nedospěl z toho důvodu, že by odmítal zkoumat skutečnou vůli stran a přihlížet k ní. Dost možná právě naopak. Ačkoliv tak krajský soud výslovně neuvádí, zdá se, že skutečnou vůli stran zkoumal a že tak činil v souladu se závěry vyslovenými Nejvyšším správním soudem. Jinými slovy řečeno, zkoumané rozhodnutí krajského soudu a jeho závěry ob stojí i při aplikaci testu skutečné vůle stran požadovaného Nejvyšším správním soudem.

Strany totiž v daném případě, ale platí tak i o všech ostatních, svoji svobodnou vůli nevyjádřily pouze oním jedním prohlášením, ale celým kontextem svého vztahu, celou smlouvou

---

<sup>253</sup> „Na tomto závěru nemůže ničeho změnit ani jejich ujednání vyjádřená v těchto smlouvách, že jejich vztah není pracovněprávní, nýbrž obchodní. Jimi uzavřené dohody totiž nemohou mít povahu smluv o dílo...“ Krajský soud v Ústí nad Labem ... 15 Ca 219/2000

<sup>254</sup> Nejvyšší správní soud ... 7 Afs 72/2008

<sup>255</sup> „Na existenci skutečné vůle směřující k určitému úkonu přitom lze usuzovat jak z konkrétních skutečností, jejichž prostřednictvím se vůle projevuje navenek, tak z ostatních souvisejících okolností.“ Tamtéž

<sup>256</sup> Viz např. i Nejvyšší správní soud ... 2 Afs 173/2005 či usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 3. dubna 2007 sp. zn. 1 Afs 73/2004 či rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 10. listopadu 2005 sp. zn. 1 Afs 107/2004.

a všemi jejími ujednáními, kterými nastavily parametry daného závazku a jeho základní charakteristiku. Ty přitom nastavily takovým způsobem, že se ve skutečnosti jednalo o závislou práci. Svou vůlí tedy strany určily celkovou charakteristiku závazku, kterou už nemohly dalším ojedinělým smluvním prohlášením, byť učiněným rovněž o své vůli, přebít. Stejně tak nemohlo toto prohlášení přebít zákonný příkaz, že závislou práci lze vykonávat pouze v základním pracovněprávním vztahu.<sup>257</sup>

Jak již bylo zmíněno, zkoumané rozhodnutí Krajského soudu v Ústí nad Labem bylo přijato ještě v kontextu dle předchozí úpravy. Jeho zde pojednávané závěry však v tomto ohledu platí i nadále. I v kontextu stávající úpravy pracovního a občanského práva totiž platí, že (i) vůle stran není patrná pouze z explicitních prohlášení, nýbrž i z implicitních vyjádření, z celkového nastavení závazku a jeho skutečného obsahu,<sup>258</sup> (ii) v případě vzájemného rozporu jednotlivých ujednání je nutné zkoumat, co převáží, přičemž zpravidla to bude právě celkové nastavení závazku a esenciální náležitosti determinující jeho skutečnou povahu nad prohlášením, které tomuto neodpovídá,<sup>259</sup> (iii) vůle stran nemůže vést k úpravě odporující kogentnímu ustanovení zákona.<sup>260</sup>

Je tedy nutné odlišit mezi vůlí stran obsaženou v celém vztahu a jeho parametrech od prohlášení stran. Mají-li strany vůlí skutečně vstoupit do obchodního a nikoliv pracovněprávního vztahu, musí se to projevit zejména na nastavení rozhodných esenciálních náležitostí daného závazku, kterými bude závazek determinován právě jako obchodní a nikoliv pracovněprávní. V takovém případě má doplnění explicitního vyjádření zachycujícího tuto vůli význam, neboť potvrzuje již vyjádřenou vůli stran a činí ji zjevnou na první pohled. V opačném případě, tedy

---

<sup>257</sup> K tomu srov. např. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 13. září 2016 sp. zn. 36 Ad 39/2014, v němž soud vyslovil v zásadě totéž. Nutno upřesnit, že soud tak dospěl v případě, kde navíc kumulovala otázka zastřenému zaměstnávání a zastřenému agenturnímu zaměstnávání. Princip přitom zůstává stejný – jde o zkoumání celkového kontextu, zda byly naplněny materiální znaky toho kterého institutu, což má oproti formálním prohlášením rozhodující povahu.

<sup>258</sup> § 545, § 546 a § 555 odst. 1 Občanského zákoníku

<sup>259</sup> § 555 odst. 1 Občanského zákoníku

<sup>260</sup> § 1 odst. 2 Občanského zákoníku; srov. i § 580 a § 588 Občanského zákoníku a dále čl. 2 odst. 4 Ústavy a čl. 2 odst. 3 Listiny

v případě, kdy vůle stran nevede ke správnému nastavení smluvního vztahu, může být takové explicitní vyjádření bez významu, neboť vůle stran byla dostatečně vyjádřena již v ostatních ujednáních smlouvy určujících charakter závazku a tímto prohlášením je skutečná vůle pouze zastřena.<sup>261</sup>

---

<sup>261</sup> Na druhou stranu, nemusí jít vždy o záměr, špatné nastavení vztahu a zastřené zaměstnávání nemusí být vždy nutně důsledkem úmyslného zastření, ale může být i důsledkem neznalosti a neodbornosti, což však nic nemění na tom, že se bude jednat, ač o neúmyslné, zastřené zaměstnávání.

### 3. Zastřené agenturní zaměstnávání

Některé podniky jsou si samozřejmě rizika spojeného se zastřeným zaměstnáváním vědomy. V praxi se pak stává, že ve snaze vyhnout se rizikům s tím spojeným vytvoří vztah, který je možné kvalifikovat jako zastřené agenturní zaměstnávání. Může k tomu dojít v situaci, kdy jsou jednotliví pracovníci najati přes generálního dodavatele.

V jednodušším případě, jsou pracovníci zaměstnanci generálního dodavatele. V takovém případě sice může dojít k zastřenému agenturnímu zaměstnávání, avšak alespoň nehrozí zastřené zaměstnávání mezi generálním dodavatelem a pracovníkem. Ve složitějším případě jsou jednotliví pracovníci freelancery, které kontrahoval generální dodavatel a následně je používá pro plnění práce dle ujednání s podnikem. Zde pak všem hrozí rizika vyplývající jak ze zastřené agenturního zaměstnávání, tak zastřené zaměstnávání.

V konečném důsledku se tak podnik rizikům spojeným se zastřeným zaměstnáváním tímto způsobem nemusí vůbec vyhnout. Navíc se zde může otevřít riziko zastřené zaměstnávání pro generálního dodavatele. Pro oba subjekty se potom rovněž ještě navíc otevírá i riziko zastřené agenturního zaměstnávání. V případě takových vztahů je tedy nutné ještě více věnovat pozornost jejich správnému nastavení.

#### 3.1. Definice zastřené agenturního zaměstnávání

Na tomto místě je vhodné doplnit základní terminologii této práce o vysvětlení pojmů, které jsou zde používány v souvislosti se zastřeným agenturním zaměstnáváním. Zcela základním pojmem je v tomto ohledu pojem *zprostředkování zaměstnání*. Tento pojem nachází svou definici v § 14 Zákona o zaměstnanosti, podle kterého se zprostředkováním zaměstnání rozumí (i) vyhledání zaměstnání pro fyzickou osobu, která se o práci uchází, (ii) vyhledání zaměstnanců pro zaměstnavatele, který hledá nové pracovní síly, (iii) zaměstnávání fyzických osob za účelem výkonu jejich práce pro uživatele, (iv) poradenská a informační činnost v oblasti pracovních příležitostí, (v) vyslání cizince jeho zahraničním zaměstnavatelem k výkonu práce na území České republiky na základě smlouvy s českou právnickou nebo fyzickou osobou, jejímž obsahem je pronájem pracovní síly. Pro tuto práci je tedy relevantní zprostředkování zaměstnání ad (iii).

Zprostředkování zaměstnání v pro tuto práci relevantním kontextu jsou tedy účastny tři strany – (i) agentura práce, (ii) uživatel a (iii) pracovník. Pojem *pracovník* zůstává i v tomto kontextu totožný jako v případě zastřené zaměstnávání, jak je vymezeno výše v kapitole 1.2.



Pod pojmem *uživatel* se pak podle § 14 Zákona o zaměstnanosti rozumí právnická nebo fyzická osoba, která pracovníkovi práci přiděluje a dohlíží na její provedení. Pojem *uživatel* je tak podřazeným pojmem pojmu *podnik*, který je vymezený výše v kapitole 1.2, neboť pracovníky pro výkon práce získává zprostředkovaně skrze agenturu práce. V této části práce jsou pojmy *uživatel* a *podnik* používány zastupitelně, přičemž pojem *uživatel* je používán zejména v kontextu, v němž je nutné toto právní postavení podniku zdůraznit.

Pojem *agentura práce* je pak definován skrze popis činnosti a fungování agentury práce v ustanoveních § 58, § 58a, § 60 a § 66 Zákona o zaměstnanosti a § 307a Zákoníku práce. Agenturu práce tak lze definovat jako zaměstnavatele, který přiděluje své zaměstnance k výkonu práce k jinému zaměstnavateli, a to na základě zvláštní smlouvy mezi ním a tímto druhým zaměstnavatelem (uživatelem) a dále na základě zvláštního povolení ke zprostředkování zaměstnání uděleného generálním ředitelstvím Úřadu práce. Z odkazovaných ustanovení potom vyplývá, že agenturou práce může být jak právnická osoba, tak fyzická podnikající osoba.

Nadřazeným pojmem je pak pojem *generální dodavatel*, pod který lze kromě agentury práce subsumovat dodavatele, kteří podniku dodávají určité plnění a za tímto účelem používají poddodavatele; tedy např. generální zhotovitel ve smyslu smlouvy o dílo, který pro plnění využívá podzhotovitele. Pokud takový vztah generálního dodavatele s jeho poddodavateli a osobami, jimž plnění poskytuje, naplní znaky agenturního zaměstnávání, avšak generální dodavatel nebude agenturou práce, vzniká riziko, že vztah bude kvalifikován jako zastřené agenturní zaměstnávání.

Před definicí pojmu *zastřené agenturní zaměstnávání* je ještě nutné vyjasnit pojem *agenturní zaměstnávání*. Jak vyplývá z definice pojmu *zprostředkování zaměstnání* výše, pojmem *agenturní zaměstnávání* se rozumí zprostředkování zaměstnání pracovníkovi agenturou práce, která jej zaměstná za tím účelem, aby jej dále přidělovala k výkonu práce u uživatelů.<sup>262</sup> Takové přidělování vlastního pracovníka k výkonu práce u uživatelů je pak spojováno s pojmem *pronájem pracovní síly*, což je pojem, který tato práce v tomto smyslu také používá.<sup>263</sup>

---

<sup>262</sup> § 14 odst. 1 písm. b) Zákona o zaměstnanosti

<sup>263</sup> Viz analýza v kapitole 3.3.1.

Disponuje-li agentura práce příslušným povolením a je-li vztah mezi ní a pracovníkem nepokrytě nastaven jako základní pracovněprávní vztah, pak je vše v pořádku.

Tím se dostáváme k definici pojmu *zastřené agenturní zaměstnávání*. Tento pojem nachází svou legální definici v § 5 písm. g) Zákona o zaměstnanosti. Ten stanoví, že zastřeným agenturním zaměstnáváním se rozumí činnost právnické nebo fyzické osoby spočívající v pronájmu pracovní síly jiné právnické nebo fyzické osobě, aniž by byly dodrženy podmínky takového zprostředkování zaměstnání. Tedy aniž by příslušný generální dodavatel disponoval potřebným povolením ke zprostředkování zaměstnání ve smyslu § 60 Zákona o zaměstnanosti či splnil další podmínky, které zákon na agenturní zaměstnávání klade.<sup>264</sup> I na zastřené agenturní zaměstnávání je nutné hledět optikou § 555 odst. 2 Občanského zákoníku a vykládat jej podle jeho skutečného obsahu, kterým je agenturní zaměstnávání.

## **3.2. Rizika zastřené agenturního zaměstnávání**

### **3.2.1. Rizika stíhající generálního dodavatele**

Rizika zastřené agenturního zaměstnávání stíhají zejména generálního dodavatele. Jedná se především o speciální veřejnoprávní sankci podle § 140 Zákona o zaměstnanosti. Zastřené agenturní zaměstnávání lze totiž kvalifikovat jako přestupek podle Zákona o zaměstnanosti. Za prvé jako přestupek podle § 140 odst. 1 písm. b) Zákona o zaměstnanosti spočívající ve zprostředkování zaměstnání bez povolení nebo porušení Zákona o zaměstnanosti či dobrých mravů při zprostředkování zaměstnání jiným způsobem. Za něj lze dle § 140 odst. 4 písm. b) Zákona o zaměstnanosti uložit pokutu ve výši až 2.000.000,- Kč. Za druhé jako přestupek podle § 140 odst. 1 písm. g) Zákona o zaměstnanosti spočívající v zastřeném zaměstnávání fyzických osob za účelem výkonu jejich práce pro uživatele. Za něj lze dle § 140 odst. 4 písm. f) Zákona o zaměstnanosti uložit pokutu ve výši 50.000,- Kč až 10.000.000,- Kč.

---

<sup>264</sup> Viz analýza v kapitole 3.3.2.

V této souvislosti upozorňuje např. Štefko na to, že obě ustanovení v zásadě míří na totéž a vzniká tu tedy jakási duplicita přestupku a sankce.<sup>265</sup> Tato duplicita však, zdá se, není jednoznačná a stoprocentní. Skutková podstata podle § 140 odst. 1 písm. g) totiž míří pouze na jednu podobu zprostředkování zaměstnání, a sice na zprostředkování zaměstnání podle § 14 odst. 1 písm. b) Zákona o zaměstnanosti, když odkazuje na § 5 písm. g) Zákona o zaměstnanosti. Jinými slovy míří pouze na agenturní zaměstnávání. Oproti tomu skutková podstata podle písm. b) *a linea* druhá žádnou takovou limitaci neobsahuje,<sup>266</sup> a tedy míří na všechny formy zprostředkování zaměstnání podle § 14 odst. 1 Zákona o zaměstnanosti, tedy i formy podle písm. a) a c) Zákona o zaměstnanosti, které mohou provádět Krajské pobočky Úřadu práce.

Rovněž je nutné vyjít z definice pojmu *zastřené agenturní zaměstnávání* uvedené výše a pojmu *zastřené právní jednání*, jak jej chápe § 555 Občanského zákoníku. Je totiž nutné rozlišit případy nesplnění podmínek pro agenturní zaměstnávání vč. nejzásadnější podmínky spočívající ve speciálním povolení pro takovou činnost od případů zastření *per se*, ve kterých dokonce mohou být alespoň některé zákonné podmínky agenturního zaměstnávání, jako je právě existence speciálního povolení, splněny.<sup>267</sup> Rozdíl navíc spočívá dle této práce i v tom, že přestupku podle § 140 odst. 1 písm. g) Zákona o zaměstnanosti se může dopustit pouze agentura práce, kdežto přestupku podle § 140 odst. 1 písm. b) Zákona o zaměstnanosti i uživatel.<sup>268</sup> I z těchto důvodů vyplývá, že ony skutkové podstaty se nepřekrývají zcela, pouze částečně, a nelze tak hovořit o stoprocentní duplicitě.

---

<sup>265</sup> „... v čem jiném by mohlo spočívat zastřené agenturní zaměstnávání, než právě v tom, že podnikající fyzická nebo právnická osoba zprostředkuje zaměstnání bez povolení nebo jiným způsobem poruší při zprostředkování zaměstnání tento zákon nebo dobré mravy.“ ŠTEFKO, Martin. *Zastřené agenturní zaměstnávání – návrat Jediho?*. Právní rozhledy. 2017, č. 21, nestránkováno

<sup>266</sup> Předmětná skutková podstata *a linea* první ji obsahuje, když výslovně zmiňuje „povolení“, které je irelevantní v případě zprostředkování zaměstnání Krajskou pobočkou Úřadu práce podle písm. § 14 odst. 1 písm. a) a c) Zákona o zaměstnanosti. *A linea* první tedy rovněž může mířit pouze na případy agenturního zaměstnávání a zde tedy jistě k určité dualitě dochází.

<sup>267</sup> K tomu více viz kapitola 3.3.2 a její závěry.

<sup>268</sup> Srov. kapitola 3.2.2.

Navíc existuje ještě třetí skutková podstata dotýkající se zastřené agenturního zaměstnávání. Tato je obsažena v § 140 odst. 1 písm. f) Zákona o zaměstnanosti. Znaky této skutkové podstaty může naplnit jen a pouze generální dodavatel. Jde o situaci, ve které agentura práce nedoloží ve stanovené lhůtě ode dne nabytí právní moci rozhodnutí o povolení ke zprostředkování zaměstnání generálnímu ředitelství Úřadu práce doklad o sjednání povinného pojištění. Za spáchání tohoto přestupku lze uložit generálnímu dodavateli pokutu ve výši až 20.000,- Kč.<sup>269</sup>

Pakliže vztah mezi pracovníkem a podnikem, kterému tohoto pracovníka dodal generální dodavatel, nebo pracovníkem a generálním dodavatelem samotným naplňuje rovněž znaky zastřené zaměstnávání, dopouští se generální dodavatel přestupku umožnění zastřené zaměstnávání podle § 140 odst. 1 písm. c) Zákona o zaměstnanosti. Jinými slovy, generální dodavatel se vystavuje rizikům zastřené zaměstnávání popsaným v kapitole 1.3, primárně uložení pokuty podle § 140 odst. 4 písm. f) Zákona o zaměstnanosti uložit ve výši 50.000,- Kč až 10.000.000,- Kč.

### **3.2.2. Rizika stíhající podnik**

V případě podniku jsou rizika zastřené agenturního zaměstnávání obdobná. Za prvé, vztah mezi podnikem a pracovníkem, kterého poskytl generální dodavatel, může naplnit znaky zastřené zaměstnávání. V takovém případě se podnik vystavuje rizikům zastřené zaměstnávání popsaným v kapitole 1.3. Za druhé je nutné zvažovat, zda se také podnik může dopustit přestupku zastřené agenturního zaměstnávání a tím se vystavit rizikům veřejnoprávní sankce. Zde je však nutné si uvědomit, že podnik není poskytovatelem zastřené agenturního zaměstnávání, nýbrž jeho uživatelem.

Podnik se, co by uživatel, nejspíše nemůže dopustit přestupku zastřené agenturního zaměstnávání sám bez jednání generálního dodavatele, co by zprostředkovatele. V úvahu tedy připadá institut spolupachatelství. Ten je v kontextu přestupkového práva upraven v § 11 Zákona o odpovědnosti za přestupky, který stanoví, že byl-li přestupek spáchán společným jednáním

---

<sup>269</sup> § 140 odst. 4 písm. g) Zákona o zaměstnanosti

dvou nebo více osob, pak jsou tyto osoby spolupachateli a každá z nich odpovídá, jako by přešupek spáchala sama.<sup>270</sup> Zde se nabízí dvě otázky. Za první, zda může být podnik subjektem způsobilým ke spáchání přešupku zastřenéu agenturníu zaměštnávání. Za druhé, zda může podnik svým jednáním naplnit znaky skutkové podstaty zastřenéu agenturníu zaměštnávání.

Na první otázku lze odpovědět ano. Podnik je způsobilým subjektem ke spáchání přešupku zastřenéu agenturníu zaměštnávání. Zákon o zaměštnanosti v jednotlivých skutkových podstatách totiž nevyžaduje zvláštní postavení, způsobilost či vlastnosti. Bylo by možné argumentovat, že takové zvláštní postavení Zákon o zaměštnanosti vyžaduje implicitně, když požaduje ve skutkové podstatě podle § 140 odst. 1 písm. g), aby byla vykonána činnost zprostředkování, kterou ze své povahy může vykonat pouze osoba ve zvláštním postavení zprostředkovatele. Ovšem ona činnost zprostředkování nemíří na zvláštní postavení pachatele, nýbrž je znakem skutkové podstaty spočívajícím v činnosti, kterou je zaměštnání zprostředkováno, a to právě bez ohledu na postavení pachatele. Zda takovou činnost může vykonat i příjemce zprostředkování je otázka po naplnění znaků skutkové podstaty řešená dále v textu této kapitoly. Nejde tedy o požadavek zvláštníu postavení.<sup>271</sup>

Odpověď na druhou otázku je pak méně přímočará. V případě skutkové podstaty dle § 140 odst. 1 písm. g) Zákona o zaměštnanosti jsou jejími kumulativními znaky (i) zprostředkování zaměštnání a (ii) zastření zprostředkování zaměštnání. Lze se domnívat, že podnik tuto skutkovou podstatu naplnit nemůže, neboť činnost spočívající ve zprostředkování zaměštnání vykonává agentura práce, nikoliv podnik, který z pozice uživatele přijímá pracovníka jakožto výsledek zprostředkovatelské činnosti agentury práce. Podnik tak nemůže naplnit první znak této

---

<sup>270</sup> Nutno dodat, že podle současné úpravy přešupkového práva, se za pachatele považuje i organizátor, návodce a pomocník, pokud tak příslušná skutková podstata stanoví (§ 13 Zákona o odpovědnosti za přešupky), avšak vzhledem k tomu, že Zákon o zaměštnanosti tak v příslušné skutkové podstatě výslovně nestanoví, nebude v případě přešupku zastřenéu agenturníu zaměštnávání organizátorství, návod a pomoc považováno za pachatelství.

<sup>271</sup> Překlenutí tohoto problému naopak není možné na základě § 12 písm. b) Zákona o odpovědnosti za přešupky. Podle toho platí, že požaduje-li zákon zvláštní postavení pachatele, spolupachatelem může být i ten, kdo takové postavení nemá, má-li jej alespoň jeden ze spolupachatelů, stanoví-li tak zákon. Zákon o zaměštnanosti tak ovšem nestanoví.

skutkové podstaty a nemůže se tedy dopustit přestupku zastřené agenturního zaměstnávání podle § 140 odst. 1 písm. g) Zákona o zaměstnanosti.

To však neznamená, že podnik je v tomto ohledu zcela bez rizika. V úvahu totiž připadá ještě skutková podstata přestupku podle § 140 odst. 1 písm. b) Zákona o zaměstnanosti. Ta sice na rozdíl od téhož ustanovení písm. g) výslovně nezmiňuje zastřené agenturní zaměstnávání, avšak na agenturní zaměstnávání rovněž míří, když uvádí, že přestupkem je zprostředkování zaměstnání bez povolení nebo jiné porušení Zákona o zaměstnanosti či dobrých mravů při zprostředkování zaměstnání. Vzhledem k tomu, že zastřené agenturní zaměstnávání je definováno, jako zprostředkování zaměstnání bez naplnění příslušných zákonných podmínek<sup>272</sup> a jednou z těchto podmínek je příslušné veřejnoprávní povolení,<sup>273</sup> jedná se i v tomto případě o zastřené agenturní zaměstnávání.

Znaky skutkové podstaty podle § 140 odst. 1 písm. b) *a linea* první Zákona o zaměstnanosti podnik opět z důvodu svého faktického postavení nemůže naplnit, a tedy se nemůže dopustit přestupku zprostředkování zaměstnání bez povolení.<sup>274</sup> Podnik však může naplnit znaky skutkové podstaty podle § 140 odst. 1 písm. b) *a linea* druhá Zákona o zaměstnanosti. Jejím znakem je totiž jiné porušení Zákona o zaměstnanosti nebo dobrých mravů při zprostředkování zaměstnání. Ačkoliv podnik není tím, kdo by sám vyvíjel činnost zprostředkování, vztahu zprostředkování se účastní na straně uživatele. Lze se tedy domnívat, že i podnik z této pozice může „při“ činnosti zprostředkování zaměstnání, jejímž je uživatelem, beneficentem, porušit Zákon o zaměstnanosti či dobré mravy. Lze uvažovat např. o situaci, kdy si je podnik vědom toho, že zaměstnanec je mu zprostředkován zastřeně, či dokonce aktivně podporuje nebo iniciuje takové uspořádání vztahů.<sup>275</sup>

---

<sup>272</sup> K definici viz kapitola 3.1

<sup>273</sup> § 60 Zákona o zaměstnanosti

<sup>274</sup> Tuto skutkovou podstatu může naplnit pouze agentura práce, nikoliv uživatel. Potud je tedy tato skutková podstata skutečně duplicitní se skutkovou podstatou podle § 140 odst. 1 písm. g) Zákona o zaměstnanosti, jak uvádí Štefko.

<sup>275</sup> Dle názoru autora by takové jednání podniku dobré mravy porušovalo. K definici dobrých mravů viz jejich analýzu obsaženou v kapitole 3.2.3.

I podnik tedy může být za jistých okolností vystaven riziku veřejnoprávních sankcí za zastřené agenturní zaměstnávání. Konkrétně za situace, kdy svým jednáním naplní znaky skutkové podstaty přestupku podle § 140 odst. 1 písm. b) *a linea* druhá Zákona o zaměstnanosti, za který lze uložit pokutu ve výši 2.000.000,- Kč, přičemž není stanovena minimální výše pokuty, takže spodní hranice je efektivně nula.<sup>276</sup> Rizika na straně podniku jsou tedy na rozdíl od generálního dodavatele limitována, co se šíře odpovědnosti týče, neboť generální dodavatel může být odpovědný za více přestupků, i co se výše odpovědnosti týče, neboť spodní i horní hranice pokuty ukládané za přestupek, jehož se může dopustit podnik je nižší, než spodní a horní hranice pokuty ukládané za přestupek, jehož se může dopustit generální dodavatel.

### **3.2.3. Alokace rizik stíhajících generálního dodavatele na podnik**

Jistým dalším rizikem pro podnik může být i snaha generálního dodavatele alokovat odpovědnost či alespoň monetární důsledky za jemu ukládanou veřejnoprávní sankcí za zastřené agenturní zaměstnávání na podnik. Za prvé tak připadá v úvahu učinit smluvním ujednáním, podle kterého se podnik zaváže, že v případě posouzení vztahu jako zastřeného agenturního zaměstnávání uhradí generálnímu dodavateli újmu z toho vzniklou včetně pokut. Za druhé pak připadá v úvahu domáhání se náhrady takové újmy skrze zákonná ustanovení o závazcích z deliktů.<sup>277</sup>

V případě smluvního ujednání je nutné zkoumat, zda takové ujednání bude platné a vynutitelné. Zde je nutné vyjít z § 1 odst. 2 Občanského zákoníku, podle kterého si strany mohou ujednat to, co (i) zákon výslovně nezakazuje, (ii) neporušuje dobré mravy, (iii) neporušuje veřejný pořádek nebo (iv) neporušuje právo týkající se postavení osob. Jedná se tedy o princip smluvní volnosti, který je dále rozvíjen v § 3 Občanského zákoníku, který k němu přidává i princip *pacta sunt servanda* v odst. 2 písm. d) téhož ustanovení. Zároveň je nutné vyjít i z § 574 Občanského zákoníku, podle kterého je na právní jednání nutné hledět spíše jako na platné. A

---

<sup>276</sup> § 140 odst. 4 písm. b) Zákona o zaměstnanosti

<sup>277</sup> Stranou tato práce ponechává otázku, v jakém rozsahu by měla být taková újma hrazena a jak by se zjišťovala její výše.

naposledy je nutné vyjít i z § 580 odst. 1 Občanského zákoníku, podle kterého je právní jednání neplatné, pokud odporuje (i) dobrým mravům či (ii) zákonu, pokud tak smysl a účel zákona vyžaduje.

Zásadní otázkou tedy je, zda takové smluvní ujednání, kterým se podnik zavazuje nahradit generálnímu dodavateli újmu vzniklou v souvislosti se zastřeným agenturním zaměstnáváním, která je zejména představována pokutou ve výši 50.000,- Kč až 10.000.000,- Kč, neodporuje dobrým mravům či zákonu, pokud to účel zákona vyžaduje. Smyslem a účelem pokuty je potrestat pachatele přestupku. Tento účel pak vyžaduje, aby negativní následky přestupku spočívající v uložení a vynucení sankce nesl pachatel a nepřenášel tyto na třetí osobu. To se podává mimo jiné ze zásad (správního) trestání a přenos sankce na osobu, která přestupek nespáchala, by tak byl v rozporu již s těmito základními zásadami.<sup>278</sup> Ustanovení ukládající sankci je navíc součástí veřejného práva a je kogentní. Takové smluvní ujednání se tedy přičítá zákonu i jeho účelu, přičemž dosažení tohoto účelu vyžaduje, aby bylo takové ujednání neplatné. Lze se navíc domnívat, že porušením pravidla, podle kterého sankce stíhá pachatele, by byl narušen veřejný pořádek<sup>279</sup> a takové smluvní ujednání by bylo dokonce absolutně neplatné.<sup>280</sup>

V případě domáhání se náhrady újmy představované zaplacenou pokutou za zastřené agenturní zaměstnávání skrze zákonná ustanovení o závazcích z deliktů je nutné zkoumat, zda může podniku taková odpovědnost vzniknout na základě obecných skutkových podstat náhrady újmy. Ty jsou obsaženy v (i) § 2909 Občanského zákoníku pojednávajícího o náhradě újmy způsobené porušením dobrých mravů, dále (ii) § 2910 Občanského zákoníku upravujícího náhradu újmy způsobené porušením zákona<sup>281</sup> a nakonec (iii) § 2913 Občanského zákoníku normujícího náhradu újmy způsobené porušením smluvní povinnosti.

V kontextu problematiky možnosti přenosu negativních dopadů veřejnoprávních sankcí z generálního dodavatele na podnik pak připadá v úvahu zkoumat naplnění znaků prvních dvou skutkových podstat, tedy povinnosti k náhradě újmy způsobené porušením (i) dobrých mravů

---

<sup>278</sup> § 37 Zákona o odpovědnosti za přestupky nebo § 39 a násl. Trestního zákoníku.

<sup>279</sup> Srov. vymezení veřejného pořádku dle pozn. č. 246.

<sup>280</sup> § 588 Občanského zákoníku

<sup>281</sup> Porušení zákona lze dále rozlišovat na porušení absolutního práva a na porušení ochranné normy.



podle § 2909 Občanského zákoníku a (ii) zákona podle § 2910 Občanského zákoníku. Porušení smluvní povinnosti zde nepřipadá v úvahu, ledaže by se jednalo o situaci, kdy si strany smluvily, že podnik újmu generálnímu dodavateli nahradí a ten následně tuto svou povinnost porušil. Jak je však uvedeno výše, takové ujednání by bylo neplatné, a tudíž nepřipadá v úvahu ani náhrada újmy způsobené jeho porušením.

Podle § 2909 Občanského zákoníku platí, že škůdce je povinen nahradit újmu, kterou způsobil úmyslným porušením dobrých mravů, přičemž vykonával-li svým jednáním své právo, pak je povinen k náhradě pouze pokud hlavním účelem jeho jednání bylo poškození jiného. Je tedy nutné, aby byly splněny následující podmínky: (i) porušení dobrých mravů, (ii) úmysl, (iii) vznik újmy, (v) příčinná souvislost, (vi) hlavní účel spočívá v poškození jiného, jde-li o výkon práva.

Dobré mravy jsou všeobjímající kategorií, na které stojí soukromé právo<sup>282</sup> a která prostupuje napříč Listinou<sup>283</sup> a tím i celým právním řádem.<sup>284</sup> Přesto dobré mravy nejsou čistě právní kategorií a povinnost je dodržovat a řídit se jimi není nutně povinností právního charakteru.<sup>285</sup> Jde totiž o kategorii etickou, neboť dobré mravy jsou chápány jako souhrn „*etických obecně uznávaných a zachovávaných zásad*“.<sup>286</sup> Dobré mravy jsou vnímány spíše intuitivně, což může vést k výkladové a následně i aplikační svévoli.<sup>287</sup> To lze zřejmě přisuzovat povaze etiky a etických pravidel, která jsou přirozeně méně kategorická a jejich povaha není natolik silně normativní, jako je tomu v případě právních pravidel.<sup>288</sup> Taková výkladová a

---

<sup>282</sup> BEZOUŠKA, Petr. § 2909 Porušení dobrých mravů. In: HULMÁK, *Občanský zákoník VI. ...*, s. 1533

<sup>283</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 5. června 2012 sp. zn. IV. ÚS 3653/11

<sup>284</sup> Viz doktrína prozařování základních práv založená na nálezů Ústavního soudu ze dne 15. března 2005 sp. zn. I ÚS 367/03.

<sup>285</sup> BEZOUŠKA, Petr. § 2909 Porušení dobrých mravů. In: HULMÁK, *Občanský zákoník VI. ...*, s. 1534

<sup>286</sup> Ústavní soud ... IV. ÚS 3653/11

<sup>287</sup> TELEČEK, Ivo. *Poctivost a důvěra, dobrá víra, dobré mravy, veřejná morálka a veřejný pořádek*. Právní rozhledy. 2011, č. 1, nestránkováno

<sup>288</sup> Zde by někdo mohl namítnout, že jde o otázku subjektivní, neboť se jistě vyskytují jedinci, kteří se cítí natolik zavázání jimi uznávanými etickými pravidly, že je upřednostní před právními pravidly, tj. v zájmu dodržení jimi uznávaného etického pravidla jsou ochotni porušit pravidla právní. To však nevyovídá o povaze

zejména pak aplikační svévole je samozřejmě nebezpečná a předcházet jí lze jedině korigováním výkladu tohoto pojmu v konkrétních případech a snahou o alespoň elementární obecné vymezení tohoto pojmu.

Např. Telec uvádí, že chování souladné s dobrými mravy je takové, které nezpůsobuje újmu jinému člověku, zvířeti, přírodě nebo obecně uznávané rozhodné části společnosti.<sup>289</sup> Taková definice je v kontextu náhrady újmy lehce problematická, nicméně k výkladu § 2909 Občanského zákoníku pomoci může. Ten by totiž v kontextu této široké definice zněl tak, že k náhradě újmy je škůdce povinen, pokud újmu způsobil úmyslně jednáním, kterým způsobil újmu. Jde tedy v zásadě o to, že kritériem, zda úmyslně způsobená újma bude nahrazena či nikoliv, je právě onen vznik újmy sám o sobě, neboť působení újmy jinému je považováno za nemravné, a tedy v rozporu s dobrými mravy. Totéž lze pak konstatovat zřejmě i o úmyslu působit jinému újmu.

V kontextu zde řešené problematiky lze uvažovat např. o situaci, ve které podnik kontrahuje s generálním dodavatelem a společně vytvoří – právě z iniciativy a pod vedením podniku – takovou soustavu vztahů, kterou bude možno považovat za zastřené agenturní zaměstnávání. Takové jednání podniku může být v rozporu s dobrými mravy, pokud bude poškozovat jiné osoby či obecně uznávanou rozhodnou část společnosti, případně zákonem nastavený systém zaměstnanosti. Přinejmenším ten právě takové jednání poškozují. První podmínku spočívající v jednání rozporném s dobrými mravy tedy je možné splnit.

Druhým znakem skutkové podstaty podle § 2909 Občanského zákoníku je úmyslné zavinění. Úmyslné zavinění vyžaduje, aby úmysl pokrýval **(i)** jednání rozporné s dobrými mravy, **(ii)** vznik újmy a **(iii)** příčinnou souvislost.<sup>290</sup> V případě úmyslu pokrývajícího jednání rozporné s dobrými mravy je nutné rozlišit úmysl jednat proti dobrým mravům a úmysl jednat způsobem,

---

příslušného normativního řádu (etického či právního), nýbrž o tom, do jaké míry (příp. s jakými pohnutkami apod.) je tento dodržován konkrétním jedincem. Ve skutečnosti je i v takové situaci normativní povaha daného etického řádu objektivně nižší, neboť nedisponuje obecně uznávaným vynucovacím mechanismem, na rozdíl od právního řádu.

<sup>289</sup> TELEC, *Poctivost a důvěra ...* (nestránkováno)

<sup>290</sup> BEZOUŠKA, Petr. § 2909 *Porušení dobrých mravů*. In: HULMÁK, *Občanský zákoník VI. ...*, s. 1535

který je v rozporu s dobrými mravy. Pro naplnění tohoto znaku skutkové podstaty postačí právě druhý jmenovaný případ. Škůdce si tedy nemusí být vědom toho, že jedná proti dobrým mravům, či co to dobré mravy jsou, subjektivně dokonce může být přesvědčen, že jedná spravedlivě či mravně nezávadně, postačí totiž, pokud má úmysl jednat způsobem, který lze objektivně označit za rozporný s dobrými mravy.<sup>291</sup>

Co se týče pokrytí vzniku újmy úmyslem, postačí, pokud je škůdce se vznikem újmy smířen. I zde se tedy rozlišuje úmysl přímý a úmysl nepřímý, přičemž oba jsou v tomto kontextu právně relevantní.<sup>292</sup> Od nepřímého úmyslu je však nezbytné odlišit situace, kdy škůdce má o vzniku nějaké blíže neurčené újmy pouze „*všeobecnou předtuchu*“, aniž by znal druh a směr této možné újmy.<sup>293</sup> Obdobně pak platí o pokrytí příčinné souvislosti úmyslem, kdy tento přímý či alespoň nepřímý úmysl škůdce musí zahrnovat jeho chtění či alespoň smíření s tím, že onen tušený druh a směr újmy vznikne právě v důsledku jeho jednání, které chce vykonat a které (aniž by si toho byl nutně vědom) lze kvalifikovat jako rozporné s dobrými mravy.

I splnění druhého znaku skutkové podstaty § 2909 Občanského zákoníku spočívající v úmyslném zavinění je možné. Lze si totiž snadno představit, že podnik je při iniciaci a aktivním vytváření vztahu s generálním dodavatelem a jeho poddodavateli veden úmyslem obejít zákonná ustanovení o agenturním zaměstnávání za účelem vlastního prospěchu<sup>294</sup> (jednání rozporné s dobrými mravy), přičemž je přinejmenším srozuměn s tím, že takovým jednáním poškodí zákonem daný rámec zaměstnanosti a případně i jednotlivé pracovníky, generálního dodavatele a další účastníky pracovního trhu (úmysl pokrývající jednání, vznik újmy a příčinnou souvislost mezi nimi).<sup>295</sup>

---

<sup>291</sup> BEZOUŠKA, Petr. § 2909 Porušení dobrých mravů. In: HULMÁK, *Občanský zákoník VI. ...*, s. 1535

<sup>292</sup> Tamtéž

<sup>293</sup> Tamtéž

<sup>294</sup> Prospěch může spočívat typicky zejména v daňových a administrativních úsporách.

<sup>295</sup> Jednotliví pracovníci jsou poškozeni např. tím, že jim není poskytnuta ochrana, která by jim v takovém vztahu vykazujícím znaky agenturního zaměstnávání měla být poskytnuta. Další podniky účastníci se pracovního trhu mohou být poškozeni např. tím, že nedostanou legálně nezávadnými prostředky (na něž vynaložily také určité náklady) na danou pracovní sílu. K poškození generálního dodavatele viz následující řádky týkající se splnění

Třetím znakem skutkové podstaty podle § 2909 Občanského zákoníku je vznik újmy. Zde je nutné zkoumat, zda vůbec vzniká nahraditelná újma. V případě této skutkové podstaty je nahraditelnou újmu taková újma, kterou mohl škůdce předvídat, ať už jde o přímou nebo nepřímou újmu.<sup>296</sup> Generálnímu dodavateli vzniká především ekonomická újma představovaná uloženou a uhrazenou pokutou za zastřené agenturní zaměstnávání. Ta pak může být újmu nahraditelnou podle § 2909 Občanského zákoníku, neboť se jedná přinejmenším o nepřímou újmu, pokud ji podnik předpokládal nebo pokud předvídal, že může generálnímu dodavateli taková újma vzniknout a pro tento případ s tím byl přinejmenším srozuměn či přímo toto zamýšlel.<sup>297</sup> Ačkoliv je tedy uhrazená veřejnoprávní pokuta spíše jen čistou ekonomickou újmu, může se jednat o újmu nahraditelnou podle § 2909 Občanského zákoníku a tedy i tento znak dané skutkové podstaty je naplněn.

Předposledním znakem skutkové podstaty podle § 2909 Občanského zákoníku je příčinná souvislost. Právě skrze tento znak je do jisté míry vymezen znak nahraditelné újmy, když je požadováno, aby se jednalo o újmu předvídatelnou.<sup>298</sup> Příčinná souvislost mezi újmu a škodným jednáním vychází z přírodní kauzality vyjádřené zásadou *conditio sine qua non*, která lze při přenesení do právního řádu vyjádřit tak, že „*příčinou škody může být jen ta okolnost, bez jejíž existence by škodný následek nevznikl*“.<sup>299</sup> Jinými slovy, odpadnutím příčiny by odpadl i sám následek. Aplikací tohoto základního pravidla lze ovšem dospět často k celé řadě příčin a

---

znaku skutkové podstaty spočívajícího ve vzniku újmy. To vše v souhrnu může deformovat a poškozovat samotný pracovní trh, respektive zákonná pravidla pro něj nastavená.

<sup>296</sup> BEZOUŠKA, Petr. § 2909 Porušení dobrých mravů. In: HULMÁK, *Občanský zákoník VI. ...*, s. 1535

<sup>297</sup> Zpravidla však bude v úvahu připadat maximálně nepřímý úmysl, přímý úmysl si lze představit pouze v naprosto extrémní situaci, kdy podnik svému generálnímu dodavateli skutečně zamýšlí způsobit újmu tím, že jej vláká do zastřeného vztahu agenturního zaměstnávání s cílem, aby byla generálnímu dodavateli uložena pokuta.

<sup>298</sup> Viz předchozí odstavec.

<sup>299</sup> ŠILHÁN, Josef. *Náhrada škody v obchodních vztazích a možnosti její smluvní limitace*. 2. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2011, s. 30

následků. Z tohoto kauzálního řetězce je pak nutné vybrat pouze právně relevantní příčinné souvislosti, a to identifikací dostatečně intenzivních kauzálních vazeb příčinné podmíněnosti.<sup>300</sup>

Je tedy otázkou, které kauzální vazby příčin a následků jsou dostatečně intenzivní, a tedy právně relevantní. Na první pohled je zřejmé, že dostatečně intenzivní vazba bude mezi příčinou a následkem, které stojí bezprostředně vedle sebe. Dostatečně intenzivními kauzálními vazbami jsou však i takové vazby příčin a následků, které jsou předvídatelné a jejichž návaznost je nevyhnutelná, aniž by stály bezprostředně vedle sebe.<sup>301</sup> Předvídatelnost je potom vyjádřena v teorii adekvátnosti kauzálního nexu, kde kritériem předvídatelnosti je hledisko optimálního pozorovatele, jímž se rozumí smyšlený objektivní pozorovatel mající veškerou zkušenost své doby.<sup>302</sup> Kritériem nevyhnutelnosti je pak zásada *conditio sine qua non*. Mezi právně relevantní příčinu újmy a tuto újmu tedy mohou vstupovat i další skutečnosti, příčiny a následky, pokud je jejich návaznost nevyhnutelná a předvídatelná a pokud zároveň bude i nadále platit, že odpadnutím prvotní příčiny by odpadl i následek v podobě újmy.<sup>303</sup>

K určení, zda je kauzální vazba mezi příčinou a následkem dostatečně silná a je tedy dána příčinná souvislost, je dále podpůrně soudy zkoumána i časová souvislost příčiny a následku. Časová souvislost však slouží spíše jako vodítko, nikoliv jako jednoznačný určovatel příčinné souvislosti.<sup>304</sup> V různých případech totiž může docházet k různým časovým odstupům. Rozhodující je věcná souvislost příčiny a následku.<sup>305</sup>

---

<sup>300</sup> ŠILHÁN, *Náhrada škody ...*, s. 30

<sup>301</sup> Tamtéž, s. 34

<sup>302</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 1. listopadu 2007 sp. zn. I. ÚS 312/05

<sup>303</sup> „Nemusí ... jít o příčinu jedinou, nýbrž i jen o jednu z příčin, která se podílí na nepříznivém následku, o jehož odškodnění jde, avšak musí jít o příčinu podstatnou. Je-li více příčin, které působí souběžně anebo následně, je pro existenci příčinné souvislosti nezbytné, aby řetězec postupně nastupujících příčin a následků byl ve vztahu ke vzniku škody natolik propojen (prvotní příčina bezprostředně vyvolala jako následek příčinu jinou a ta postupně případně příčinu další), že již z působení prvotní příčiny lze důvodně dovozovat věcnou souvislost se vznikem škodlivého následku“ Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 25. ledna 2006 sp. zn. 25 Cdo 818/2005

<sup>304</sup> Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 27. září 1990 sp. zn. 1 Cz 59/90

<sup>305</sup> Nejvyšší soud ... 25 Cdo 818/2005

Ve zkoumaném případě lze existenci takové právně relevantní příčinné souvislosti mezi úmyslným jednáním podniku v rozporu s dobrou vírou a uložením pokuty generálnímu dodavateli shledat. Pokud totiž podnik úmyslně a v rozporu s dobrou vírou iniciuje a realizuje s generálním dodavatelem vztah, který vykazuje znaky zastřeného agenturního zaměstnávání, pak je uložení pokuty generálnímu dodavateli za přestupek zastřeného agenturního zaměstnávání nevyhnutelným (ačkoliv nikoliv bezprostředním) následkem takového jednání (příčiny), přičemž tento následek je pro objektivního pozorovatele předvídatelný, neboť jej předpokládá sám zákon.<sup>306</sup> I znak příčinné souvislosti je tedy možné naplnit.

Poslední znak skutkové podstaty podle § 2909 Občanského zákoníku, kterým je hlavní účel spočívající v poškození jiného, je nutné naplnit pouze v limitovaném okruhu případů, kdy daným jednáním rozporným s dobrými mravy škůdce vykonává své právo. Nejprve je tedy nutné zkoumat, zda podnik, který iniciuje a realizuje vztah s generálním dodavatelem, tímto jednáním vykonává své právo. Pokud ano, je nutné již v konkrétním případě určit, zda podnik sledoval jako hlavní účel svého jednání poškození generálního dodavatele. Ačkoliv by se jednalo o extrémní případ, který se v praxi spíše nevyskytuje, lze si představit, že hlavním účelem jednání podniku může být poškození generálního dodavatele tím, že podnik využije neznalosti generálního dodavatele a vytvoří s ním vztah zastřeného agenturního zaměstnávání, za nějž bude generálnímu dodavateli uložena pokuta.

Otázkou tedy zůstává, zda podnik takovým jednáním realizuje své právo. Je zřejmé, že § 2909 Občanského zákoníku zde míří na výkon zcela konkrétního subjektivního práva. Ve zkoumaném případě lze uvažovat o tom, že podnik vykonává právo svobodně kontrahovat a vstupovat svobodně do právních vztahů s jinými osobami. Toto právo vyplývá již z čl. 2 odst. 3 Listiny a dále z § 1 odst. 2 Občanského zákoníku. Nicméně citovaná ustanovení tuto svobodu limitují, když v zásadě vylučují jednání zakázaná zákonem,<sup>307</sup> přičemž zákon sice nezakazuje

---

<sup>306</sup> Zde lze namítnout, že takový následek má být předvídatelný i generálnímu dodavateli, který má jednat s odpovídající péčí a do takového vztahu nevstoupit. Taková námitka je samozřejmě správná, právně relevantní a je rozebírána níže.

<sup>307</sup> Čl. 2 odst. 3 Listiny

zastřená právní jednání *per se*,<sup>308</sup> avšak zakazuje smluvní ujednání příčíící se dobrým mravům.<sup>309</sup> Vzhledem k tomu, že zde zkoumané jednání podniku se dobrým mravům příčí,<sup>310</sup> lze pochybovat o tom, že podnik vykonává své právo kontrahovat, neboť zákon mu nepřiznává právo kontrahovat právě tímto závadným způsobem. Splnění tohoto posledního znaku skutkové podstaty § 2909 Občanského zákoníku tedy není nutné. Jinými slovy, není nutné, aby podnik sledoval jako hlavní účel svého jednání poškození generálního dodavatele.

Jak je uvedeno výše, v daném případě lze uvažovat i o tom, zda podnik svým jednáním spočívajícím v iniciaci a pod jeho vedením i realizaci vztahu s generálním dodavatelem, který lze kvalifikovat jako zastřené agenturní zaměstnávání, může naplnit znaky skutkové podstaty podle § 2910 Občanského zákoníku. Tuto skutkovou podstatu lze rozdělit na dvě části. Podle věty první nahradí škůdce újmu poškozenému, pokud (i) porušil povinnost stanovenou zákonem (ii) vlastním zaviněním a (iii) zasáhl tak do absolutního práva poškozeného. Tato část skutkové podstaty není zřejmě využitelná, podnik ji nemůže naplnit, neboť zkoumaným jednáním nezasahuje do absolutního práva generálního dodavatele.

Poměrně zajímavější je druhá věta § 2910 Občanského zákoníku. Ta stanoví, že škůdce nahradí újmu poškozenému, pokud (i) porušil povinnost stanovenou zákonem (ii) vlastním zaviněním a (iii) zasáhl tak do práva poškozeného, na jehož ochranu porušená zákonná povinnost míří. V tomto případě se tedy nepožaduje zásah do absolutního práva, postačí zásah do jakéhokoliv práva, ovšem pouze pokud porušená povinnost mířila na jeho ochranu.<sup>311</sup> Ustanovení tedy zřejmě opět není možné použít pro přenos negativních následků veřejnoprávní odpovědnosti generálního dodavatele za zastřené agenturní zaměstnávání na podnik, neboť zákaz zastřené agenturního zaměstnávání nemíří na ochranu generálního dodavatele, spíše míří na ochranu jednotlivých pracovníků. Ustanovení § 2910 Občanského zákoníku by tedy mohlo být

---

<sup>308</sup> Pouze je stíhá následkem v podobě jejich posouzení dle jejich pravého charakteru, viz § 555 Občanského zákoníku.

<sup>309</sup> § 1 odst. 2 Občanského zákoníku

<sup>310</sup> Viz výše.

<sup>311</sup> Jde o institut tzv. ochranné normy, viz BEZOUŠKA, Petr. § 2910 *Porušení zákona*. In: HULMÁK, *Občanský zákoník VI. ...*, s. 1537

využito spíše konkrétním pracovníkem pro nárokování náhrady újmy způsobené mu zde zkoumaným jednáním podniku.

Generální dodavatel by tedy mohl použít pro přenos negativních následků veřejnoprávní odpovědnosti za zastřené agenturní zaměstnávání spočívajících v pokutě na podnik pouze institut náhrady škody způsobené porušením dobrých mravů podle § 2909 Občanského zákoníku, neboť si lze představit situaci, že budou naplněny znaky jeho skutkové podstaty. Generální dodavatel však pro tentýž účel nemůže využít § 2910 Občanského zákoníku, neboť ve vztahu k němu znaky jeho dvou skutkových podstat naplnit nelze. V tomto případě se však pro podnik otevírá další riziko ze strany pracovníků, kteří mohou využít skutkovou podstatu druhé věty § 2910 Občanského zákoníku pro vymáhání náhrady jejich případně vzniklé újmy.<sup>312</sup>

V praxi by však úspěch výše naznačeného postupu generálního dodavatele do značné míry závisel na jeho postavení a jednání, neboť základním pravidlem civilního deliktního práva je, že každý si nese svou škodu sám ze svého, ledaže existují okolnosti, pro které právo přiznává náhradu škody.<sup>313</sup> Takovými okolnostmi je pak zejména protiprávní jednání škůdce spočívající v porušení dobrých mravů, zákona či smlouvy dle ustanovení § 2909, § 2910 a § 2913 Občanského zákoníku. Toto obecné pravidlo se pak promítá mimo jiné i do pravidla vyjádřeného v § 2918 Občanského zákoníku, podle kterého platí, že povinnost škůdce k náhradě se snižuje poměrně k tomu, do jaké míry újma vznikla či se zvýšila následkem okolností přičitatelných poškozenému.

To je pak zvláště relevantní zejména ve zde zkoumaných případech, kdy poškozený generální dodavatel sám informovaně jednal a měl si být vědom, že tímto jednáním může naplnit znaky skutkové podstaty přestupku zastřené agenturního zaměstnávání, za který může být

---

<sup>312</sup> Ta může vyplývat ze zkrácení jejich práv, která by měli v případě, že by byly zaměstnanci; ingerovat zde bude rovněž právo sociálního zabezpečení.

<sup>313</sup> Tento princip pak v tomto kontextu souvisí i se základním principem soukromého práva vyjádřeným v § 4 odst. 1 Občanského zákoníku, podle kterého platí vyvratitelná domněnka, že každá osoba má rozum průměrného člověka a schopnost jej užívat s běžnou péčí a opatrností, protože takové užívání rozumu průměrného člověka je od každé takové osoby očekáváno, jak je patrné i z § 2918 Občanského zákoníku odkazovaného dále.



uložena příslušná pokuta. Lze tedy dospět k závěru, že újma je výsledkem jednání generálního dodavatele, i když třeba iniciovaného podnikem z důvodů rozporných s dobrými mravy. Vzhledem k této dynamice vztahu pak bude újma spíše důsledkem jednání samotného generálního dodavatele než podniku.

Samozřejmě si lze představit extrémní případy. Např. situaci, kdy generálním dodavatelem je freelancer, který práci či její část zajišťuje skrze síť či jiné freelancery a poddodavatele a jehož povědomí o dynamice a právní povaze těchto vztahů je mizivá, a zároveň podnik sám je vysoce profesionalizovaný, je si velice dobře této dynamiky a právní povahy vědom a zneužívá je ve svůj prospěch, přičemž tyto rozhodné okolnosti generálnímu dodavateli zamlčuje či jinak zlehčuje. To ovšem neomlouvá generálního dodavatele, který má jednat v duchu zásady *vigilantibus iura* a veřejné právo na něj má být aplikováno v duchu zásady *ignorantia legis non excusat*.

Ani v takových případech tedy nelze předpokládat prolomení pravidla obsaženého v § 2918 Občanského zákoníku. Lze tedy uzavřít, že ačkoliv je možné, že podnik naplní znaky skutkové podstaty podle § 2909 Občanského zákoníku, riziko stíhající generálního dodavatele na něj takto přenést nelze. Brání v tom pravidlo podle § 2918 Občanského zákoníku a zásada *ignorantia legis non excusat* vtělená do příslušných právních předpisů.<sup>314</sup>

### 3.3. Znaky zastřené agenturního zaměstnávání

V následujících kapitolách analyzuje tato práce jednotlivé znaky, z nichž lze usuzovat na zastřené agenturní zaměstnávání. Znaky zastřené agenturního zaměstnávání se do jisté míry překrývají se znaky agenturního zaměstnávání, neboť jak vyplývá z definice zastřené agenturního zaměstnávání,<sup>315</sup> jde o situaci, ve které nejsou dodrženy veškeré zákonem předepsané podmínky realizace agenturního zaměstnávání. To pak může zúčastněné strany vést k zastření pravé povahy jejich vztahů. Ovšem, jak vyplývá z analýzy v kapitole 3.3.2, i když

---

<sup>314</sup> V tomto kontextu zejména § 17 odst. 2, § 21 odst. 1 a § 23 Zákona o odpovědnosti za přestupky.

<sup>315</sup> Viz kapitola 3.1 definice zastřené agenturního zaměstnávání.

k zastřetí pravé povahy vztahů jiným jednáním nedojde, může se jednat o zastřené agenturní zaměštnávání.

### 3.3.1. Pronájem pracovní síly

Prvním souhrnným znakem zastřného agenturního zaměštnávání, který je zároveň i znakem agenturního zaměštnávání, je pronájem pracovní síly. To vyplývá již z definice agenturního zaměštnávání.<sup>316</sup> Pro účely vymezení pronájmu pracovní síly a jeho dílčích znaků je lhostejné, jaký je vztah mezi pracovníkem a jeho mateřským podnikem a mezi pracovníkem a jinými podniky, k nimž je přidělován k výkonu práce. Důležitý je vztah mezi těmito podniky navzájem.

Smyslem pronájmu pracovní síly je přidělování vlastního pracovníka k výkonu práce jiným podnikům. Pronájem pracovní síly lze nahlížet v intencích dvou různých institutů pracovního práva, a sice **(i)** agenturního zaměštnávání a **(ii)** dočasného přidělení, neboť právě v těchto dvou případech dochází k přidělení vlastního pracovníka k výkonu práce k jinému podniku.<sup>317</sup> Zároveň v obou případech platí, že **(i)** podnik, k němuž byl pracovník přidělen, pracovníkovi ukládá pracovní úkoly, organizuje, řídí a kontroluje jeho práci, udílí k tomuto účelu pokyny, vytváří příznivé pracovní podmínky a zajišťuje BOZP,<sup>318</sup> **(ii)** zaměstnavatelem zůstává ten podnik, který pracovníka přidělil, a z tohoto titulu vůči pracovníkovi činí právní jednání zaměstnavatele,<sup>319</sup> **(iii)** mzdové náklady hradí pracovníkovi taktěž ten podnik, který pracovníka

---

<sup>316</sup> Viz kapitola 3.1 definice agenturního zaměštnávání a zprostředkování zaměštnání.

<sup>317</sup> § 307a Zákoníku práce v případě agenturního zaměštnávání; § 43a odst. 1 Zákoníku práce v případě dočasného přidělení.

<sup>318</sup> § 309 odst. 1 Zákoníku práce v případě agenturního zaměštnávání; § 43a odst. 4 Zákoníku práce v případě dočasného přidělení.

<sup>319</sup> § 309 odst. 1 poslední věta Zákoníku práce v případě agenturního zaměštnávání; § 43a odst. 4 poslední věta Zákoníku práce v případě dočasného přidělení.

přidělil,<sup>320</sup> (iv) pracovní a mzdové podmínky pracovníka u podniku, k němuž byl přidělen, nesmí být horší, než podmínky srovnatelných pracovníků tohoto podniku,<sup>321</sup> (v) přidělení k jinému podniku je pouze dočasné.<sup>322</sup>

Mezi těmito instituty však existují poměrně zásadní rozdíly. Pro účely této práce jsou potom nejvýznamnější tři: (i) časové určení, (ii) veřejnoprávní regulace a (iii) úplatnost. Oba instituty totiž mají dopadat na jiné situace a vzájemně se tak vylučují. To je patrné již z § 43a odst. 8 Zákoníku práce, který normuje, že úpravu dočasného přidělení nelze použít na agenturní zaměstnávání.

Prvním rozdílným znakem, ze kterého je patrné odlišné účelové určení těchto dvou institutů je jejich časové ohraničení. Oba instituty se zde liší (i) okamžikem, od kterého lze pracovníka přidělit k práci do jiného podniku a (ii) okamžikem, kterým toto přidělení končí. V případě agenturního zaměstnávání neexistuje zákonné omezení týkající se okamžiku, od kterého lze pracovníka přidělit k práci do jiného podniku a pracovníka tak lze k práci v jiném podniku přidělit okamžitě po vzniku vztahu mezi pracovníkem a agenturou práce. V případě dočasného přidělení lze pracovníka přidělit k práci do jiného podniku nejdříve po uplynutí šesti měsíců ode dne vzniku pracovního poměru.<sup>323</sup> Již to naznačuje, že zatímco v případě agenturního zaměstnávání je pronájem pracovní síly smyslem celého tohoto právního institutu a vztahů na něm založených, tak v případě dočasného přidělení se jedná o spíše výjimečnou situaci.

Co se okamžiku, kterým přidělení končí, týče, pak platí, že přidělení ve smyslu institutu agenturního zaměstnávání i institutu dočasného přidělení má pouze dočasný charakter. V případě institutu dočasného přidělení není tato dočasnost nijak vymezena. V případě institutu

---

<sup>320</sup> § 43a odst. 5 Zákoníku práce v případě dočasného přidělení; v případě agenturního zaměstnávání pak toto není výslovně stanoveno, avšak vyplývá tak z povahy věci a nastavení vzájemných vztahů, kdy zaměstnavatelem pracovníka je agentura práce, nikoliv uživatel.

<sup>321</sup> § 309 odst. 5 Zákoníku práce v případě agenturního zaměstnávání; § 43a odst. 6 Zákoníku práce v případě dočasného přidělení.

<sup>322</sup> § 309 odst. 6 Zákoníku práce v případě agenturního zaměstnávání; § 43a odst. 7 Zákoníku práce v případě dočasného přidělení.

<sup>323</sup> § 43a odst. 1 Zákoníku práce

agenturního zaměstnávání je dočasnost vymezena dvanácti po sobě jdoucími kalendářními měsíci od okamžiku přidělení pracovníka k práci do jiného podniku.<sup>324</sup> Toto časové omezení je následně relativizováno pravidlem, podle kterého lze tuto dobu prodloužit (a to již bez omezení) za podmínky souhlasu pracovníka či jde-li o náhradu za pracovníka na mateřské či rodičovské dovolené.<sup>325</sup>

To opět naznačuje povahu obou institutů. Smyslem agenturního zaměstnávání je přidělování pracovníka k práci do jiných podniků sice na dočasnou dobu, avšak opakovaně a tím pádem v zásadě trvale. Z toho důvodu je omezena maximální doba přidělení dvanácti po sobě jdoucími kalendářními měsíci, což má pracovníkovi zajistit onu dočasnost, kterou tak lze v zásadě narušit pouze se souhlasem pracovníka, čímž je pracovník chráněn před dlouhodobým přidělením, které by se pro něj stalo nevýhodným či jinak nežádoucím a ze kterého by se mohl vyvázat pouze ukončením vztahu s agenturou práce. Naproti tomu institut dočasného přidělení je spíše výjimečným opatřením, neboť tuto soustavu brzd a rovnovah ohledně maximálního trvání neobsahuje a tyto otázky ponechává na dohodě stran, která je nezbytným právním základem pro dočasné přidělení zaměstnance.<sup>326</sup> Lze tedy dovozovat, že dočasné přidělení není určeno pro v zásadě trvalé a opakované přidělování pracovníků do jiných podniků.

Druhým rozdílným znakem je míra veřejnoprávní regulace těchto institutů. V případě institutu dočasného přidělení je veškerá regulace soustředěna do jediného paragrafu Zákoníku práce<sup>327</sup> a regulace je poměrně minimalistická; určuje pouze základní měřítko, kdy a jakým způsobem může být institut dočasného přidělení použit. V případě institutu agenturního

---

<sup>324</sup> § 309 odst. 6 Zákoníku práce

<sup>325</sup> § 309 odst. 6 Zákoníku práce

<sup>326</sup> Dohoda se zaměstnancem je samozřejmě nutná i v případě agenturního zaměstnávání. Zde je představována zejména pracovní smlouvou mezi agenturou práce a zaměstnancem. Následně však agentura práce přiděluje zaměstnance jednostranným pokynem. Ten sice musí být v souladu s pracovní smlouvou, ale stále jde o jednostranný pokyn odvíjející se rovněž od dohody mezi agenturou práce a uživatelem, takže zaměstnanec se tu do jisté míry de facto stává předmětem nikoliv subjektem právního vztahu, pročež je nutné chránit jej určitým systémem brzd a rovnovah obsažených v další regulaci.

<sup>327</sup> § 43a Zákoníku práce

zaměstnávání je regulace obsažena ve čtyřech paragrafech Zákoníku práce<sup>328</sup> a dále v Zákoně o zaměstnanosti, především v hlavě IV., části druhé Zákona o zaměstnanosti,<sup>329</sup> ovšem aplikují se na něj i některá obecná a další ustanovení Zákona o zaměstnanosti a Zákoníku práce. Institut agenturního zaměstnávání je regulován o poznání podrobněji, přičemž zásadní rozdíl v regulaci lze spatřovat v nutnosti získání speciálního veřejnoprávního povolení pro agenturní zaměstnávání. I z tohoto tedy vyplývá, že institut dočasného přidělení míří na spíše ojedinělé případy vyžadující flexibilitu pracovní síly, které jsou svou povahou skutečně jaksí více dočasného charakteru a které neohrožují postavení pracovníka takovým způsobem, jako je tomu v případě institutu agenturního zaměstnávání, který míří v zásadě na trvalé (ačkoliv u konkrétního podniku časově omezené) přidělování pracovníka.

Třetím rozdílným znakem institutu agenturního zaměstnávání a dočasného přidělení je potom možnost úplatnosti. V případě institutu dočasného přidělení je možná pouze úhrada nákladů, avšak dočasné přidělení nesmí být ziskové.<sup>330</sup> V případě agenturního zaměstnávání je již ziskovost umožněna a tuto činnost lze vykonávat jak úplatně, tak bezúplatně.<sup>331</sup> Právě z tohoto rozdílu je nejlépe patrné rozdílné účelové určení těchto dvou jinak si podobných institutů. Smyslem a účelem agenturního zaměstnávání je právě pronájem pracovní síly *per se*, a to za účelem realizace zisku. Naproti tomu smyslem a účelem dočasného přidělení není pronájem pracovní síly jako takový, ale dosažení jiných hodnot, na jejichž základě následně bude dosahován zisk či minimalizována ztráta. Své využití tak nachází tento institut zejména v rámci koncernů, kde je nutný pohyb klíčových zaměstnanců mezi jednotlivými společnostmi skupiny; v případě krize, kde vyvstává potřeba efektivně využít pracovní sílu; v případě spolupráce více podniků na jednom projektu, kde je nutné spojit síly a jednotlivé pracovníky za účelem jeho realizace.

---

<sup>328</sup> § 307a, § 307b, § 308 a § 309 Zákoníku práce

<sup>329</sup> § 58 až § 66 Zákona o zaměstnanosti

<sup>330</sup> § 43a odst. 2 Zákoníku práce; nahrazují se samozřejmě i náklady na tzv. povinné odvody, viz např. BĚLINA, Tomáš. § 43a Dočasné přidělení. In: BĚLINA, Zákoník práce ..., s. 261

<sup>331</sup> § 58 odst. 2 Zákona o zaměstnanosti

Právě tento třetí rozdílný znak spočívající v úplatnosti a ziskovosti je důvodem, proč by se mělo jednat o pronájem pracovní síly v právním slova smyslu pouze v případě institutu agenturního zaměstnávání. Nájem<sup>332</sup> je totiž pojmově úplatným právním jednáním.<sup>333</sup> Bylo tomu tak i historicky. Nájem byl pojmově úplatný již v římském právu;<sup>334</sup> rovněž později podle § 1090 Obecného zákoníku občanského i podle § 387 Středního občanského zákoníku. Do jisté míry tomu tak bylo i dle totalitního § 153 Občanského zákoníku 1964, který nahradil tradiční institut nájmu socialistickým institutem osobního užívání a toto zúžil na nezbytné minimum, aby tak zdůraznil socialistické pojetí vlastnictví a co nejvíce limitoval základní svobodu spočívající v osobním vlastnictví. V daném kontextu přitom navíc nelze nezmínit, že právě v římském právu byla pracovní smlouva (*locatio conductio operarum*) vnímána jako jedna ze tří možných modalit nájemní smlouvy (*locatio conductio*) a pracovní poměr tak byl doslova vnímán jako pronájem pracovní síly.<sup>335</sup>

Lze tedy argumentovat, že pronájemem pracovní síly je možné rozumět jenom agenturní zaměstnávání, neboť jenom v tomto případě je možné naplnit pojmový znak nájmu spočívající v úplatnosti a tím tedy veškeré znaky pronájmu pracovní síly. Zároveň však nelze takový závěr brát příliš dogmaticky, neboť (i) dočasné přidělení vykazuje mnohé ostatní znaky pronájmu pracovní síly<sup>336</sup> a (ii) agenturní zaměstnávání může dle současné legální definice rovněž postrádat znak úplatnosti.<sup>337</sup>

Tento závěr lze formulovat do pravidla, podle kterého platí, že je-li přítomen znak úplatnosti, jedná se o pronájem pracovní síly, a zároveň neplatí, že není-li přítomen znak úplatnosti, nejedná se o pronájem pracovní síly. I přesto úplatnost zůstává zásadním znakem

---

<sup>332</sup> Zde tedy synonymní k pojmu *pronájem*.

<sup>333</sup> V současnosti vyplývá pojmová úplatnost nájmu přímo z § 2201 Občanského zákoníku.

<sup>334</sup> Gaius 3, 142 dle KINCL, Jaromír. *Gaius: Učebnice práva ve čtyřech knihách*. Plzeň, Aleš Čeněk, 2007, s. 217; rovněž Justinián 3, 24 dle SKŘEJPEK, Michal, BLAHO, Petr. *Justiniánské instituce*. Praha, Nakladatelství Karolinum, 2010, s. 275

<sup>335</sup> K tomu srov. FALADA, David, STLOUKALOVÁ, Kamila. *Římskoprávní základy úpravy závislé práce*. Acta Universitatis Carolinae Iuridica. 2019, č. 1, s. 9-17

<sup>336</sup> Viz výše.

<sup>337</sup> Viz § 58 odst. 2 Zákona o zaměstnanosti a možnost provádět agenturní zaměstnávání bezúplatně.

pronájmu pracovní síly, a tedy i agenturního zaměstnávání. Zároveň je úplatnost bodem, ve kterém mohou podniky chybovat a z institutu dočasného přidělení se přesouvat k institutu agenturního zaměstnávání a tím pádem i zastřené agenturního zaměstnávání, pokud je zároveň naplněn i druhý jeho souhrnný znak rozebíraný dále.<sup>338</sup>

### 3.3.2. Porušení zákonných podmínek provozování agenturního zaměstnávání

Dalším znakem zastřené agenturního zaměstnávání je porušení zákonných podmínek provozování agenturního zaměstnávání.<sup>339</sup> Tento znak je kumulativní<sup>340</sup> ke znaku pronájmu pracovní síly dle kapitoly 3.3.1 a jde o souhrnný znak, neboť zákonných podmínek provozování agenturního zaměstnávání je celá řada. Existuje přitom otázka, zda pro jeho naplnění postačí porušení kterékoliv takové zákonné podmínky, byť méně významné, nebo zda bude nutné porušit podmínku zásadnějšího charakteru a/nebo vícero méně významných podmínek. Lze totiž uvažovat tak, že za zastřené agenturní zaměstnávání bude považována pouze situace, kdy nejsou dodrženy základní zákonné podmínky provozování agenturního zaměstnávání, přičemž ostatní případy budou nahlíženy jako běžné agenturní zaměstnávání, tedy nikoliv zastřené, ovšem nedokonalé a nevyhovující všem zákonným požadavkům.

Nejprve však k jednotlivým zákonným podmínkám provozování agenturního zaměstnávání. Tyto lze nalézt v ustanoveních § 58 až § 66 Zákona o zaměstnanosti. Je však nutné odlišit podmínky pro provozování agenturního zaměstnávání od ostatních pravidel, která se k agenturnímu zaměstnávání vztahují a která jsou rovněž obsažena v zákonných ustanoveních, avšak týkají se vztahu mezi pracovníkem a agenturou, pracovníkem a uživatelem či agenturou a

---

<sup>338</sup> Viz kapitola 3.3.2; může se ovšem stát, že ten, kdo pracovníka přiděluje, má i potřebné povolení a jsou splněny i další zákonné požadavky na agenturní zaměstnávání. V takovém případě tento druhý souhrnný znak naplněn být nemusí a skutečnost, že se strany posunuly z dočasného přidělení do agenturního zaměstnávání, by neměla působit potíže, nebude-li jinak pravá povaha vztahu zastírána.

<sup>339</sup> § 5 písm. g) Zákona o zaměstnanosti, podle kterého se zastřeným agenturním zaměstnáváním rozumí pronájem pracovní síly, aniž by byly dodrženy zákonné podmínky agenturního zaměstnávání.

<sup>340</sup> § 5 písm. g) Zákona o zaměstnanosti; kumulativnost se zcela zjevně podává již ze samotného jazykového vyjádření slučovací spojkou „aniž“ spojující ony dva znaky.

uživatелеm. Podmínkami pro agenturní zaměstnávání je totiž nutné rozumět jen a pouze takové podmínky, které mají konstitutivní charakter.

Vyplývá tak z § 5 písm. g) Zákona o zaměstnanosti. Ten totiž výslovně hovoří o „*podmínk[ách] pro zprostředkování zaměstnání podle § 14 odst. 1 písm. b)*“. Samotné ustanovení § 14 odst. 1 písm. b) Zákona o zaměstnanosti přitom žádné podmínky neuvádí, pouze vymezuje, co se rozumí zprostředkováním zaměstnání agenturou práce a stanoví jej jako jednu ze tří podob zprostředkování zaměstnání. Odkaz na ustanovení § 14 odst. 1 písm. b) Zákona o zaměstnanosti se tedy nevztahuje k podmínkám jako takovým, nýbrž k tomuto typu zprostředkování zaměstnání. Jednotlivé podmínky je potom nutné dovozovat z příslušných ustanovení upravujících agenturní zaměstnávání. Pro určení relevance jednotlivých podmínek je pak zásadní předložka „*pro*“, z jejíhož použití se podává, že se má jednat vskutku o zásadní podmínky konstitutivního charakteru nezbytné pro legální provozování činnosti spočívající v agenturním zaměstnávání. Těchto podmínek lze nalézt celkem jedenáct.

První a druhou takovou podmínkou jsou naprosto základní obecné podmínky jakékoliv činnosti a nabývání práv a povinností, tedy právní subjektivita a svéprávnost; v případě právní subjektivity lze dokonce hovořit o jakémsi znaku existence samotné.<sup>341</sup> Svěprávnost se pak v tomto kontextu vyžaduje plná, neomezená jakýmkoliv způsobem.<sup>342</sup> Na oboje pamatuje i Zákon o zaměstnanosti, podle kterého zánikem příslušné osoby automaticky zanikne i povolení ke zprostředkování zaměstnání.<sup>343</sup> V případě ztráty svéprávnosti pak dochází rovněž k zániku povolení ke zprostředkování zaměstnání a to odejmutím.<sup>344</sup>

Tím se dostáváme ke třetí, již speciální, konstitutivní zákonné podmínce provozování agenturního zaměstnávání, kterou je povolení ke zprostředkování zaměstnání. To vydává generální ředitelství Úřadu práce, a to na žádost.<sup>345</sup> Tato podmínka je bez dalšího jednoznačně konstitutivní podmínkou, slovy Zákona o zaměstnanosti tedy podmínkou „*pro*“ výkon

---

<sup>341</sup> § 15 ve spojení s § 17 Občanského zákoníku

<sup>342</sup> § 60 odst. 2 Zákona o zaměstnanosti

<sup>343</sup> § 63 odst. 1 písm. a) a b) Zákona o zaměstnanosti

<sup>344</sup> § 63 odst. 1 písm. d) ve spojení s § 63 odst. 2 písm. a) ve spojení s § 60 odst. 2 Zákona o zaměstnanosti

<sup>345</sup> § 60 odst. 1 Zákona o zaměstnanosti



agenturního zaměstnávání, neboť bez povolení nelze tuto činnost legálně provozovat.<sup>346</sup> Zároveň je nezbytné dodržet i jednotlivé parametry agenturního zaměstnávání vyjádřené v příslušném povolení.<sup>347</sup> U dalších takových podmínek je pak nutné tuto konstitutivnost již dovozovat.

Čtvrtou konstitutivní zákonnou podmínkou agenturního zaměstnávání je pojištění záruky pro případ úpadku agentury práce zakládající pracovníkovi nárok na plnění spočívající v úhradě mzdy, kterou mu agentura práce neuhradila z důvodu svého úpadku.<sup>348</sup> Konstitutivnost lze dovodit za prvé z imperativního jazykového vyjádření povinnosti v § 58 odst. 1 Zákona o zaměstnanosti, kterou musí agentura práce splnit, pokud jí bylo uděleno povolení k zprostředkování zaměstnání. Jedná se tedy o tzv. povinné zákonné pojištění.<sup>349</sup> Za druhé pak lze konstitutivnost dovozovat ze skutečnosti, že zanikne-li takové povinné pojištění, bude agentuře práce příslušné povolení ke zprostředkování zaměstnání odejmuto.<sup>350</sup>

Pátou takovou zákonnou podmínkou je povinnost vést evidenci volných míst, umístěvaných pracovníků a obecně pracovníků agentury práce a tyto údaje týkající se jednotlivých počtů dále sdělovat generálnímu ředitelství Úřadu práce.<sup>351</sup> I zde lze konstitutivnost dovodit ze skutečnosti, že nebude-li tato povinnost plněna, bude agentuře práce příslušné povolení ke zprostředkování zaměstnání odejmuto.<sup>352</sup> Navíc se jedná o podmínku zajišťující funkčnost trhu práce a celého systému zprostředkování zaměstnání a podpory zaměstnanosti, neboť právě tato data jsou pro správnou funkčnost tohoto systému klíčová.

Šestou zákonnou podmínkou pro provozování agenturního zaměstnávání je zvláštní způsobilost osoby pro provozování agenturního zaměstnávání. Bude-li tato způsobilost

---

<sup>346</sup> Jak je uvedeno výše, povolení zaniká společně s osobou, které bylo vydáno (případně společně s výmazem takové osoby z českého obchodního rejstříku, viz poznámku pod čarou č. 343), nebo odejmutím, dále však může zaniknout i uplynutím doby, na kterou bylo vydáno (viz § 63 odst. 1 Zákona o zaměstnanosti).

<sup>347</sup> § 63 odst. 2 písm. c) *a linea* první Zákona o zaměstnanosti

<sup>348</sup> § 58a odst. 1 Zákona o zaměstnanosti

<sup>349</sup> K tomu viz i jazykové vyjádření § 58a odst. 4.

<sup>350</sup> § 63 odst. 2 písm. d) Zákona o zaměstnanosti

<sup>351</sup> § 59 Zákona o zaměstnanosti

<sup>352</sup> § 63 odst. 2 písm. e) Zákona o zaměstnanosti

absentovat nebude možné tuto činnost legálně vykonávat. Nebude totiž vydáno povolení,<sup>353</sup> případně bude odejmuto, bylo-li již vydáno a došlo-li následně k pozbytí této způsobilosti.<sup>354</sup>

Tato zvláštní způsobilost se dále rozpadá na dílčí podmínky, jimiž jsou u fyzických osob (i) bezúhonnost,<sup>355</sup> (ii) odborná způsobilost,<sup>356</sup> (iii) bydliště na území České republiky<sup>357</sup> a (iv) skutečnost, že tato osoba v posledních třech letech nevykonávala funkci odpovědného zástupce u právnické osoby nebo orgánu právnické osoby, které bylo odejmuto povolení ke zprostředkování zaměstnání, a to v době, kdy u této právnické osoby nastaly nebo trvaly skutečnosti, které vedly k odejmutí tohoto povolení.<sup>358</sup> V případě dílčí podmínky ad (iii) však není na překážku odejmutí povolení ke zprostředkování zaměstnání z důvodu žádosti podané touto osobou či faktické absence činnosti spočívající v přidělování pracovníků po dobu alespoň dvou let. V těchto případech se totiž jedná o svobodný projev vůle svobodné osoby, případně ekonomické či jiné potíže při provozování dané činnosti, přičemž ani jedno z toho by nemělo být sankcionováno v podobě nesplnění podmínek zvláštní způsobilosti podle § 60 Zákona o zaměstnanosti.

Sedmou podmínkou je absence trestu zákazu činnosti spočívající ve zprostředkování zaměstnání, neboť takový trest by bránil provozování agenturního zaměstnávání a byl by i důvodem pro odejmutí povolení.<sup>359</sup> S touto podmínkou souvisí osmá konstitutivní zákonná

---

<sup>353</sup> § 60 odst. 2 a 10 Zákona o zaměstnanosti

<sup>354</sup> § 63 odst. 2 písm. a) Zákona o zaměstnanosti

<sup>355</sup> § 60 odst. 2 Zákona o zaměstnanosti, přičemž za bezúhonnou se podle § 60 odst. 4 Zákona o zaměstnanosti považuje osoba, která nebyla pravomocně odsouzena pro úmyslný trestný čin nebo pro trestný čin proti majetku.

<sup>356</sup> § 60 odst. 2 Zákona o zaměstnanosti, přičemž za odborně způsobilou se pak podle § 60 odst. 8 Zákona o zaměstnanosti považuje osoba, která má (i) vysokoškolské vzdělání a zároveň odbornou praxi alespoň dva roky v oblasti zprostředkování zaměstnání nebo v oboru, pro který má být povoleno, nebo (ii) středoškolské vzdělání s maturitní zkouškou, nebo vyšší odborné vzdělání a zároveň odbornou praxi alespoň pět let v oblasti zprostředkování zaměstnání nebo v oboru, pro který má být povoleno.

<sup>357</sup> § 60 odst. 2 Zákona o zaměstnanosti

<sup>358</sup> Tamtéž

<sup>359</sup> § 63 odst. 2 písm. b) Zákona o zaměstnanosti

podmínka agenturního zaměstnávání, kterou je absence pozastavení činnosti spočívající ve zprostředkování zaměstnání podle Zákona o trestní odpovědnosti osob. Tato by rovněž bránila provozování agenturního zaměstnávání a byla by důvodem pro odejmutí povolení.<sup>360</sup>

Poslední tři podmínky jsou pak opět ve své podstatě obecné, ovšem v Zákoně o zaměstnanosti nalézají své vyjádření spíše v konkrétním kontextu povinného odejmutí povolení. V případě deváté podmínky se jedná o vůli vykonávat činnost spočívající v agenturním zaměstnávání. Je celkem logické, že nebude-li mít k takové činnosti daná osoba vůli, pak takovou činnost nebude vykonávat a jde tedy o konstitutivní podmínku této činnosti. Pozbude-li pak osoba vůli k této činnosti, může požádat o odejmutí příslušného povolení.<sup>361</sup>

Desátou podmínkou je faktická možnost dlouhodobě vykonávat agenturní zaměstnávání, resp. dlouhodobý faktický výkon agenturního zaměstnávání. Pokud nebude po dobu nejméně dvou let danou pracovní agenturou přidělen žádný pracovník k výkonu práce u jiného podniku, pak bude příslušné povolení odejmuto a tuto činnost nebude nadále možné legálně vykonávat.<sup>362</sup> Jedenáctou podmínkou je pak provozování agenturního zaměstnávání v souladu s dobrými mravy, neboť pouze činnost souladná s dobrými mravy je aprobována právním řádem a v případě rozporu bude opět odejmuto povolení.<sup>363</sup>

Na tomto místě je nutné porovnat ustanovení § 63 odst. 2 Zákona o zaměstnanosti s ustanovením § 63 odst. 3 Zákona o zaměstnanosti. Obě ustanovení normují odejmutí povolení ke zprostředkování zaměstnání, přesto pouze z norem vyjádřených v odst. 2 jsou zde dovozovány zákonné podmínky agenturního zaměstnávání konstitutivního charakteru. Je tomu tak z toho důvodu, že v případě úpravy podle odst. 2 jde o nutnost odejmout povolení ke zprostředkování zaměstnání; zákon zde nedává správnímu orgánu na výběr. Naproti tomu v případě úpravy podle odst. 3 má správní orgán na výběr, zda povolení odejme, či nikoliv.<sup>364</sup> I v případě odst. 3 odkazujícího na příslušná ustanovení Zákoníku práce jde o regulaci agenturního

---

<sup>360</sup> § 63 odst. 2 písm. f) Zákona o zaměstnanosti

<sup>361</sup> § 63 odst. 2 písm. g) Zákona o zaměstnanosti

<sup>362</sup> § 63 odst. 2 písm. h) Zákona o zaměstnanosti

<sup>363</sup> § 63 odst. 2 písm. c) a lineá druhá Zákona o zaměstnanosti

<sup>364</sup> Vyplývá tak z jazykového výkladu, kdy v odst. 3 je oproti odst. 2 užito slovo „může“.

zaměstnávání a podmínky, které je při provozování takové činnosti nutné dodržet, avšak samy o sobě tyto podmínky nejsou nezbytné „pro“ výkon této činnosti, nejsou tedy konstitutivního charakteru.

V zásadě je tedy možné uzavřít, že podmínkami agenturního zaměstnávání, které mají konstitutivní charakter, jsou podmínky podle Zákona o zaměstnanosti a těmi ostatními jsou podmínky podle Zákoníku práce. To potvrzuje i § 63 odst. 2 písm. c) *a linea* třetí Zákona o zaměstnanosti, podle kterého musí správní orgán odejmout povolení ke zprostředkování zaměstnání při porušení jakýchkoliv povinností (podmínek) vyplývajících ze Zákona o zaměstnanosti, a nikoliv Zákoníku práce.<sup>365</sup>

Lehce problematické je v tomto ohledu ustanovení § 58 odst. 3 Zákona o zaměstnanosti zakazující srážky ze mzdy pracovníka ve prospěch agentury práce nebo uživatele. Takové pravidlo svým charakterem odpovídá pravidlům obsaženým v Zákoníku práce<sup>366</sup> Jeho splnění by tak nemuselo být konstitutivní podmínkou agenturního zaměstnávání. Protože se však nachází v Zákoně o zaměstnanosti a § 63 odst. 2 písm. c) *a linea* třetí Zákona o zaměstnanosti jej mezi konstitutivní podmínky vtaňuje, protože i porušení tohoto pravidla musí vést k odejmutí příslušného povolení. Ač je toto řešení nekoncepční, lze se domnívat, že se nejedná o chybu zákonodárce, nýbrž o záměr, kterým má být posílena ochrana zaměstnance a jeho zájmů. Přesto by si zahrnutí tohoto pravidla do Zákona o zaměstnanosti zasloužilo přinejmenším znovu zvážit.

Na tomto místě je nutné analyzovat jednotlivé skutkové podstaty přestupků na úseku agenturního zaměstnávání. Jak je řečeno v úvodu kapitoly 3.2.1, o zastřeném zaměstnávání se výslovně zmiňuje pouze jedna skutková podstata, a to skutková podstata obsažená v § 140 odst. 1 písm. g) Zákona o zaměstnanosti.<sup>367</sup> Přestupků na tomto úseku se potom týkají ještě další

---

<sup>365</sup> Dané ustanovení totiž odkazuje pouze na „*tento zákon*“, tedy Zákon o zaměstnanosti.

<sup>366</sup> Tuto problematiku řešenou v ustanoveních § 145 až § 150 Zákoníku práce, která svým smyslem a charakterem neodpovídá ostatním povinnostem dle Zákona o zaměstnanosti, které jsou jmenovány výše.

<sup>367</sup> Nutno dodat, že formálně vzato jsou dvě, ovšem materiálně jde o jednu totožnou skutkovou podstatu, přičemž jedna, citovaná, se aplikuje na právnické osoby a fyzické podnikající osoby a druhá, obsažená v § 139 odst. 1 písm. i) Zákona o zaměstnanosti, se aplikuje na fyzické nepodnikající osoby.

dvě skutkové podstaty, a to skutkové podstaty v § 140 odst. 1 písm. b) a f) Zákona o zaměstnanosti.<sup>368</sup>

Pouze ve skutkové podstatě podle § 140 odst. 1 písm. g) Zákona o zaměstnanosti je použit termín „zastřené“, tedy disimulované. Pouze tato skutková podstata tedy míří na situace, ve kterých generální dodavatel předstírá, že jde o činnost odlišnou od pronájmu pracovní síly,<sup>369</sup> ovšem ve skutečnosti se o pronájem pracovní síly jedná. Tato skutková podstata navíc výslovně zmiňuje zastřené zaměstnávání, a přitom plošně odkazuje na definici zastřeného zaměstnávání podle § 5 písm. g) Zákona o zaměstnanosti. V případě této skutkové podstaty lze tedy hovořit jak o zastřeném agenturním zaměstnávání ve smyslu Zákona o zaměstnanosti, tak o zastřeném právním jednání ve smyslu Občanského zákoníku.<sup>370</sup>

Skutkové podstaty podle § 140 odst. 1 písm. b) a f) Zákona o zaměstnanosti pak míří na situace agenturního zaměstnávání, ve kterých nejsou splněny výše popsané konstitutivní podmínky či jsou zprostředkováním zaměstnání agenturou práce porušeny dobré mravy. I takové případy však lze subsumovat pod zákonnou definici zastřeného agenturního zaměstnávání podle § 5 písm. g) Zákona o zaměstnanosti.<sup>371</sup> Právě proto lze i v případě těchto dvou skutkových podstat hovořit o zastřeném agenturním zaměstnávání, přestože se nejedná o zastřené právní jednání ve smyslu Občanského zákoníku.<sup>372</sup>

Z uvedené analýzy skutkových podstat na úseku zastřeného agenturního zaměstnávání vyplývají dva zcela zásadní nedostatky celého tohoto institutu. Za prvé, za zastřené agenturní zaměstnávání je zákonem označena i činnost, která nespočívá v zastírání skutečné povahy určitého právního jednání, nýbrž v nesplnění konstitutivních podmínek pro takové právní jednání. V takovém případě je přitom vhodnější uvažovat spíše o neplatnosti, neúčinnosti či jiné právní vadě než o zastřenosti. Za druhé, skutečnost, že za zastřené agenturní zaměstnávání ve smyslu Zákona o zaměstnanosti se považuje rovněž právní jednání, jímž je zastíráno agenturní

---

<sup>368</sup> I tyto se duplikují v § 139 Zákona o zaměstnanosti pro fyzické nepodnikající osoby (viz pozn. č. 367).

<sup>369</sup> Může to být například dočasné přidělení zaměstnance podle Zákoníku práce.

<sup>370</sup> § 555 odst. 2 Občanského zákoníku

<sup>371</sup> Srov. výklad pojmů v kapitole 3.1 a úvod kapitoly 3.3.2.

<sup>372</sup> § 555 odst. 2 Občanského zákoníku

zaměstnávání, neplyne z legální definice zastřené agenturního zaměstnávání, ale až z příslušné skutkové podstaty, která na tuto definici zpětně odkazuje.<sup>373</sup> Zákonná definice zastřené agenturního zaměstnávání podle § 5 písm. g) Zákona o zaměstnanosti je tedy naprosto nevhodná, když na jednu stranu zahrnuje případy, ve kterých se o zastřené právní jednání nejedná, a na druhou stranu sama o sobě bez dalšího nezahrnuje případy, ve kterých se o zastřené právní jednání jedná.

Z výše uvedeného lze uzavřít, že zákonnými podmínkami provozování agenturního zaměstnávání, jejichž porušení vede v kombinaci se znakem pronájmu pracovní síly k závěru o zastřeném agenturním zaměstnávání, jsou výše jmenované konstitutivní znaky agenturního zaměstnávání. Jde přitom o kumulativní podmínky, takže postačí splnění pouze jedné z nich. Je potom lhostejné, zda strany své vztahy kvalifikovatelné jako agenturní zaměstnávání zastírají jiným vztahem, či nikoliv, neboť již nesplnění těchto podmínek při pronájmu pracovní síly vyhovuje zákonné definici zastřené agenturního zaměstnávání.

Zároveň je pak nutné rozlišit ještě třetí znak zastřené agenturního zaměstnávání, který je rovněž kumulativní ke znaku pronájmu pracovní síly a při jehož naplnění je lhostejné, zda byl či nebyl naplněn i znak porušení zákonných podmínek provozování agenturního zaměstnávání. Tímto třetím znakem je právě ono zastření jako takové, tedy disimulace právního jednání. Jedná-li se totiž o pronájem pracovní síly zaměstnanců, avšak tento pronájem je maskován, zastřen, disimulován jako jiný právní vztah, je lhostejné, zda generální dodavatel plní veškeré konstitutivní podmínky provozování agenturního zaměstnávání, neboť zastřením právě právní povahy vztahů dochází rovněž k zastřenému agenturnímu zaměstnávání.<sup>374</sup>

---

<sup>373</sup> § 140 odst. 1 písm. g) Zákona o zaměstnanosti

<sup>374</sup> Zde by bylo logické spíše uzavřít, že nikoliv „rovněž“ zde, ale „především“ zde se jedná o zastřené agenturní zaměstnávání, neboť se jedná rovněž o zastřené právní jednání. Z výše popsaného problému legální definice zastřené agenturního zaměstnávání však takový logický závěr dovodit nelze, neboť tato definice pamatuje především na situace, kdy nejsou splněny podmínky pro agenturní zaměstnávání, teprve až zpětně rovněž na případy skutečně zastřené právního jednání.

## 4. Závěr

### 4.1. Shrnutí stavu *de lege lata*

Vymezení plnění, vázanost příkazy, čas plnění, místo plnění, subjekt poskytující plnění, způsob odměňování, alokace rizika spojeného s plněním, vůle stran – toto jsou indikátory zastřeného zaměstnávání, které se navzájem prolínají a doplňují. Jeden každý sám o sobě však pro jednoznačný závěr o zastřeném zaměstnávání nestačí. Zároveň právě z nich je možné dovodit poslední zákonný pojmový znak závislé práce podle § 2 odst. 1 Zákoníku práce, kterým je podřízenost pracovníka zadavateli práce.

Tento zákonný znak totiž nelze samostatně definovat a vymezit, nýbrž vyplývá z jednotlivých prvků daného vztahu, které jej indikují a dohromady společně formují vztah pracovníka a zadavatele práce jako vztah nadřízenosti a podřízenosti. Podřízenost tak lze například dovodit teprve v situaci, kdy jsou přítomny jednotlivé dílčí znaky - např. obecné vymezení plnění závislé na vůli a pokynech zadavatele práce, vázanost příkazy zadavatele práce, možnost zadavatele práce kontrolovat plnění příkazů a sankcionovat jejich neplnění, alokace rizika na zadavatele práce, hodinová odměna a kontrola zadavatele práce nad místem výkonu práce a časem pracovníka.<sup>375</sup>

Stejně tak lze teprve z těchto indikátorů dovozovat osobní a ekonomickou závislost pracovníka na zadavateli práce, tedy důležitou kategorii závislé práce dle současné jurisprudence,<sup>376</sup> kterou v zásadě přebírá i judikatura.<sup>377</sup> Ovšem, jak upozorňuje Štefko, nejedná se o původní koncept. V českém právu je původní francouzský koncept, kde ekonomická závislost nehraje roli právě proto, že ekonomicky závislý na jiném subjektu může být i podnik.

---

<sup>375</sup> Viz např. Nejvyšší správní soud ... 6 Ads 46/2013, podle kterého je podřízenost dovozována mimo jiné z vymezení pracovní doby („*Skutečností osvědčující řídicí pravomoc zaměstnavatele může být též určování a vykazování pracovní doby.*“).

<sup>376</sup> BEZOUŠKA, Petr. *Závislá práce*. Právní rozhledy. 2008, č. 16, nestránkováno

<sup>377</sup> Nejvyšší správní soud ... 6 Ads 46/2013

Koncept ekonomické závislosti se tedy do českého práva dostal až později z práva německého.<sup>378</sup>

Ani závislost pracovníka nelze definovat *per se*. Stejně jako podřízenost je nezbytné závislost dovozovat, resp. definovat, a to skrze dílčí znaky popisované v této práci jako identifikátory zastřeného zaměstnávání.<sup>379</sup> Právě závislost pak judikatura akcentuje, jako společný prvek zákonných znaků závislé práce, jakousi nit' spojující tyto znaky v jeden koherentní pojem charakterizovaný právě onou závislostí.<sup>380</sup>

V tomto ohledu je však dosavadní judikatura možná neúplná a nedostatečná, přičemž tato neúplnost a nedostatečnost je dána nepříliš šťastnou legální definicí pojmu *závislá práce*. Z výše uvedeného totiž vyplývá, že nejen osobní a hospodářská závislost, ale i podřízenost pracovníka je společný jmenovatel všech ostatních zákonných znaků závislé práce a všech výše uvedených indikátorů. Závislost i podřízenost je totiž nutné z těchto indikátorů odvozovat. Závislost a podřízenost tak nestojí na stejné úrovni jako tyto indikátory, ale jsou jim nadřazené. Právě závislost a podřízenost určité kvality a kvantity jsou skutečným znakem závislé práce v pravém slova smyslu; už nejde jen o pouhé indikátory.

Zároveň je nutné akcentovat i kvalitativní a kvantitativní charakter takové závislosti a podřízenosti. I vztahy mezi podnikateli totiž lze mnohdy charakterizovat závislostí a podřízeností, avšak závislost a podřízenost mezi podnikateli bude vždy kvalitativně a kvantitativně odlišná. V případě podnikatelů bude totiž závislost a podřízenost zpravidla daná spíše ekonomickými podmínkami. V případě zaměstnanců se ovšem jedná o pojmovou nezbytnost danou celkovou dynamikou vztahu zaměstnance a zaměstnavatele.

---

<sup>378</sup> ŠTEFKO, ... *návrat Jediho?* ... (nestránkováno)

<sup>379</sup> Dle Nejvyššího správního soudu pak lze závislost dovozovat nejlépe ze skutečnosti, zda pracovník musí jednat jménem podniku. („*Zaměstnanec musí taktéž jednat jménem zaměstnavatele – v tomto znaku se koncentruje hospodářská závislost zaměstnance na zaměstnavateli*“ Nejvyšší správní soud ... 6 Ads 46/2013

<sup>380</sup> „*Stačí pouze spojit jednotlivé znaky uvedené v § 2 odst. 1 zákoníku práce z roku 2006 společným prvkem osobní či hospodářské závislosti zaměstnance na zaměstnavateli – jenž ostatně vyplývá již ze samotného pojmu „závislá práce“ - a naplnit je v duchu této optiky konkrétním obsahem.*“ Tamtéž



Na základě definic uvedených v první kapitole této práce, indikátorů analyzovaných v druhé kapitole této práce a závěrů z toho učiněných, tak lze vymezit pět naprosto základních znaků zastřené zaměstnávání *de lege lata*: (1) výkon práce osobně pracovníkem, avšak jménem a dle pokynů zadavatele práce,<sup>381</sup> (2) podřízenost pracovníka zadavateli práce, (3) osobní a ekonomická závislost pracovníka na zadavateli práce, (4) kvalitativní a kvantitativní charakter podřízenosti a závislosti odpovídající základnímu pracovněprávnímu vztahu, (5) absence základního pracovněprávního vztahu. První čtyři znaky jsou materiální, pátý znak je formální. Všechny znaky jsou potom kumulativní. Jinými slovy, pokud se na základě jednotlivých indikátorů dospěje k závěru, že (1) práce je vykonávána osobně pracovníkem a jménem a dle pokynů zadavatele práce, a zároveň (2) pracovník je podřízený zadavateli práce, a zároveň (3) pracovník je ekonomicky a osobně závislý na zadavateli práce, a zároveň (4) tato závislost a podřízenost má srovnatelný charakter jako vztah zaměstnavatele a zaměstnance v základním pracovněprávním vztahu a zároveň (5) vztah mezi takovým pracovníkem a zadavatelem práce není formálně právně ukotven do základního pracovněprávního vztahu, pak se jedná o zastřené zaměstnávání.

Je naprosto zásadní posuzovat všechny jednotlivé indikátory a naplnění všech pěti základních znaků v kontextu konkrétních okolností, individualizovat takové posouzení a nebrat tyto jednotlivé znaky a závěry ohledně nich činěné jurisprudencí a judikaturou příliš dogmaticky. V opačném případě, jak vyplývá ze srovnávací analýzy smluvních typů prováděné v druhé kapitole této práce, totiž hrozí, že jako zastřené zaměstnávání bude posouzen i případ, který je naprosto přijatelným vztahem dvou podnikatelů. Nemluvě o případech prosté občanské výpomoci, jejichž odlišení a ochrana je ve svobodné demokratické společnosti rovněž naprosto zásadní.<sup>382</sup>

---

<sup>381</sup> Zde je totiž nutné *de lege lata* přihlížet pouze k § 2 odst. 1 Zákoníku práce, odst. 2 téhož ustanovení nejmenuje znaky, nýbrž podmínky, které se promítnou do posuzování naplnění ostatních znaků ad (2) až (4).

<sup>382</sup> „Odlišovat závislou práci od mezilidské výpomoci je však nezbytné. ... Není zkrátka a dobře možné v rámci boje proti nežádoucí praxi nelegálního zaměstnávání likvidovat běžný občanský život. ... vzájemná mezilidská výpomoc či ryzí dobrovolnická činnost byly a jsou součástí sociální reality, kterou nemůže právo ignorovat,

Na to poukazuje i jurisprudence. Např. Grus, když jím analyzovaná rozhodnutí komentuje slovy: „*Jednou za podstatné a podruhé za nepodstatné bylo s ohledem na výše uvedenou rozhodovací praxi považováno ujednání o způsobu odměny těchto osob, jejich povinnost nosit pracovní oděv s obchodním jménem objednatele a jejich oprávnění k používání určitých nástrojů a náradí ve vlastnictví objednatele nebo ujednání o dlouhodobosti spolupráce smluvních stran při provádění zakázek. ... Všechna uvedená kritéria nemohou dle mého názoru sloužit ve prospěch či neprospěch podnikatele. Za nepřijatelné tedy považuji, když správní orgány vycházejí z principu „v pochybnostech v neprospěch“ podnikatele či plátce daně.“<sup>383</sup>*

Nejde tedy ani tak o naplnění jednoho každého indikátoru definovaného touto prací, jako o to, zda při naplnění *essentialia negotii* závislé práce souhrn skutečností a charakteristik indikujících závislou práci, z nichž je dovozována závislost a podřízenost, převáží nad souhrnem skutečností a charakteristik indikujících nezávislou práci, či nikoliv. Jednoduše řečeno, je na místě použít rozum a cit.

Ilustrovat to lze na dvou recentních rozsudcích Nejvyššího správního soudu, a sice rozsudku ze dne 30. srpna 2018 sp. zn. 2 Ads 25/2018 a rozsudku ze dne 25. června 2020 sp. zn. 5 Ads 208/2019. V obou případech pracovníci konali práci na pracovišti podniku, v pevné pracovní době, pomocí prostředků opatřených podnikem a dle pokynů podniku. V obou případech odměnu fakturovali měsíčně, přičemž v prvním případě byla určena hodinově, v druhém případě jako akordní. V obou případech byli pracovníci na práci od daného podniku závislí, neboť neměli jiný příjem. V obou případech šlo rovněž o dlouhodobé, trvající vztahy. V prvním případě však Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že se nejednalo o zastřené zaměstnávání. V druhém případě naopak dospěl k závěru, že se jedná o učebnicový příklad zastřeného zaměstnávání.

Rozdíl spočíval právě v množství a kvalitě indikátorů zastřeného zaměstnávání. V prvním případě totiž bylo indikátorů méně, když například pracovník odjakživa spolupracoval s podnikem na základě smluv o dílo, naproti tomu v druhém případě byli pracovníci nejprve

---

*anebo dokonce popírat. Jde o vztahy přirozené a žádoucí, jež nemohou být demokratickým právním státem postihovány.“* Nejvyšší správní soud ... 6 Ads 46/2013

<sup>383</sup> GRUS, *Švarcsystém v rozhodovací praxi ...* (nestránkováno)

zaměstnání v pracovněprávním vztahu a až po osvědčení začali s podnikem spolupracovat na smlouvu o dílo. V prvním případě byla rovněž nižší kvalita přítomných indikátorů. Tak například i v prvním případě byl pracovník vázán pokyny podniku, ovšem tyto byly dány jednoduše zadáním práce a konečnou kontrolou, navíc se týkaly práce jako takové. Naproti tomu v druhém případě byly instrukce velmi podrobné, přesné a striktně kontrolované v průběhu práce, navíc se týkaly i přesného pracovního postupu a BOZP, přičemž na oboje byli pracovníci vyškoleni.

Kritika rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 30. srpna 2018 sp. zn. 2 Ads 25/2018<sup>384</sup> tedy není na místě. Je sice pravda, že některé indikátory zastřeného zaměstnání byly naplněny i zde, ovšem nikoliv v takové kvantitě a kvalitě, aby závěr o zastřeném zaměstnávání skutečně a bezpečně odůvodnily. Nejvyšší správní soud se zřejmě rozhodl přidržet své praxe a zdravého rozumu, které dávají důraz na smluvní volnost a za zastřené zaměstnávání označují pouze jednoznačné případy. Takovým byl až onen druhý případ řešený pod sp. zn. 5 Ads 208/2019.

V případě zastřeného agenturního zaměstnávání je potom stav *de lege lata* relativně nepřesný kvůli definici tohoto institutu zahrnující rovněž případy, v nichž nutně nedochází k zastřenému právnímu jednání. Znaky zastřené agenturního zaměstnávání jsou ve své podstatě tři: (i) pronájem pracovní síly, (ii) nesplnění zákonných podmínek pro poskytování agenturního zaměstnávání, (iii) zastírání pravé povahy vztahu spočívajícího v pronájmu pracovní síly. Aby se jednalo o zastřené agenturní zaměstnávání dle stavu *de lege lata*, musí být kumulativně naplněny podmínky (i) a (ii), přičemž může, ale nemusí kumulativně přistoupit i podmínka (iii); alternativně pak musí být naplněny kumulativně podmínky (i) a (iii), přičemž může, ale nemusí kumulativně přistoupit i podmínka (ii).

#### **4.2. Shrnutí, aneb jak se vyvarovat rizikům spojeným se zastřeným zaměstnáváním**

Jak se tedy v současném právním rámci vyvarovat při outsourcingu výše popsaným rizikům spojeným se zastřeným zaměstnáváním? V obecné rovině lze uzavřít, že by v daném vztahu neměly kumulovat jednotlivé indikátory zastřeného zaměstnávání v míře a podobě, v jaké

---

<sup>384</sup> STÁDNÍK, KIELER, *Nejvyšší správní soud k otázce švarcsystému...* (nestránkováno)

jsou přítomny v případě základního pracovněprávního vztahu, aby nedošlo k naplnění znaků zastřeného zaměstnávání definovaných výše.<sup>385</sup> Je nutné zaměřit se na celkovou povahu vztahu a posoudit, zda není pracovník příliš podřízen podniku a zda na něm není příliš ekonomicky a osobně závislý. Přitom je primárně v zájmu podniku samotného takové posouzení provést a tyto náležitosti si tzv. pohlídat.

V konkrétní rovině potom vše začíná již při sjednání plnění. Je na místě sjednávat plnění pracovníka předem, a to raději konkrétně než obecně. Naopak v průběhu trvání vztahu je na místě již žádné další pokyny ohledně způsobu provádění plnění neukládat. Pokud je nezbytné plnění dále specifikovat a pokyny udílet, pak je vhodné, a v některých případech nutné,<sup>386</sup> mít předem sjednanou možnost udílet další pokyny, a to včetně jejich závaznosti. V takovém případě je však nutné pamatovat i na vhodné sjednání kontrolních a sankčních mechanismů, kdy přílišná pravomoc v rukou zadavatele práce bude vztah posunovat významně směrem k závislé práci.<sup>387</sup>

Rovněž je vhodné sjednat poskytování plnění na dobu určitou a případný dlouhodobý vztah či dokonce vztah na dobu neurčitou mít adekvátním způsobem odůvodněný a ideálně zasazený do rámcové smlouvy. V takovém případě je rovněž vhodné pamatovat na odpovídající výpovědní důvody a lhůty, jakož i na případnou odpovídající indexaci úplaty. Co se samotného času plnění týče, je vhodné sjednat termín plnění, jakož i dílčí termíny plnění. Zcela nevhodné je ovšem sjednání povinnosti pracovníka dodržovat pracovní dobu, a to zejména pokud je určená a kontrolovaná zadavatelem práce. Musí-li být určitá pracovní doba dodržena, pak je nezbytné mít takovou povinnost adekvátním způsobem odůvodněnou, sjednat ji v přiměřeném rozsahu vzhledem k důvodům její existence a zároveň by odpovědnost za její sledování a evidenci měla ležet na pracovníkovi samotném, nikoliv zadavateli práce.

---

<sup>385</sup> Viz kapitola 4.1.

<sup>386</sup> Týká se smlouvy o dílo, viz § 2592 Občanského zákoníku.

<sup>387</sup> Jak upozorňuje Štefko: „*V různých zemích s rozdílnou právní tradicí se shodně objevuje tato koncepce obsahující v podstatě tři dílčí znaky: 1. právo udělovat pracovní úkoly a závazné pokyny zaměstnancům, včetně práva přidělit plnění pracovních úkolů jinému zaměstnanci; 2. právo kontrolovat výkon práce a dodržování udělených pokynů a 3. právo postihnout zaměstnancem nesprávné či nedbalostní plnění těchto pokynů nebo nedodržování udělených pokynů.*“ ŠTEFKO, ... návrat Jediho? ... (nestránkováno)

Práce by pak neměla být omezena výlučně na pracoviště zadavatele práce ani místa obvyklá pro jeho činnost či jím určená, ledaže je to nezbytné. V takovém případě je opět nutné takovou povinnost pracovníka dostatečně a adekvátně odůvodnit (např. povahou díla) a přizpůsobit přiměřeně tomuto odůvodnění. Odpovědnost a rizika související s prováděním práce, místem jejího výkonu, případně i BOZP, by neměly být alokovány jen a pouze na zadavatele práce, nýbrž měly by být rozvrženy rovnoměrným způsobem odpovídajícím danému smluvnímu vztahu mezi obě jeho strany.

Obdobné platí i o nákladech na provádění práce, typicky tedy prostředcích k provádění práce, jejichž opatření by v ideálním případě mělo být zcela ponecháno na pracovníkovi do té míry, do jaké je to prakticky možné. V odůvodněných případech<sup>388</sup> je však možné, aby prostředky k provádění práce opatřil a další náklady nesl zadavatel práce. V každém případě by však taková alokace nákladů měla být přizpůsobena přiměřeně důvodům, pro něž byla sjednána. Existují-li pro to důvody, je možné, aby byly prostředky k provádění práce, pracoviště či při vynaložení zvláštní opatrnosti a ve specifických případech i pracovníkovo oblečení označeny např. firmou a logem zadavatele práce. Takovým důvodem bude často reklama a je tedy nutné ve smlouvě pamatovat i na případné protiplnění. Zároveň je vhodné do příslušné smlouvy zahrnout ustanovení, podle něhož freelancer práci koná vlastním jménem a na vlastní odpovědnost, pokud a do té míry do které to samozřejmě daný smluvní vztah umožňuje.

Za nevhodný lze jednoznačně označit outsourcing na bývalé zaměstnance, kteří si čistě pro tento účel zřídili příslušné podnikatelské oprávnění. Zejména, pokud takový freelancer nemá jiné zákazníky či odběratele, práci vykonává exkluzivně pro svého bývalého zaměstnavatele a tato práce je obsahově shodná s prací, kterou pro podnik vykonával dříve z pozice zaměstnance. V případě exkluzivity, musí-li být sjednána s ohledem na povahu vykonávané práce a např. ochranu know-how podniku, musí být její sjednání řádně odůvodněno a povaha sjednané exkluzivity být přiměřená důvodům jejího sjednání.

---

<sup>388</sup> Zejména půjde o případy ochrany know-how zadavatele práce či případy, kdy zadavatel práce a povaha plnění požaduje po pracovníkovi využití specifické, a nikoliv běžně dostupné technologie.

Rovněž nevhodné, avšak v praxi běžné a nikoliv nutně fatální, je sjednání odměny poskytované podle odpracovaných hodin. Vyžaduje-li povaha práce a efektivní výkon kontroly ze strany podniku sjednání hodinové odměny, pak je vhodné toto vyvážit alespoň mechanismem, na základě kterého vede a za evidenci odpracovaných hodin odpovídá sám pracovník. Případně i mechanismem, podle kterého se odměňují rovněž výsledky práce, a nikoliv pouze čas prací strávený.

V neposlední řadě je vhodné do dané smlouvy zahrnout výslovné ujednání, podle kterého je vůlí stran vstoupit do obchodněprávního, nikoliv pracovněprávního, vztahu. Přitom je však zcela zásadní posouzení, zda tomuto výslovnému ujednání odpovídají rovněž ostatní ujednání a parametry vztahu, jakož i jeho charakter plynoucí z celkového kontextu. Pokud tomu tak není, pak samostatné výslovné prohlášení bude zřejmě zbytečné, či dokonce může být i přítěží, neboť může být vykládáno jako snaha stran zastřít skutečnou povahu jejich smluvního vztahu.

Nemohou-li se potom strany z různých důvodů vyhnout v nastavení vztahu materiálním znakům závislé práce a potřebují-li do vztahu zahrnout ujednání, která jednoznačně a v zásadě bez rozumných pochybností indikují zastřené zaměstnávání, měly by raději zvolit rovnou pracovněprávní vztah. Může se jednat např. o situace, kdy klient podniku požaduje dodržování velice striktních a podrobných pravidel či postupů za účelem zajištění kvality či ochrany know-how. V takových případech může klient podniku chtít, aby tato pravidla podnik zajistil i na straně svých dodavatelů, tedy např. freelancerů. Podnik sám bude nejspíše chtít své dodavatele pečlivě kontrolovat, zda např. daný postup přesně dodržují. Přílišná instruktáž a kontrola však v kumulaci s ostatními identifikátory mohou vést k závěrům o zastřeném zaměstnávání. V takovém případě Nejvyšší správní soud konstatuje, že podnik má v zásadě povinnost vyvarovat se zastřenému zaměstnávání tím, že využije zaměstnance, nikoliv freelancery.<sup>389</sup>

V zásadě se lze rizikům spojeným s outsourcingem vyvarovat i jakýmsi nepřímým outsourcingem, tedy kontraktováním právnické či fyzické osoby, která následně pro výkon dané práce využije své vlastní zaměstnance či poddodavatele. Na první pohled je toto způsob, jak jednotlivé nástrahy zastřeného zaměstnávání elegantně obejít. Ovšem i zde je nutné být extrémně

---

<sup>389</sup> Nejvyšší správní soud ... 5 Ads 208/2019

opatrný. Může zde dojít totiž k zastřenému agenturnímu zaměstnávání a zároveň nemusí nutně dojít k vyhnutím se se zastřenému zaměstnávání. Rizika tedy v takovém případě spíše přibývají, než ubývají.

Takové uspořádání vztahů nicméně možné je. Je ovšem nezbytné posoudit celkové nastavení vzájemných vztahů podniku, generálního dodavatele a jednotlivých pracovníků. Pokud by se mělo materiálně jednat o pronájem pracovní síly, a nikoliv prostý outsourcing činnosti na generálního dodavatele,<sup>390</sup> pak je na místě zajistit, aby generální dodavatel byl agenturou práce splňující příslušné zákonné povinnosti a daný vztah konstruovat otevřeně jako agenturní zaměstnávání a nezastírat jej jiným právním vztahem. Rovněž je vhodné ověřit vztah podniku i generálního dodavatele s jednotlivými pracovníky s ohledem na možnost posouzení takového vztahu jako zastřeného zaměstnávání.<sup>391</sup>

#### **4.3. Kritika stavu *de lege lata*, aneb návrhy *de lege ferenda***

Moderní české pracovní právo „je reakcí na masovou (pásovou) výrobu vykonávanou převážně mužskými dělníky, kteří tráví svůj produktivní život z velké části u jednoho zaměstnavatele a pracují v pevné (normalizované) pracovní době“.<sup>392</sup> Původním smyslem takové úpravy pracovního práva bylo vyrovnaní ekonomické a sociální nerovnosti, která je vlastní pracovněprávním vztahům, a to zajištěním trvalého pracovněprávního vztahu na plný úvazek.<sup>393</sup> Taková úprava měla historicky zřejmě svůj smysl i pozitivní dopady, neboť bylo nutné reagovat na vývoj ve společnosti a modernizovat uspořádání pracovních vztahů tak, aby tomuto vývoji odpovídaly.

---

<sup>390</sup> Tedy situaci, kdy generální dodavatel reálně pronajímá podniku pracovníky. Rozdíl oproti skutečnému outsourcingu spočívá zejména v přístupu a aktivitě samotného podniku – pokud podnik sám aktivně vystupuje vůči pracovníkům generálního dodavatele, pak lze usuzovat spíše na pronájem pracovní síly než prostý outsourcing, u něhož podnik v zásadě jednotliví pracovníci nezajímají a jeho vztah je jen a pouze s generálním dodavatelem (samozejmě s určitými možnými výjimkami, jako je odpovědnost poddodavatelů).

<sup>391</sup> K tomu viz kritéria výše.

<sup>392</sup> BEZOUŠKA, Petr. *Pracovní právo ve společnosti 21. století*. Právní rozhledy. 2008, č. 1, nestránkováno

<sup>393</sup> Evropská komise, ... *Green Paper ...*, s. 5

Problém spočívá v tom, že i v dnešní době je nutné reagovat na vývoj společnosti. Ve svém jádru je však i dnešní české pracovní právo stále reakcí na průmyslovou revoluci a určitý historický stav a potřeby, spíše než na aktuální stav a potřeby. V důsledku toho je kladen až přehnaný důraz na ochranu zaměstnance a pracovní právo není dostatečně flexibilní. Ačkoliv formálně odkazuje na smluvní volnost, tak ve skutečnosti svým pojetím smluvní volnost zásadně potlačuje.<sup>394</sup> Potřeby moderní společnosti, ekonomiky, podniků i pracovníků reflektuje tedy pouze částečně a nedokonale.

Nelze samozřejmě zlehčovat a opomíjet vývoj, kterým české pracovní právo prošlo, zejména pak jeho rekonstrukci v letech 2004, 2006 a následný na to navázaný vývoj. Lze uvítat např. odstranění § 13 Zákona o zaměstnanosti,<sup>395</sup> který byl zřetelným reliktem socialismu či dokonce dob ještě starších. Jeho nesmyslnost pak byla umocněna tím, že pokuta hrozila i dotčenému zaměstnanci. Nešlo zde tedy o ochranu pracovníka (*security*) jako spíše o (do jisté míry zvrácenou) ochranu zažitého vztahu zaměstnavatel-zaměstnanec a mocenské (vrchnostenské) vynucování jeho dodržování i v případech, kdy nedával ani jedné ze stran smysl.

Na druhou stranu je nutno podotknout, že i po odstranění § 13 Zákona o zaměstnanosti do jisté míry tento stav trvá, ač je méně zřetelný a jeho vynucování je méně intenzivní. Pracovníkovi totiž stále hrozí pokuta za výkon práce v režimu zastřehování zaměstnávání.<sup>396</sup> Konkrétně ve výši až 10.000,- Kč.<sup>397</sup> Ani dnes tedy, zdá se, nejde primárně o ochranu pracovníka, jako spíše o vynucování vztahu zaměstnavatel-zaměstnanec a výběr souvisejících daní a povinných odvodů. Což však, jak je argumentováno dále, je neefektivní nejen pro strany těchto vztahů, ale i pro stát samotný.

---

<sup>394</sup> BEZOUŠKA, *Pracovní právo ve společnosti 21. století ...* (nestránkováno); srov. analýza základních principů pracovního práva v kapitole 2.8.

<sup>395</sup> Tedy zrušení povinnosti zajišťovat běžné úkoly vyplývající z činnosti podniku zaměstnanci, a tím pádem zákaz outsourcingu veškeré činnosti na freelancery, a to bez náhrady, neboť § 74 odst. 1 Zákoníku práce stanoví zcela odlišné pravidlo, viz kapitola 2.1 a pozn. č. 92.

<sup>396</sup> Výkon nelegální práce dle § 139 odst. 1 písm. c) ve spojení s § 5 písm. e) bod 1. Zákona o zaměstnanosti.

<sup>397</sup> § 139 odst. 3 písm. c) Zákona o zaměstnanosti



Navzdory jistému pozitivnímu vývoji tak současné české pracovní právo stále neodpovídá ekonomicko-sociálním potřebám 21. století. Přímou v souvislosti se zde zkoumanou problematikou na to upozorňuje i Štefko, podle kterého k outsourcingu a subcontractingu bude v budoucnu docházet víc a víc a je tedy nezbytné je dovolovat, nikoliv „[démonizovat]“.<sup>398</sup> Současně s tím Štefko polemizuje, zda je vůbec na místě bránit zažitý „Taylor-Fordovsk[y]“ přístup k pracovnímu poměru, který tak implicitně označuje za zastaralý.<sup>399</sup>

Výše uvedené potvrzují rovněž odborné studie Evropské komise již z doby rekonstrukce českého pracovního práva.<sup>400</sup> Tyto bezmála 15 let stará zjištění, argumenty a závěry jsou stále aktuální a v České republice, i přes rekonstrukci, stále nedostatečně reflektované a implementované. Podle Evropské komise je modernizace pracovního práva klíčová pro to, aby bylo úspěšně dosaženo přizpůsobivosti a flexibility pohybu pracovníků i podniků, což je samozřejmě klíčové pro rozvoj ekonomiky, produktivitu ale i sociální cíle Evropské unie.<sup>401</sup> To platí i o českém pracovním právu, které je nutné modernizovat a umožnit vyšší flexibilitu, aby byly dosaženy ekonomické i sociální cíle, které si dnes jako společnost, klademe.

Původní smysl a cíl pracovního práva sice do jisté míry trvá, avšak došlo k nepopiratelnému socio-ekonomickému vývoji, který zapříčinil, že tento původní smysl a cíl již není tak zásadní. Sami zaměstnanci dnes vyžadují určitou míru flexibility a volnosti a než jistotu konkrétního pracovního postavení u konkrétního zaměstnavatele požadují spíše jistotu práce (příjmu) jako takové(ho).<sup>402</sup> Přitom české pracovní právo poskytuje právě spíše onu dnes již tak nevyžadovanou a ekonomicky nepříliš výhodnou jistotu konkrétního pracovního postavení.

---

<sup>398</sup> ŠTEFKO, ... návrat Jediho? ... (nestránkováno)

<sup>399</sup> Tamtéž

<sup>400</sup> Evropská komise, ... *Green Paper*; Evropská komise, ... *Towards Common Principles of Flexicurity*; z novějších potom i pravidelné každoroční zprávy o stavu trhu práce, pracovního práva a systémů sociálního zabezpečení v EU citované (i necitované např. z let předcházejících), které na *Green Paper* a *Towards Common Principles of Flexicurity* sice výslovně neodkazují, ale materiálně se s nimi shodují, odpovídají jim a lze se domnívat, že z nich i do jisté míry vycházejí.

<sup>401</sup> Evropská komise, ... *Green Paper* ..., s. 3

<sup>402</sup> Evropská komise, ... *Towards Common Principles of Flexicurity* ..., s. 3

Poměrně složitá, rigidní a pro-zaměstnanecky orientovaná úprava skončení pracovního poměru v kombinaci s rigidní úpravou druhu práce, možnosti výkonu závislé práce pouze v základním pracovněprávním vztahu a s tím související striktní úpravou nelegálního zaměstnávání totiž dává jistotu konkrétní pracovní pozice, byla-li získána. Zároveň však znesnadňuje přístup k práci, a tedy nezajišťuje dostatečnou jistotu práce (příjmu) jako takové(ho). Podnik totiž v kontextu takové právní úpravy důkladně zvažuje, zda a koho zaměstná. Potvrzují to i nálezy Evropské komise.<sup>403</sup> Přechod k nové práci tedy není tak snadný a může se prodlužovat doba, po kterou jsou jednotlivci nezaměstnaní, což s sebou nese řadu dalších negativ pro jednotlivce i celospolečenských.

Jednoduše vyjádřeno slovy principu *flexicurity*: *security* je do značné míry zajištěna, je nutné zapracovat na *flexibility*. A je to právě princip *flexicurity* a kombinace požadavků na flexibilitu a sociální zabezpečení, který představuje zásadní výzvu současného pracovního práva<sup>404</sup> a zároveň zřejmě i řešení jeho problémů a zejména pak řešení mnohých socio-ekonomických problémů.<sup>405</sup> Problém však spočívá ve špatném uchopení *flexicurity* a v její nedostatečné implementaci do českého právního řádu.

Často totiž dochází buď ke snahám o zvýšení flexibility podniků, nebo ke snahám o zvýšení jistoty pracovníků, přičemž tyto snahy se ve výsledku vzájemně negují.<sup>406</sup> Rovněž je

---

<sup>403</sup> „Podle analytických důkazů přísné právní předpisy na ochranu zaměstnanců snižují počet propuštění, avšak snižují rovněž počet přechodů z nezaměstnanosti do zaměstnání. Při rozhodování, zda zaměstnat nové pracovníky, firmy přihlížejí k tomu, zda jsou v budoucnu pravděpodobné vysoké náklady na propuštění“ Evropská komise, ... *Towards Common Principles of Flexicurity* ..., s. 6

<sup>404</sup> Evropská komise, ... *Green Paper* ..., s. 3

<sup>405</sup> „Cílem flexikurity je zajistit, aby občané EU mohli využívat vysoké úrovně jistoty zaměstnání, tzn. možnosti snadno najít zaměstnání v jakékoli fázi aktivního života, a aby měli dobré vyhlídky na kariérní růst v rychle se měnícím hospodářském prostředí. Jejím cílem je rovněž pomoci zaměstnancům i zaměstnavatelům plně využívat možností, které nabízí globalizace. Proto vytváří prostředí, v němž se mohou jistota a flexibilita vzájemně posilovat.“ Evropská komise, ... *Towards Common Principles of Flexicurity* ..., s. 4, přičemž na s. 6 se dále uvádí, že správné nastavení a implementace principu flexicurity zvyšuje produktivitu, zaměstnanost a hodnotu lidského kapitálu a snižuje ohroženost chudobou.

<sup>406</sup> Tamtéž, s. 4

nutné poukázat na pochybení spočívající v názoru, že flexibilita slouží zaměstnavatelům a jistota zaměstnancům. I zaměstnanci totiž mohou profitovat z flexibility, a naopak zaměstnavatelé potřebují jistotu ochrany svých zájmů. I toto je nedostatečně reflektováno v legislativní praxi. Důsledkem, na který tato práce rovněž narazila, je tak výrazné převážení *security* nad *flexibility*.<sup>407</sup>

Dle zjištění Evropské komise tento stav, který ve své podstatě znamená, že pracovní právo je rigidní a ochrannářské, ve skutečnosti odrazuje podniky od nábory zaměstnanců, a to zejména v ekonomicky složitých dobách.<sup>408</sup> Právně tehdy je přitom zaměstnanost důležitá pro zajištění základních sociálních jistot pracovníků, udržení životní úrovně i restart ekonomického růstu.<sup>409</sup> Příliš rigidní pravidla a vysoká administrativní náročnost navíc brání růstu malých firem, rozvoji technologií a dle dostupných dat i sociální inkluzi, neboť zhoršují přístup žen, mladých a starších pracovníků na trh práce.<sup>410</sup>

Zde je patrný obrovský paradox nesprávně pojatého principu *flexicurity*. Příliš rigidní a ochrannářská úprava pracovního práva kladoucí si za cíl maximalizaci principu *security* na straně zaměstnanců je ve svém důsledku za prvé chráněným pracovníkům na překážku, a to zejména v dobách, kdy ochranu potřebují nejvíce, a zejména těm pracovníkům, kteří ochranu a jistotu potřebují nejvíce. Za druhé může taková nesprávná úprava podněcovat k obcházení zákona, tedy k zastírání zaměstnávání a posunu práce a pracovních vztahů do šedé zóny, kde není ani jeden z cílů principu *flexicurity* uspokojivě dosažen.<sup>411</sup> Za třetí brání i rozvoji technologií, ekonomiky a pracovního trhu.

Řešením je tedy správné nastavení a implementace principu *flexicurity*. V úrovni smluvních pracovních vztahů má být právo spíše volnější a má být kladen důraz zejména na smluvní volnost, aby bylo dosaženo skutečné *flexibility*, která ve svém důsledku umožňuje

---

<sup>407</sup> Viz kapitola 2.8 a polemika týkající se základních zásad pracovněprávních vztahů.

<sup>408</sup> Evropská komise, ... *Green Paper ...*, s. 5

<sup>409</sup> Tamtéž, s. 5

<sup>410</sup> Tamtéž, s. 7-8

<sup>411</sup> Pracovník i podnik je připraven o jistoty, flexibilita je spíše zdánlivá a zájmy státu na transparentním pracovním trhu a výběru daní rovněž nejsou dosaženy.

udržet či dokonce rozvíjet zaměstnanost a tím z ní profitují nejen podniky, ale i pracovníci a stát, jak je ukázáno dále. To je potom nutné doplnit v úrovni systému sociálního zabezpečení odpovídajícími a motivačními dávkami v nezaměstnanosti, čímž bude dosaženo i odpovídající *security*.<sup>412</sup>

Vhodným příkladem je Dánsko či Nizozemsko. Oba tyto státy, zdá se úspěšně, tento model implementovaly do svého pracovního práva. V obou státech je totiž kladen důraz skutečně na smluvní volnost, včetně např. krátkých výpovědních lhůt, což vedlo k ekonomickému růstu.<sup>413</sup> Tato flexibilita přitom nijak neubírá zaměstnancům jistoty, což je dáno tím, že snadnost ukončení stávajícího pracovního poměru je vyvážena snadným započítáním nového pracovního poměru<sup>414</sup> a vhodnou podporou v nezaměstnanosti.<sup>415</sup> Dle průzkumů se tak zaměstnanci v Dánsku a Nizozemsku cítí zabezpečenější, neboť mají jistotu, že v případě potřeby budou zajištěni a rychle si najdou jinou práci, na rozdíl od zaměstnanců např. ve Francii, kde jsou pravidla ochrany zaměstnanců a jejich existujícího pracovního poměru nesrovnatelně rigidnější.<sup>416</sup> Zde lze tedy vysledovat ještě čtvrtý bod paradoxu příliš ochrannářského pracovního práva spočívající v subjektivním pocitu nejistoty jednotlivých zaměstnanců, tedy přesně opačném pocitu, než se snaží takové právo vyvolat.

---

<sup>412</sup> Evropská komise, ... *Green Paper* ..., s. 8-10; Evropská komise, ... *Towards Common Principles of Flexicurity* ..., s. 9-10

<sup>413</sup> BEZOUŠKA, *Pracovní právo ve společnosti 21. století* ... (nestránkováno)

<sup>414</sup> Jednak díky podpoře nábory nových pracovníků, jednak díky absenci nutnosti zvažovat přílišnou složitost a administrativní náklady ukončení pracovního poměru.

<sup>415</sup> „V rámci dánské pracovněprávní úpravy mají smluvní partneři velmi velkou svobodu k utváření obsahu pracovního poměru; k tomu přistupuje dobrý přístup k pomoci v nezaměstnanosti a k opatřením zvyšujícím schopnost člověka prosadit se na trhu práce. Podle OECD je Dánsko v rámci Evropské unie jednou ze zemí s nejnižší ochranou pracovního poměru. Dá se to dokumentovat např. na krátkých výpovědních lhůtách a relativně nízkém odchodném. H. Jensen připomíná, že dánští zaměstnanci pocítují vysokou míru sociálních zaměstnaneckých jistot vzdor tomu, že ve srovnání s některými jinými zeměmi je v Dánsku relativně snadné jak být přijat, tak být propuštěn. Podle průzkumu CEPS (Středisko pro výzkum evropské politiky) z roku 2004 zaujímali dánští zaměstnanci ve srovnání se svými evropskými sousedy nejvyšší místo ve smyslu pozitivního chápání zaměstnaneckých jistot.“ BEZOUŠKA, *Pracovní právo ve společnosti 21. století* ... (nestránkováno)

<sup>416</sup> Evropská komise, ... *Towards Common Principles of Flexicurity* ..., s. 7

I v českém pracovním právu by se tedy do budoucna měla upřednostnit autonomie vůle stran, která je v současné době výrazně omezena, což odpovídá historickým potřebám a cílům pracovního práva, nikoliv těm současným. Ve zde zkoumaném kontextu pak problém českého pracovního práva spočívá v tom, že rozpoznává pouze dvě regulované kategorie práce,<sup>417</sup> přičemž s mezními případy, které realita nutně přináší, si naše právo v zásadě neví rady a onu realitu násilně ohýbá buď do jedné nebo do druhé regulované kategorie, a to navíc za pomoci sankčních mechanismů. To je však z hlediska socio-ekonomických potřeb nežádoucí. Právě důraz na smluvní volnost v pracovním právu je vhodným řešením, přičemž existují v zásadě dvě cesty řešení uvedeného problému.

První cesta je deregulace obou doposud regulovaných kategorií práce, a to tak, že bude v zásadě lhostejné, kam daný mezní případ přiřadíme, neboť onou deregulací tyto kategorie do jisté míry pozbydou svůj význam. V podstatě by šlo o smazání § 3 Zákoníku práce a na to navázaných ustanovení Zákona o zaměstnanosti týkajících se zastřeného zaměstnávání, jakož i s tím souvisejících ustanovení Zákona o daních z příjmů a zákonů na úseku zdravotního pojištění a sociálního zabezpečení. Problém je, že jde o naprosto nesystémové řešení, které by mohlo přinést řadu nejistot a je otázka, zda by takový důraz na *flexibility* nebyl již na úkor *security*.

Druhá cesta je vytvoření třetí regulované kategorie, která by mezní případy pojmla do sebe.<sup>418</sup> To by muselo být spojeno s revizí problematiky zastřeného zaměstnávání<sup>419</sup> a mohlo být spojeno s modernizací systému zdravotního pojištění a sociálního zabezpečení za účelem vhodného zapojení lidí spadajících do této nové kategorie do těchto systémů. Vhodné zapojení je ovšem nutno rozumět rovněž jako střízlivé zapojení, a to už s ohledem na to, že by se nejednalo o zaměstnance v pracovním poměru, i to, že Česká republika má již nyní jedny z nejvyšších odvodů do systému sociálního a zdravotního zabezpečení.<sup>420</sup> Takové řešení se zdá být více

---

<sup>417</sup> Závislou práci podle Zákoníku práce a potom nezávislou, samostatnou práci konanou podnikateli.

<sup>418</sup> I toto řešení by znamenalo smazání § 3 Zákoníku práce, ovšem nikoliv bez náhrady.

<sup>419</sup> V ideálním případě s úplným opuštěním zastřeného zaměstnávání jako veřejnoprávního deliktu.

<sup>420</sup> Evropská komise. Annual review 2019. *Labour Market and Wage Developments in Europe*. Dostupné na <<https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=8257>>, s. 39, Tabulka I.2.6 tvořící přílohu č. 1 této práce

souladné se současným systémem. Rovněž se zdá, že by lépe zachovalo *security*, a dokonce jej ještě zvýšilo důrazem na jistotu získání nové práce, a přitom by přispělo k vyšší flexibilitě.

Sama Evropská komise řešení druhou cestou naznačuje, když upozorňuje na problémy spojené se zastřeným zaměstnáváním a jeho vynucováním v realitě 21. století. Podle Evropské komise se stírá rozdíl mezi některými zaměstnanci a některými freelancery, přičemž tradiční dělení na závislou práci a nezávislé podnikání již přestává postačovat, což může vést k řadě sporů a sankcí narušujících podnikání a v důsledku podkopávajících i pracovní trh a ekonomický rozvoj. Problémem je pak podle Evropské komise mnohdy národní právo členského státu, které obsahuje nedostatečné a nejasné definice jednotlivých pojmů a institutů.<sup>421</sup> Na tento problém ostatně narazila, a právě na něm do značné míry stojí, i tato práce.<sup>422</sup> V reakci na to dochází Evropská komise k závěru, že je nutné kromě již dvou existujících kategorií práce, tedy závislé práce zaměstnance<sup>423</sup> a nezávislé práce freelancera,<sup>424</sup> rozlišovat ještě třetí kategorii ekonomicky závislé práce freelancera<sup>425</sup>.<sup>426</sup>

Jednoduše řečeno, v obou cestách navržených výše spočívá smysl v tom, že závislou práci by mělo být možné vykonávat i mimo základní pracovněprávní vztah.<sup>427</sup> Všechny problémy se

---

<sup>421</sup> Evropská komise, ... *Green Paper* ..., s. 10-11

<sup>422</sup> Viz vysoce problematickou zákonnou definici zastřeného agenturního zaměstnávání rozebíranou v druhé části kapitoly 3.3.2., problematickou definici závislé práce (srov. pozn. č. 9) či smysl této práce spočívající v nalezení znaků zastřeného zaměstnávání.

<sup>423</sup> „*Subordinate employment*“

<sup>424</sup> „*Independent self-employment*“

<sup>425</sup> „*Economically dependent work*“

<sup>426</sup> Evropská komise, ... *Green Paper* ..., s. 11

<sup>427</sup> Z toho důvodu nelze argumentovat dostatečností řešení spočívajícího v použití dohod o pracích konaných mimo pracovní poměr, neboť ačkoliv jistou míru flexibility přinášejí, tak (i) stále nutí strany vstoupit do základního pracovněprávního vztahu a tím mohou ohýbat realitu jejich faktického vztahu a vůle do jině nepřiléhavé právní formy, (ii) přináší s sebou poměrně zásadní omezení, zejména co se délky takového vztahu týče, (iii) jde o další relikv socializmu překrucující soukromoprávní vztahy (zde konkrétně smlouvy o dílo dle Obecného zákoníku občanského, viz např. BĚLINA, Tomáš. § 74 *Obecné ustanovení*. In: BĚLINA, *Zákoník práce* ..., s. 456).

tím samozřejmě nevyřeší.<sup>428</sup> Stále, či možná tím spíše, zůstane problém informovanosti pracovníka, u něhož bude zásadní jeho vlastní znalost výhod a nevýhod toho kterého uspořádání vztahů mezi ním a podnikem.<sup>429</sup>

Rovněž i nadále budou existovat mezní případy, ovšem větším odstupňováním vztahů, v nichž může být práce vykonávána, bude snazší jejich zařazení, a tedy počet sporných případů efektivně ubude. Odstraněním přestupků týkajících se zastřeného zaměstnávání a s tím spojených sankcí by pak došlo k dalšímu pozitivnímu posunu, co se mezních případů týče, a navíc k úspoře ve státním aparátu. Úspora by zřejmě nastala i na administrativních nákladech podniků. To by, *a contrario* k dnešnímu stavu, mělo vést k lepšímu přístupu pracovníků k práci díky vyšší ochotě podniků způsobené nižším rizikem a nižšími náklady. To by vedlo k vyšší zaměstnanosti. U podniků, zejména malých, jimž je stávající úprava nejvíce na překážku,<sup>430</sup> by to pak vedlo k jejich rozvoji. Tedy pravděpodobně i k vytváření nových pracovních míst dávajících potenciál pro vyšší zaměstnanost. Vyšší zaměstnanost a rozvoj podniků by pak ve svém důsledku zřejmě vedly jak k vyššímu výběru daní,<sup>431</sup> tak k vyššímu ekonomickému růstu.

---

<sup>428</sup> Ačkoliv mnohé ano. Navrhované řešení by navíc mohlo, alespoň do jisté míry, přispět i k řešení pravého souběhu u osob v postavení orgánu či člena orgánu právnické osoby, neboť alespoň z perspektivy pracovního práva by došlo k odstranění přinejmenším nejzásadnějších současných sporných bodů, ačkoliv z perspektivy práva právnických osob a otázky zastoupení a uzavírání smluv by právní omezení a problematické body nadále existovaly.

<sup>429</sup> Osobní odpovědnost a důraz na princip *vigilantibus iura* tedy nabydou na významu. To lze ovšem ve svých důsledcích považovat za pozitivní.

<sup>430</sup> Evropská komise, ... *Green Paper ...*, s. 7

<sup>431</sup> Zde by samozřejmě bylo na místě analyzovat i systém zdanění práce a případně jej adekvátním způsobem revidovat. Je nutné si uvědomit, že do úrovně zaměstnanosti by se započítávali i osoby v oné nové třetí kategorii závislé práce vykonávané freelancerem, či *economically dependent work*, což by nebylo rozporné s některými metrikami výpočtu zaměstnanosti započítávanými rovněž osoby *self-employed*, tedy samostatně výdělečně činné.

Ještě do nedávna byla nezaměstnanost na historicky nejnižší úrovni, a to v celé Evropské unii, nejen v České republice.<sup>432</sup> Faktem ovšem je, že pokles nezaměstnanosti a vysoká úroveň zaměstnanosti, se odvíjel od ekonomického růstu.<sup>433</sup> Z dostupných dat<sup>434</sup> vyplývá, že vysoká míra zaměstnanosti souvisí především s vysokým růstem ekonomiky, přičemž zpomalení růstu ekonomiky v druhé polovině roku 2018 nemělo na zaměstnanost v zásadě žádný dopad z toho důvodu, že růst ekonomiky dostatečně převyšoval do té doby růst zaměstnanosti. Jinými slovy, doposud jsme měli prostor pro zpomalení či určitý propad ekonomického růstu, aniž by to mělo nutně vliv na míru nezaměstnanosti.

Otázka, kterou je vhodné si v souvislosti s možným dalším budoucím poklesem ekonomického růstu klást, zní, zda byl tento prostor již vyčerpán. Pokud ne, je na místě jeho vyčerpání zabránit vhodným nastavením právního rámce, který v případě ekonomického poklesu dá jednotlivým subjektům na trhu práce co nejvíce nástrojů, jak udržet aktivitu obyvatel, a tedy i zaměstnanost.<sup>435</sup> A pokud byl vyčerpán,<sup>436</sup> tak tím spíše je potřeba tímto směrem jednat. Je to právě vyšší důraz na autonomii vůle v oblasti smluvního pracovního práva, který může vést a dle zde uváděných zdrojů a příkladů skutečně vede k podpoře zaměstnanosti díky usnadnění vytváření pozic a získávání pozic zmírněním regulace zastřeného zaměstnávání. Jde tedy o jednání zajišťující, že v případě ekonomického poklesu nedojde nutně i k poklesu zaměstnanosti, což může ve výsledku pomoci restartovat ekonomický růst.<sup>437</sup>

Problémem může být argument, že uvolnění v podobě upuštění od sankcionování zastřeného zaměstnávání, ať už zcela, nebo alespoň od současné podoby, povede k poklesu vybrané daně z příjmů, příspěvků na sociální zabezpečení a pokut za zastřené zaměstnávání jako

---

<sup>432</sup> Evropská komise. Annual review 2019. *Employment and Social Developments in Europe. Sustainable Growth for All: Choices for the future of Social Europe*. Dostupné na <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=8219>, s. 30-31

<sup>433</sup> Tamtéž

<sup>434</sup> Evropská komise, ... *Labour Market and Wage Developments in Europe ...*, s 13, Graf I.1.10 tvořící přílohu č. 2 této práce.

<sup>435</sup> Do které by se započítávala i nově vytvořená kategorie pracovníků (srov. pozn. č. 431).

<sup>436</sup> Což lze vzhledem k vývoji roku 2020 a pandemii Covid-19 více než předpokládat.

<sup>437</sup> Naopak propad zaměstnanosti by zřejmě vedl k hlubší recesi.



takové. Krátkodobě to může být pravda, ovšem dlouhodobě<sup>438</sup> to povede k ekonomickému růstu, neboť bude snazší udržet vysokou míru zaměstnanosti i v dobách ekonomické recese,<sup>439</sup> jelikož subjekty na trhu práce k tomu budou mít více nástrojů, více flexibility, více možností.

Z dostupných dat srovnávajících Evropskou unii a USA<sup>440</sup> navíc vyplývá, že Evropská unie za USA zaostává jak v ekonomickém růstu, tak v míře zaměstnanosti. Lze se domnívat, že důvodem je právě ona ne-flexibilita pracovněprávních smluvních vztahů v Evropské unii, a naopak jejich flexibilita v USA. Mezi těmito systémy totiž neexistuje v tomto kontextu žádná jiná natolik výrazná odlišnost odůvodňující tento rozdíl ve jmenovaných parametrech.

Cesta k dorovnání USA Evropskou unií tedy spočívá ve vytvoření dostatečně flexibilního pracovněprávního prostředí. To může být vytvořeno např. právě odstraněním překážek v oblasti závislé práce a zastřenému zaměstnávání umožněním výkonu závislé práce v obchodněprávním vztahu, což povede i k větší monitorovatelné<sup>441</sup> aktivitě na trhu práce a zaměstnanosti. Přitom na rozdíl od USA má Evropská unie systém sociálního zabezpečení, včetně úseku podpory v nezaměstnanosti a podpory nábory nových pracovníků, založený na principu solidarity a výrazného podílu veřejných financí. Ten lze v tomto ohledu považovat za výhodu; mohl by flexibilní smluvní pracovní právo efektivně doplnit, takže by ve výsledku Evropská unie mohla USA ve výše jmenovaných parametrech i předčít.<sup>442</sup>

Vyšší důraz na autonomii vůle a upuštění od institutu zastřenému zaměstnávání, přinejmenším v jeho současném pojetí, je nutné a žádoucí, protože z dlouhodobého hlediskalepší (i) spokojenost pracovníků, (ii) sociální jistoty pracovníků, (iii) flexibilitu pracovníků, (iv) flexibilitu podniků, (v) jistoty podniků, (vi) míru zaměstnanosti, (vii) míru ekonomického

---

<sup>438</sup> Zejména půjde-li ruku v ruce s modernizací systému zdravotního pojištění a sociálního zabezpečení.

<sup>439</sup> Viz odstavec výše.

<sup>440</sup> Evropská komise, ... *Labour Market and Wage Developments in Europe ...*, s. 11, Tabulka I.1.2 tvořící přílohu č. 3 této práce.

<sup>441</sup> Tedy nikoliv v šedé zóně se odehrávající.

<sup>442</sup> Samozřejmě nelze zapomínat ani na důležitost modernizace vzdělávacího systému, aby nedocházelo k tzv. *skill mismatches* a zvýšila se produktivita, k čemuž je nutná i automatizace a technologická modernizace jednotlivých sektorů.

růstu, (viii) ochranu před výkyvy v dobách ekonomické recese. A to zejména půjde-li ruku v ruce s odpovídající modernizací systému zdravotního pojištění a sociálního zabezpečení.

Druhá cesta naznačená výše se přitom jeví jako vhodnější a reálnější způsob. Navíc přináší i vyšší svobodu jednotlivcům, které nenutí proti jejich vůli do vztahů, v nichž se nechtějí nacházet. Tím může působit i do jisté míry výchovně, tedy přenášet odpovědnost jednotlivců za sebe sama z paternalistického státu na ně samotné a tím je motivovat k vyšší míře aktivity a odpovědnému informovanému jednání. To samo o sobě může mít pozitivní dopady i v dalších oblastech.

V případě takového postupu potom vyvstává otázka, zda je vhodné, aby agenturní zaměstnávání nově zahrnovalo i zprostředkování závislé práce vykonávané mimo základní pracovněprávní vztah, slovy Evropské komise *economically dependent work*. V duchu všech výše předestřených argumentů a dat lze dospět k jednoznačné odpovědi, že nikoliv. Pro zachování flexibility a smyslu nového institutu by se agenturní zaměstnávání mělo dále soustředit pouze na výkon závislé práce v základním pracovněprávním vztahu.

Co se týče zastřehého agenturního zaměstnávání, zde by měla proběhnout revize začínající u problematické definice tohoto institutu.<sup>443</sup> Za zastřehé agenturní zaměstnávání by mělo být považováno pouze zastřehé právní jednání ve smyslu Občanského zákoníku,<sup>444</sup> a to bez ohledu na to, zda zákonné podmínky vč. povolení jsou splněny, neboť i v takovém případě může agentura práce zastírat vztah spočívající ve zprostředkování zaměstnání jiným vztahem či jednáním. Situace nesplnění zákonných podmínek pro agenturní zaměstnávání by pak měly být odlišeny, a to pro změnu bez ohledu na to, zda dochází k zastírání skutečné povahy vztahu, neboť i když nejsou splněny zákonné podmínky, agentura práce může přiznávat skutečnou povahu daného vztahu. Pro tyto případy by se potom hodil odlišný název, např. nepravé či neoprávněné agenturní zaměstnávání. Přispělo by to jistě k lepší přehlednosti právního řádu a bylo by možné lépe diferenciovat sankce.

---

<sup>443</sup> Viz závěr kapitoly 3.3.2.

<sup>444</sup> § 555 odst. 2 Občanského zákoníku

Z výše uvedené analýzy navíc vyplývá, že i stát samotný čelí rizikům souvisejícím se zastřeným zaměstnáním. Tato rizika spočívají v dlouhodobých negativních socio-ekonomických důsledcích zastřeného zaměstnání, přičemž tyto důsledky jsou způsobeny samotnou existencí tohoto institutu.<sup>445</sup> I v tomto případě pak z této práce vyplývá způsob, jak se těmto rizikům může stát vyvarovat. Je to skrze modernizaci pracovního práva, vyšší důraz na smluvní volnost stran a opuštění dogmatu, že závislou práci lze vykonávat jen a pouze v základním pracovněprávním vztahu.

---

<sup>445</sup> Ostrakizace určitého jednání, vynakládání jistě nemalých prostředků na jeho kontrolu a potírání, snižování flexibility trhu práce a tím pádem zvyšování nezaměstnanosti a selhávání v zajištění sociálních jistot pracovníků zejména v ekonomicky nelehkých dobách, jakož i brzdění ekonomického i technologického rozvoje.

## Seznam příloh

- **Příloha č. 1** – Evropská komise a OECD, *Složení daňového zatížení práce*, publikováno v Evropská komise. Annual review 2019. *Labour Market and Wage Developments in Europe*. Dostupné na <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=8257>, s. 39, Tabulka I.2.6
- **Příloha č. 2** - Eurostat, *Kumulativní změna HDP, zaměstnanosti a průměrné odpracované doby na osobu v Eurozóně za období prvního čtvrtletí roku 2018 až druhého čtvrtletí roku 2019*, publikováno v Evropská komise. Annual review 2019. *Labour Market and Wage Developments in Europe*. Dostupné na <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=8257>, s. 13, Graf I.1.10
- **Příloha č. 3** – Eurostat, OECD, *Růst HDP a nezaměstnanost ve vybraných ekonomikách*, publikováno v Evropská komise. Annual review 2019. *Labour Market and Wage Developments in Europe*. Dostupné na <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=8257>, s. 11, Tabulka I.1.2

## Příloha č. 1

Table I.2.6: **Decomposition of tax wedge**

	Total Tax Wedge 2018	Of which			Difference 2017 - 2018				Difference 2008 - 2018			
		Personal Income Tax	Social Contributions Employee	Social Contribution Employer	Total Tax Wedge	Personal Income Tax	Social Contribution Employee	Social Contribution Employer	Total Tax Wedge	Personal Income Tax	Social Contribution Employee	Social Contribution Employer
MT	25.9	12.4	6.7	6.7	0.4	0.4	0.0	0.0	3.1	3.7	-0.3	-0.3
UK	30.9	12.6	8.5	9.8	-0.1	-0.1	0.0	0.0	-1.9	-2.2	0.2	0.1
IE	32.7	19.3	3.6	9.8	0.1	0.0	0.0	0.1	4.5	3.9	0.6	0.1
BG	34.9	7.2	11.6	16.1	0.6	-0.1	0.3	0.4	-0.2	0.0	0.8	-1.0
DK	35.7	35.7	0.0	0.0	-0.2	-0.1	0.0	0.0	-2.9	-2.9	0.0	0.0
PL	35.8	6.3	15.3	14.1	0.1	0.1	0.0	0.0	1.1	0.0	-0.2	1.2
EE	36.5	10.0	1.2	25.3	-2.5	-2.5	0.0	0.0	-1.9	-2.9	0.7	0.3
NL	37.7	15.6	11.6	10.4	0.3	0.2	-0.2	0.2	-1.5	1.6	-4.1	0.9
LU	38.2	15.1	10.8	12.3	0.4	0.4	0.0	-0.1	3.5	1.3	-0.1	2.3
RO	38.3	6.9	29.2	2.2	-4.7	-4.0	15.8	-16.5	-4.1	-2.6	16.9	-18.4
ES	39.4	11.5	4.9	23.0	0.1	0.1	0.0	0.0	1.4	1.5	0.0	-0.2
HR	39.5	7.7	17.1	14.7	0.2	0.2	0.0	0.0	:	:	:	:
LT	40.6	10.0	6.9	23.8	-0.4	-0.4	0.0	0.0	-1.0	-5.6	4.6	0.0
PT	40.7	12.6	8.9	19.2	-0.7	-0.7	0.0	0.0	3.8	3.8	0.0	0.0
EL	40.9	8.1	12.8	20.0	0.1	0.1	0.0	0.0	-0.6	1.0	0.3	-1.9
SK	41.7	8.0	10.3	23.5	0.1	0.3	0.0	-0.1	2.9	0.5	-0.4	2.7
FI	42.3	16.6	8.1	17.6	-0.4	-0.2	0.4	-0.6	-1.5	-2.9	3.1	-1.7
LV	42.3	14.0	8.9	19.4	-0.6	-1.3	0.4	0.3	1.0	-0.6	1.6	0.0
SE	43.1	13.8	5.3	23.9	0.1	0.1	0.0	0.0	-1.8	-1.2	0.0	-0.6
SI	43.3	10.3	19.0	13.9	0.3	0.3	0.0	0.0	0.4	1.0	0.2	-0.8
CZ	43.8	10.2	8.2	25.4	0.4	0.4	0.0	0.0	0.3	1.9	-1.1	-0.6
HU	45.0	12.4	15.3	17.4	-1.1	0.3	0.3	-1.7	-9.1	-3.4	2.7	-8.3
AT	47.6	11.6	14.0	22.1	0.2	0.3	0.0	-0.1	-1.4	-1.0	0.0	-0.4
FR	47.6	12.3	8.8	26.5	0.0	1.4	-1.9	0.5	-2.1	2.5	-0.8	-3.9
IT	47.9	16.7	7.2	24.0	0.2	0.2	0.0	0.0	1.2	1.5	0.0	-0.3
DE	49.5	16.0	17.3	16.2	-0.1	0.1	-0.1	0.0	-1.8	-1.7	0.0	-0.1
BE	52.7	20.3	11.0	21.3	-1.1	-0.4	0.1	-0.8	-3.2	-1.5	0.3	-1.9

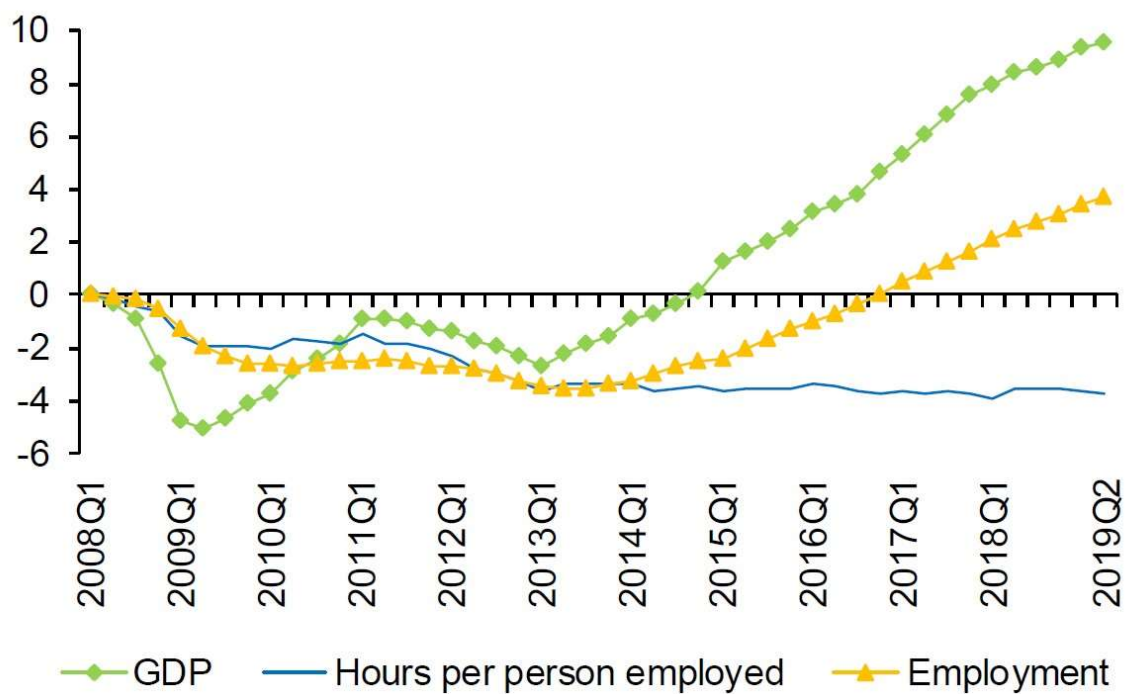
(1) The tax wedge data refer to a single person, without children, earning the average wage.

(2) Countries are ranked by ascending order of the tax wedge in 2018.

(3) Data for Cyprus not available; data for Croatia not available before 2013.

**Source:** European Commission based on OECD tax-benefit models.

Graph I.1.10: **Cumulative change in GDP, employment and average hours worked per person, euro area, 2008Q1-2019Q2**



**Source:** Eurostat, National Accounts.

**Příloha č. 3**

**Table I.1.2: GDP growth and unemployment in selected economies**

	GDP growth %			Unemployment rate %		
	2000-2007	2017	2018	2000-2007	2017	2018
EA	2.2	2.4	1.9	8.6	9.1	8.2
EU	2.5	2.5	2.0	8.7	7.6	6.8
CAN	2.8	3.0	1.8	7.0	6.3	5.8
JPN	1.5	1.9	0.8	4.7	2.8	2.4
USA	2.7	2.2	2.9	5.0	4.4	3.9
OECD	2.5	2.4	2.3	6.5	5.8	5.3
BRIC:	8.1	5.8	5.7	:	:	:
<i>BRA</i>	3.6	1.1	1.1	11.3	13.3	:
<i>RUS</i>	7.2	1.6	2.3	8.1	5.2	:
<i>IND</i>	7.2	6.9	7.4	:	3.5	:
<i>CHN</i>	10.6	6.8	6.6	3.9	3.9	:

**Source:** Eurostat and OECD.

## Identifikace zastřeného zaměstnávání, aneb jak se vyvarovat rizikům s ním spojeným

### Seznam zkratek

„a násl.“	a následující(ch)
„BOZP“	bezpečnost a ochrana zdraví při práci
„č.“	číslo
„čl.“	článek
„ČNB“	Česká národní banka
„Daňový řád“	zákon č. 280/2009 Sb., daňový řád, ve znění pozdějších předpisů
„HDP“	hrubý domácí produkt
„IT“	informační technologie
„Kč“	Koruna česká
„Listina“	ústavní zákon č. 2/1993 Sb., Listina základních práv a svobod, ve znění pozdějších předpisů
„např.“	například
„Nejvyšší soud“	Nejvyšší soud České republiky
„Nejvyšší správní soud“	Nejvyšší správní soud České republiky
„Občanský zákoník 1964“	zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění účinném ke dni 1. dubna 1964
„Občanský zákoník“	zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů
„Obecný zákoník občanský“	císařský patent č. 946/1811 Sb. zák. soud., obecný zákoník občanský, ve znění účinném ke dni 1. ledna 1917
„odst.“	odstavec
„OECD“	Organizace pro hospodářskou spolupráci a rozvoj
„p. a.“	<i>per annum</i> , ročně
„písm.“	písmeno
„pozn.“	poznámka pod čarou
„resp.“	respektive
„Sb.“	sbírky
„SFEU“	Smlouva o fungování Evropské unie
„sp. zn.“	spisová značka



„srov.“	srovnej
„Starý zákon o zaměstnanosti“	zákon č. 1/1991 Sb., zákon o zaměstnanosti, ve znění pozdějších předpisů
„Starý zákoník práce“	zákon č. 65/1965 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů
„Střední občanský zákoník“	zákon č. 141/1950 Sb., občanský zákoník, ve znění účinném ke dni 1. ledna 1951
„tj.“	to jest
„Trestní zákoník“	zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů
„tzn.“	to znamená
„tzv.“	takzvaně
„USA“	Spojené státy americké
„Ústava“	ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších předpisů
„Ústavní soud“	Ústavní soud České republiky
„Zákon o BOZP“	zákon č. 309/2006 Sb., o zajištění dalších podmínek bezpečnosti a ochrany zdraví při práci, ve znění pozdějších předpisů
„Zákon o daních z příjmů“	zákon č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění pozdějších předpisů
„Zákon o důchodovém pojištění“	zákon č. 155/1995 Sb., o důchodovém pojištění, ve znění pozdějších předpisů
„Zákon o inspekci práce“	zákon č. 251/2005 Sb., o inspekci práce, ve znění pozdějších předpisů
„Zákon o nemocenském pojištění“	zákon č. 187/2006 Sb., o nemocenském pojištění, ve znění pozdějších předpisů
„Zákon o odpovědnosti za přestupky“	zákon č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, ve znění pozdějších předpisů
„Zákon o organizaci sociálního zabezpečení“	zákon č. 582/1991 Sb., o organizaci a provádění sociálního zabezpečení, ve znění pozdějších předpisů
„Zákon o pojistném na sociální zabezpečení“	zákon č. 589/1992 Sb., o pojistném na sociální zabezpečení a příspěvku na státní politiku zaměstnanosti, ve znění pozdějších předpisů
„Zákon o pojistném na zdravotní pojištění“	zákon č. 592/1992 Sb., o pojistném na všeobecné zdravotní pojištění, ve znění pozdějších předpisů

<b>„Zákon o trestní odpovědnosti osob“</b>	zákon č. 418/2011 Sb., o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim, ve znění pozdějších předpisů
<b>„Zákon o zadávání veřejných zakázek“</b>	zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů
<b>„Zákon o zaměstnanosti“</b>	zákon č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti, ve znění pozdějších předpisů
<b>„Zákon o zdravotním pojištění“</b>	zákon č. 48/1997 Sb., o veřejném zdravotním pojištění, ve znění pozdějších předpisů
<b>„Zákoník práce“</b>	zákon č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů

## **Seznam použitých zdrojů**

### **Mezinárodní smlouvy**

- Smlouva o fungování Evropské unie
- Evropská sociální charta

### **Ústavní právní předpisy**

- Ústavní zákon č. 2/1993 Sb., Listina základních práv a svobod, ve znění pozdějších předpisů
- Ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších předpisů

### **Zákonné právní předpisy**

- Císařský patent č. 946/1811 Sb. zák. soud., obecný zákoník občanský, ve znění účinném ke dni 1. ledna 1917
- Zákon č. 141/1950 Sb., občanský zákoník, ve znění účinném ke dni 1. ledna 1951
- Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění účinném ke dni 1. dubna 1964
- Zákon č. 582/1991 Sb., o organizaci a provádění sociálního zabezpečení, ve znění pozdějších předpisů
- Zákon č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění pozdějších předpisů
- Zákon č. 589/1992 Sb., o pojistném na sociální zabezpečení a příspěvku na státní politiku zaměstnanosti, ve znění pozdějších předpisů
- Zákon č. 592/1992 Sb., o pojistném na všeobecné zdravotní pojištění, ve znění pozdějších předpisů
- Zákon č. 155/1995 Sb., o důchodovém pojištění, ve znění pozdějších předpisů
- Zákon č. 48/1997 Sb., o veřejném zdravotním pojištění, ve znění pozdějších předpisů
- Zákon č. 361/2003 Sb., o služebním poměru příslušníků bezpečnostních sborů, ve znění pozdějších předpisů
- Zákon č. 435/2004 Sb., zákon o zaměstnanosti, ve znění pozdějších předpisů
- Zákon č. 251/2005 Sb., o inspekci práce, ve znění pozdějších předpisů
- Zákon č. 187/2006 Sb., o nemocenském pojištění, ve znění pozdějších předpisů
- Zákon č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů
- Zákon č. 309/2006 Sb., o zajištění dalších podmínek bezpečnosti a ochrany zdraví při práci, ve znění pozdějších předpisů
- Zákon č. 280/2009 Sb., daňový řád, ve znění pozdějších předpisů

- Zákon č. 418/2011 Sb., o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim, ve znění pozdějších předpisů
- Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů
- Zákon č. 234/2014 Sb., o státní službě, ve znění pozdějších předpisů
- Zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů
- Zákon č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, ve znění pozdějších předpisů

#### **Judikatura Soudního dvora Evropské unie**

- Rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie ze dne 19. března 1964 sp. zn. 75/63 *Hoekstra*
- Rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie ze dne 23. března 1982 sp. zn. 53/81 *Levin*
- Rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie ze dne 5. října 1988 sp. zn. 196/87 *Steymann*
- Rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie ze dne 30. května 1989 sp. zn. 344/87 *Bettray*
- Rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie ze dne 26. února 1991 sp. zn. C-292/89 *Antonissen*
- Rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie ze dne 26. února 1992 sp. zn. C-357/89 *Raulin*
- Rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie ze dne 7. září 2004 sp. zn. C-456/02 *Trojani*

#### **Judikatura Ústavního soudu**

- Nález Ústavního soudu ze dne 31. srpna 2004 sp. zn. II. ÚS 69/03
- Nález Ústavního soudu ze dne 15. března 2005 sp. zn. I. ÚS 367/03
- Nález Ústavního soudu ze dne 1. listopadu 2007 sp. zn. I. ÚS 312/05
- Nález Ústavního soudu ze dne 5. června 2012 sp. zn. IV. ÚS 3653/11
- Nález Ústavního soudu ze dne 9. září 2014 sp. zn. Pl. ÚS 52/13
- Nález Ústavního soudu ze dne 10. srpna 2017 sp. zn. I. ÚS 615/17

#### **Judikatura Nejvyššího soudu**

- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 27. září 1990 sp. zn. 1 Cz 59/90
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 11. dubna 2002 sp. zn. 21 Cdo 214/2001
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 7. května 2003 sp. zn. 21 Cdo 2287/2002
- Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 25. ledna 2006 sp. zn. 25 Cdo 818/2005
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 15. června 2010 sp. zn. 21 Cdo 2029/2009
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 18. března 2014 sp. zn. 21 Cdo 1271/2013

- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 25. září 2014 sp. zn. 21 Cdo 3167/2013
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 24. března 2015 sp. zn. 21 Cdo 2444/2013
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 11. července 2016 sp. zn. 21 Cdo 5189/2015

#### **Judikatura Nejvyššího správního soudu**

- Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 17. prosince 2003 sp. zn. 5 A 39/2001
- Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 10. listopadu 2005 sp. zn. 1 Afs 107/2004
- Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. července 2006 sp. zn. 2 Afs 173/2005
- Usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 3. dubna 2007 sp. zn. 1 Afs 73/2004
- Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. ledna 2009 sp. zn. 7 Afs 72/2008
- Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 13. února 2014 sp. zn. 6 Ads 46/2013
- Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. srpna 2018 sp. zn. 2 Ads 25/2018
- Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. června 2020 sp. zn. 5 Ads 208/2019

#### **Judikatura obecných soudů**

- Rozsudek Krajského soudu v Ústí nad Labem ze dne 27. listopadu 2002 sp. zn. 15 Ca 219/2000
- Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 13. září 2016 sp. zn. 36 Ad 39/2014

#### **Důvodové zprávy právních předpisů**

- Důvodová zpráva k zákonu č. 365/2011 Sb., kterým se mění zákon č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony
- Důvodová zpráva k zák. č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, konsolidovaná verze k 1. březnu 2012

#### **Odborné komentáře k právním předpisům**

- BĚLINA, Miroslav a kol. *Zákoník práce*. 3. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2019, 1508 s.
- HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055–3014)*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2014, 2072 s.
- LAVICKÝ, Petr, a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654)* 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2014, 2400 s.

#### **Monografie a sborníky**

- GERLOCH, A., BERAN, K. a kol. *Funkce a místo právní odpovědnosti v recentním právním řádu*. Praha: Leges, 2014, 272 s.

- GERLOCH, Aleš. *Teorie práva*. 5., upr. vyd. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009, 312 s.
- KAHLE, B. *VI. Mzdové formy. Povinné a nepovinné příplatky*. In: BĚLINA, M. a kol. *Pracovní právo*. 6. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2014, 464 s.
- KINCL, Jaromír. *Gaius: Učebnice práva ve čtyřech knihách*. Plzeň, Aleš Čeněk, 2007, 326 s.
- MORÁVEK, J. *Flexicurity, vyprázdňené pojmy a morální aspekt*. In: Sborník příspěvků z mezinárodní konference *Pracovní právo 2010 – FLEXIBILNÍ FROMY ZAMĚSTNÁVÁNÍ*. Brno: Masarykova univerzita, 2010, s. 111-120
- SKŘEJPEK, Michal, BLAHO, Petr. *Justiniánské instituce*. Praha, Nakladatelství Karolinum, 2010, 411 s.
- ŠILHÁN, Josef. *Náhrada škody v obchodních vztazích a možnosti její smluvní limitace*. 2. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2011, 160 s.

#### **Odborné články**

- BEZOUŠKA, Petr. *Pracovní právo ve společnosti 21. století*. Právní rozhledy. 2008, č. 1, nestránkováno
- BEZOUŠKA, Petr. *Závislá práce*. Právní rozhledy. 2008, č. 16, nestránkováno
- DZURILLA, Branislav. *Ve stínu „švarcsystému“: zapomenutý pojem „závislá činnost“*. Právní rozhledy. 2012, č. 21, nestránkováno
- FALADA, David, STLOUKALOVÁ, Kamila. *Římskoprávní základy úpravy závislé práce*. Acta Universitatis Carolinae Iuridica. 2019, č. 1, s. 9-17
- GRUS, Zdeněk. *Švarcsystém v rozhodovací praxi a nový zákon o zaměstnanosti*. Právní rozhledy. 2005, č. 1, nestránkováno
- JANSÁ, Lukáš. *Právní aspekty agilního vývoje a dodání softwaru*. IT SYSTEMS. 2016, č. 7-8, nestránkováno
- MAREK, Karel. *K nejčastěji uzavíraným smlouvám o činnostech*. Komorní listy. 2016, č. 2, nestránkováno
- PETR, Michal. *Podniky, koncerny, dceřiné společnosti... kdo vlastně odpovídá za porušení soutěžního práva?* Antitrust, Sdružení Kairos. 2013, č. 2, nestránkováno
- PICHRT, Jan, MORÁVEK, Jakub. *Ještě jednou k sankcím za výkon nelegální práce*. Právní rozhledy. 2014, č. 21, nestránkováno

- PICHRT, Jan, MORÁVEK, Jakub. *O lidové tvořivosti a sankcích za výkon nelegální práce*. Právní rozhledy. 2013, č. 3, nestránkováno
- STÁDNÍK, J., KIELER, P. *Nejvyšší správní soud k otázce švarcsystému*. Práce a mzda 11/2018, nestránkováno
- ŠTEFKO, Martin. *Zastřené agenturní zaměstnávání – návrat Jediho?*. Právní rozhledy. 2017, č. 21, nestránkováno
- TELEC, Ivo. *Poctivost a důvěra, dobrá víra, dobré mravy, veřejná morálka a veřejný pořádek*. Právní rozhledy. 2011, č. 1, nestránkováno

### Ostatní zdroje

- International Labour Organization. *R198 – Employment Relationship Recommendation*. 2006 (No. 198).  
Dostupné na <[https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312535](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312535)>
- Evropská komise. COM/2006/708 final ze dne 22. listopadu 2006. *Green Paper: Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century*. Dostupné na <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=COM:2006:0708:FIN>>
- Evropská komise. COM/2007/0359 final ze dne 27. června 2007. *Towards Common Principles of Flexicurity: More and better jobs through flexibility and security*. Dostupné na <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52007DC0359>>
- Evropská komise. Annual review 2019. *Employment and Social Developments in Europe. Sustainable Growth for All: Choices for the future of Social Europe*. Dostupné na <<https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=8219>>
- Evropská komise. Annual review 2019. *Labour Market and Wage Developments in Europe*.  
Dostupné na <<https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=8257>>

## **Identifikace zastřeného zaměstnávání aneb Jak se vyvarovat rizikům s ním spojeným**

### **Abstrakt**

Práce se zabývá problematikou zastřeného zaměstnávání a zastřeného agenturního zaměstnávání, přičemž vychází z praktických poznatků a skutečných potřeb reálných subjektů. Problematika zastřeného zaměstnávání a zastřeného agenturního zaměstnávání v praxi nabývá na významu v souvislosti s outsourcingem činnosti podnikatele. Stávající právní úprava však není zcela jednoznačná, co se definice těchto právních institutů a jejich znaků týče. To platí obzvláště v případě zastřeného zaměstnávání.

Cílem práce je tedy vymezit znaky zastřeného zaměstnávání a zastřeného agenturního zaměstnávání. Přidanou hodnotou práce je potom nastínění možností, jak uspořádat daný vztah, aby jej příslušné orgány neposoudily jako zastřené zaměstnávání či zastřené agenturní zaměstnávání. Tedy jak se v praxi vyvarovat rizikům spojeným se zastřeným zaměstnáváním a zastřeným agenturním zaměstnáváním. To se podává právě ze znaků těchto právních institutů rozklíčovaných v práci.

Práce staví na analytickém vymezení základních, zejména pracovněprávních, pojmů, které sama využívá. Následně analyticky rozebírá veřejnoprávní i soukromoprávní sankce, jejichž uložení či realizace hrozí v případě, že daný vztah bude posouzen jako zastřené zaměstnávání či zastřené agenturní zaměstnávání. Zásadní je potom vymezení základních znaků zastřeného zaměstnávání a zastřeného agenturního zaměstnávání. Vzhledem k problematičnosti zákonných definic jsou znaky zastřeného zaměstnávání a zastřeného agenturního zaměstnávání souhrnně vymezeny až v závěru práce, přičemž jejich hlubší analýza je uvedena v druhé, respektive třetí, kapitole práce.

V závěru tato práce rovněž kritizuje stav českého pracovního smluvního práva *de lege lata*, jako nedostatečného pro potřeby 21. století. Následně analyzuje data týkající se stavu ekonomického růstu, zaměstnanosti, sociálního zabezpečení a pracovního práva v Evropské unii. Z této analýzy potom práce vychází, když navrhuje úpravu zkoumané problematiky zastřeného zaměstnávání a zastřeného agenturního zaměstnávání *de lege ferenda* a obhajuje ji jako ekonomicky i sociálně výhodné řešení.



## **Klíčová slova**

agenturní zaměstnávání, faktický pracovní poměr, freelance, nelegální práce, OSVČ, outsourcing, pracovní poměr, pracovní právo, pronájem pracovní síly, subcontracting, švarcsystém, zaměstnání, zastřené agenturní zaměstnávání, zastřené zaměstnávání, závislá činnost, závislá práce

## **Identifying obscured employment or: How to avert the associated risks**

### **Summary**

The thesis explores the issue of obscured employment and obscured agency employment. Its roots are in practical experience and real needs of actual subjects. In practice, the issue of obscured employment and obscured agency employment is particularly important in relation to outsourcing of one's business activities to another person. However, the current legal regulation is not perfectly clear when it comes to definition of these two legal problems and their identification in practice. This is true especially in relation to the issue of obscured employment.

Thus, the goal of this thesis is to identify the elements defining obscured employment and obscured agency employment. Added value of this thesis is then introduction of possible ways of how to organize an outsourcing relationship so that the relevant authorities do not assess such relationship to be obscured employment or obscured agency employment. In other words, how to avert the risks associated with obscured employment and obscured agency employment. This follows straight from the defining elements of these two legal issues identified in the thesis.

The foundations of this thesis are laid in analytical definition of fundamental, mostly labour law, concepts used herein. Following such definition, the thesis analyses public law and private law sanctions which may be imposed or triggered in case that a particular outsourcing relationship is deemed to be obscured employment or obscured agency employment. Crucial is then the analysis of fundamental elements defining obscured employment and obscured agency employment. Due to a problematic statutory definition the defining elements of obscured employment and obscured agency employment are summarized only in the closing chapter of the thesis whilst a deeper analysis of these elements is included in second and third chapter of the thesis.

In the closing chapters, the thesis criticizes current state of Czech employment & labour law, especially with regards to contractual relationships, as insufficient for the needs of 21<sup>st</sup> century. Further, it analyses data concerning the state of economic growth, employment rate, social welfare and employment & labour law in the European Union. Based on this analysis the thesis then draws conclusion as to how the Czech statutory regulation of the issue of obscured employment and obscured agency employment should be governed in the future and defends such conclusion as economically and socially favourable solution.

**Key words**

Agency Employment, Dependent Labour, Employee Leasing, Employment Law, Employment Relationship, Employment, Factual Employment Relationship, Freelance, Illegal Labour, Labour Law, Obscured Agency Employment, Obscured Employment, Outsourcing, Subcontracting, švarcsystém