

2

PODMÍNKY K PROVOZOVÁNÍ ŽIVNOSTI

Právní předpisy:

- zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů
- zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů
- zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů
- zákon č. 140/1961 Sb., trestní zákon, ve znění pozdějších předpisů
- zákon č. 133/2000 Sb., o evidenci obyvatel, ve znění pozdějších předpisů
- zákon č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky, ve znění pozdějších předpisů
- zákon č. 325/1999 Sb., o azylu, ve znění pozdějších předpisů
- zákon č. 94/1963 Sb., o rodině, ve znění pozdějších předpisů
- zákon č. 582/1991 Sb., o organizaci a provádění sociálního zabezpečení, ve znění pozdějších předpisů
- zákon č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků, ve znění pozdějších předpisů
- zákon č. 338/1992 Sb., o dani z nemovitostí, ve znění pozdějších předpisů
- zákon č. 357/1992 Sb., o dani dědické, dani darovací a dani z převodu nemovitostí, ve znění pozdějších předpisů
- zákon č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění pozdějších předpisů
- zákon č. 16/1993 Sb., o dani silniční, ve znění pozdějších předpisů
- zákon č. 589/1992 Sb., o pojistném na sociální zabezpečení a příspěvek na státní politiku zaměstnanosti, ve znění pozdějších předpisů

- zákon č. 48/1997 Sb., o veřejném zdravotním pojištění, ve znění pozdějších předpisů
- zákon č. 360/1992 Sb., o výkonu povolání autorizovaných architektů, ve znění pozdějších předpisů
- zákon č. 183/2006 Sb., stavební zákon, ve znění pozdějších předpisů
- zákon č. 18/2004 Sb., o uznávání odborné kvalifikace, ve znění pozdějších předpisů
- nařízení vlády č. 209/2001 Sb., kterým se stanoví seznam živností, jejichž výkon je podnikatel povinen zajistit pouze fyzickými osobami splňujícími odbornou způsobilost, ve znění pozdějších předpisů
- zákon č. 256/1992 Sb., o ochraně osobních údajů v informačních systémech, ve znění pozdějších předpisů
- zákon č. 328/1991 Sb., o konkurzu a vyrovnání, ve znění pozdějších předpisů
- zákon č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení, ve znění pozdějších předpisů
- zákon č. 200/1990 Sb., o přestupcích, ve znění pozdějších předpisů
- zákon č. 36/1967 Sb., o znalcích a tlumočnících, ve znění pozdějších předpisů

Vzory:

- formulář žádosti o výpis z trestního rejstříku
- čestné prohlášení o platbách na veřejné zdravotní pojištění
- návrh na vydání souhlasu soudu s provozováním živnosti nezpůsobilého
- vzor doložky o ověření postilou
- mandátní smlouva
- příkazní smlouva
- pracovní smlouva
- oznámení živnostenskému úřadu o skončení výkonu funkce odpovědného zástupce
- žádost o schválení ustanoveného odpovědného zástupce

ŽZ je založen na principu, že kdo splní předepsané podmínky (mezi jinými i udělení koncese, které předpokládá stanovisko dotčeného správního orgánu), má právní nárok na vznik živnostenského oprávnění a na vydání průkazu živnostenského oprávnění, tedy živnostenského listu nebo koncesní listiny, případně osvědčení. V případě koncesní listiny pak je právní nárok omezen veřejným zájmem na redukci a potřebu zvýšené ochrany u některých druhů živností, což se projevuje zejména v nutnosti kladného stanoviska

dotčeného správního orgánu vymezeného v příloze č. 3 k ŽZ, nebo případně jiného státního orgánu.

Živnost jako aktivní činnost může být provozována pouze subjektem, který má způsobilost k právům a povinnostem a způsobilost k právním úkonům. Tyto subjekty jsou z ŽZ vymezeny jako tuzemské fyzické a právnické osoby, které splňují dále stanovené podmínky, a dále jako zahraniční fyzické a právnické osoby, které také musí splňovat tyto obecné podmínky a navíc další podmínky podle ŽZ.

Podmínky k provozování živnosti je třeba diferencovat podle typu živnosti, tedy zda se jedná o živnost ohlašovací volnou, vázanou nebo řemeslnou, nebo zda se jedná o živnost koncesovanou. Podmínky jsou vymezeny jako obecné a zvláštní.

Příklad:

Sdružení CHLAPI SOBĚ založené smlouvou o sdružení podle § 829 občanského zákoníku si pronajalo prostory, ve kterých začalo provozovat hospodu. Při žádosti o živnostenský list na řemeslnou ohlašovací živnost hostinská činnost jim bylo živnostenským úřadem sděleno, že sdružení není subjektem oprávněným provozovat živnost. Je tomu tak proto, že se nejedná o právnickou osobu, a proto tento subjekt nemá způsobilost k právům a povinnostem ani k právním úkonům.

2.1 FYZICKÉ OSOBY

Živnost mohou provozovat jak fyzické, tak právnické osoby. U obou těchto osob se pak dále odlišují tuzemské a zahraniční osoby. Fyzická osoba provozuje živnost prostřednictvím sama sebe a svých zaměstnanců, případně osob spolupracujících, nebo prostřednictvím odpovědného zástupce, pokud nespĺňuje podmínky kladené pro zvláštní podmínky provozování živnosti nebo pokud si odpovědného zástupce fakultativně zvolí. V případě, že nespĺňuje zvláštní podmínky pro provozování živnosti, je ustanovení odpovědného zástupce obligatorní. To neplatí pouze v případě, že se jedná o průmyslově provozovanou ohlašovací živnost a plyne to z toho, že v tomto případě není třeba prokazovat odbornou způsobilost podle § 11 odst. 4 písm. a) ŽZ. Je však také možné, aby odpovědného zástupce ustanovila i tehdy, kdy sama splňuje zvláštní podmínky provozování živnosti. Právnická osoba dnes již nemusí živnost provozovat výhradně prostřednictvím odpovědného zástupce, jako tomu bylo v úpravě ŽZ do 1. 8. 2006, ale pouze ve stejných případech jako fyzická osoba, tedy vyžaduje-li to splnění zvláštních podmínek provozování živnosti, zde však musí mít odpovědného zástupce vždy, neboť sama nemůže tyto podmínky nikdy splňovat. Jediná výjimka je také u právnické osoby v případě provozování ohlašovací živnosti průmyslovým způsobem. Zde ustanovit odpovědného zástupce nemusí. V těchto případech bude živnost provozována

prostřednictvím osob, které jsou oprávněny za právnickou osobu jednat. U právnické osoby však bude daleko častější případ, kdy bude odpovědný zástupce ustanoven. Proto se budu zabývat problematikou odpovědného zástupce v pojednání o právnických osobách.

2.1.1 TUZEMSKÉ FYZICKÉ OSOBY

Za tuzemskou fyzickou osobu považuje ŽZ takovou fyzickou osobu, která má na našem území bydliště, jímž se rozumí trvalý pobyt v České republice. Trvalý pobyt může mít jak občan České republiky podle § 10 a násl. zákona č. 133/2000 Sb., o evidenci obyvatel, ve znění pozdějších předpisů, podle kterého se místem trvalého pobytu rozumí adresa pobytu občana v České republice, již si občan zvolí zpravidla v místě, kde má rodinu, rodiče, byt nebo zaměstnání, přičemž každý občan může mít jen jedno místo trvalého pobytu, tak cizinec podle § 64a a násl. zákona č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky, ve znění pozdějších předpisů.

Zletilý cizinec může získat trvalý pobyt na základě povolení k trvalému pobytu. Jiné podmínky pro vydání povolení k trvalému pobytu jsou vyžadovány u občana členského státu Evropské unie, Evropského hospodářského prostoru a Švýcarské konfederace. Povolení k trvalému pobytu se vydává po splnění určitých podmínek. Jednou z podmínek je určitý čas nepřetržitého pobytu na našem území. Tato podmínka nemusí být splněna a povolení k trvalému pobytu bude bez dalšího vydáno cizinci, který o vydání takového povolení žádá z humanitárních důvodů, je manželem azylanta a manželství vzniklo před vstupem azylanta na území nebo byl-li v minulosti cizinec naším občanem. Dále tato podmínka nemusí být splněna v případě, že o vydání povolení žádá cizinec z jiných důvodů hodných zvláštního zřetele, dále pokud je pobyt cizince na našem území v zájmu České republiky nebo se jedná o zletilé nezaopatřené dítě cizince a důvodem žádosti je společné soužití těchto cizinců.

Ve všech dalších případech je nutná určitá doba nepřetržitého pobytu na území České republiky. Čtyřletá doba je nutná v případě, že cizinec žádá o povolení k trvalému pobytu a na území pobývá v rámci přechodného pobytu po ukončení řízení o udělení mezinárodní ochrany a o vydání tohoto povolení žádá neprodleně po ukončení řízení o udělení mezinárodní ochrany, a toto řízení, včetně případného řízení o kasační stížnosti, trvalo nejméně dva roky.

Po pěti letech může cizinec podat žádost o povolení k trvalému pobytu vždy za splnění dalších podmínek.

Z hlediska splnění podmínek pro provozování živnosti se také jako na tuzemskou fyzickou osobu hledí bez ohledu na to, kde má trvalý pobyt, na toho, komu byl udělen azyl nebo doplňková ochrana podle zákona č. 325/1999 Sb., o azylu, ve znění pozdějších předpisů.

Státnímu příslušníku státu EU se přiznávají v rámci zásady volného pohybu služeb a volného podnikání určité úlevy, jak je uvedeno v dalších kapitolách. V textu § 5 ŽZ se

sice hovoří pouze o státním příslušníku Evropské unie, ovšem v souvislosti s § 70 ŽZ je třeba za tohoto státního příslušníka považovat také příslušníka státu Evropského hospodářského prostoru a Švýcarské konfederace, stejně tak i příslušníka třetí země, které bylo členským státem přiznáno postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta.

Jedná se tedy o tyto země: Belgie, Bulharsko, Česko, Dánsko, Estonsko, Finsko, Francie, Irsko, Itálie, Island, Kypr, Litva, Lotyšsko, Lucembursko, Lichtenštejnsko, Malta, Maďarsko, Německo, Nizozemsko, Norsko, Polsko, Portugalsko, Rakousko, Rumunsko, Řecko, Slovensko, Slovinsko, Spojené království Anglie a Severního Irsku, Španělsko, Švédsko, Švýcarská konfederace.

Příklad:

Pan Braun je občanem Německa. Má trvalý pobyt hlášený v Berlíně. Na živnostenském úřadě v České republice ohlásil živnost pro hostinskou činnost a žádal o vydání příslušného živnostenského listu. Tato žádost byla zamítnuta s tím, že i přesto, že je občanem členského státu EU, nemá na území České republiky ohlášen trvalý pobyt, a není tak tuzemskou fyzickou osobou a nedoložil, že má povolení k pobytu nad 90 dnů nebo povolení k dlouhodobému pobytu. Postup živnostenského úřadu byl správný, neboť se nejedná o tuzemskou fyzickou osobu, ale podle zákona č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky, ve znění pozdějších předpisů, musí mít také k pobytu za účelem podnikání povolení k pobytu.

2.1.1.1 OBECNÉ PODMÍNKY PROVOZOVÁNÍ ŽIVNOSTI

Obecné podmínky pro provozování živnosti fyzickou osobou jsou stanoveny v § 6 ŽZ. Pokud fyzická osoba některou z těchto podmínek nespĺňuje, nemůže jí živnost vzniknout. Zároveň by tyto obecné podmínky měly být zachovány po celou dobu provozování živnosti. Ovšem důvodem pro zrušení živnostenského oprávnění je pouze věk, způsobilost k právním úkonům, bezúhonnost a bezdlužnost vůči státní správě sociálního zabezpečení. K tomu srovnej kapitolu 4.5.6.

Jediná výjimka je stanovena v § 12 ŽZ. Obsahem tohoto ustanovení je, že v případě, že fyzická osoba z důvodu nedostatku věku nebo rozhodnutí soudu nemá plnou způsobilost k právním úkonům, může živnost provozovat pouze prostřednictvím odpovědného zástupce, kterého ustanoví zákonný zástupce, a to pouze se souhlasem soudu, navrhne-li to její zákonný zástupce. Živnost ohlásí nebo o koncesi požádá jménem zastoupeného zákonného zástupce. Taková fyzická osoba pak provozuje živnost svým jménem a na svůj účet.

Je otázkou, zda lze takto zhojit nedostatek věku 18 let, nebo pouze nedostatek způsobilosti k právním úkonům. Z textu vyplývá, že se tato možnost vztahuje k podmínce způsobilosti. Ovšem pokud by fyzická osoba byla mladší 18 let, neměla by požadovaný věk ani

způsobilost k právním úkonům, a ustanovení o zhojení podmínky způsobilosti by tak bylo nepoužitelné. Z důvodu logického výkladu se tak domnívám, že zákonodárce měl na mysli zhojení jak podmínky způsobilosti k právním úkonům, tak podmínky věku.

Odpovědný zástupce musí být ustanoven v souladu s § 11 ŽZ. Tato problematika bude blíže rozebrána v kapitole 3.2.1.

Souhlas soudu se musí jednat o vztahovat k provozování živnosti, a jednak k výběru odpovědného zástupce zákonným zástupcem. Návrh se podává k místně a věcně příslušnému soudu, kterým bude v I. stupni místně příslušný okresní soud podle místa bydliště nezpůsobilé fyzické osoby. Nebude se jednat o žalobu, ale o návrh na schválení provozování živnosti, o němž soud rozhodne rozsudkem.

V případě koncesní listiny musí osobu odpovědného zástupce schválit též živnostenský úřad.

Otázka provozování živnosti vlastním jménem a na vlastní účet byla řešena v kapitolách 1.3 a 1.4. Samozřejmě, že živnost musí být provozována také soustavně a samostatně, jinak by se vůbec nejednalo o živnost a živnostenské oprávnění by nebylo možné vydat. Na vlastní účet pak znamená, že nezpůsobilá fyzická osoba bude odpovídat z podnikatelských vztahů sama nebo prostřednictvím svého zákonného zástupce v závislosti na míře omezení způsobilosti k právním úkonům podle obecné úpravy podle obchodního zákoníku a v případě škody podle obecné úpravy v § 422 a násl. občanského zákoníku. Správněprávní odpovědnost podle ŽZ však ponese z určité části také odpovědný zástupce, který byl se souhlasem soudu zákonným zástupcem ustanoven.

Příklad:

Petr Novák navštěvuje 2. ročník střední odborné školy informačních technologií. Ve svém volném čase vytváří internetové stránky. Rád by tuto činnost provozoval za úplatu. Jeho matka proto synovým jménem ohlásila živnost a požádala o vydání živnostenského listu. Živnostenský úřad ji musí vyzvat, aby předložila souhlas soudu a ustanovila odpovědného zástupce. Až poté může být živnostenský list vydán.

Nakonec považuji za podstatné zmínit, že níže uvedené všeobecné podmínky pro provozování živnosti musí ohlašovatel nebo žadatel splňovat i v případě, že provozuje živnost prostřednictvím odpovědného zástupce. Tato skutečnost vyplývá již z definice živnosti podle kapitoly 1, kdy podnikatel provozuje živnost svým jménem a na svůj účet, musí u něj být tedy splněny předpoklady, které zajistí, že živnost bude provozována řádně.

2.1.1.1.1 DOSAŽENÍ VĚKU 18 LET

Tato podmínka je v ŽZ stanovena proto, že podle § 8 odst. 2 občanského zákoníku se zletilosti a tedy způsobilosti k právním úkonům nabývá také uzavřením manželství před nabytím 18. roku věku. Manželství může podle § 13 odst. 1 zákona č. 94/1963 Sb., o rodině,

ve znění pozdějších předpisů uzavřít nezletilý výjimečně, jestliže je to v souladu se společenským účelem manželství a je starší šestnácti let, a to pouze na základě povolení soudu. Tuto plnou způsobilost k právním úkonům nezletilý neztrácí ani prohlášením takto uzavřeného manželství za neplatné. Proto nebyla-li by zde podmínka, aby fyzická osoba byla starší 18 let, mohla by provozovat živnost také fyzická osoba starší 16 let, která uzavřela manželství se souhlasem nebo i bez souhlasu soudu.

Tato skutečnost, věk, se neprokazuje, neboť žádný doklad, osvědčující věk ohlašovatele nebo žadatele, není v § 46 ŽZ uveden. Do ohlášení nebo žádosti se však vypisuje datum narození nebo rodné číslo. Pracovník živnostenského úřadu si proto velmi jednoduše ověří splnění této podmínky v evidenci obyvatel, případně z jiných dokladů, které je nutné předložit, jako je například výpis z rejstříku trestů nebo osvědčení o kvalifikaci. Měl-li by však pochybnosti, může ohlašovatele nebo žadatele vyzvat, aby doklad totožnosti, a tedy i doklad o stáří předložil. K informacím v evidenci obyvatel má přístup prostřednictvím informací poskytnutých ministerstvem vnitra podle § 60 odst. 8 ŽZ.

Nakonec bychom zmínili velmi zajímavý judikát z roku 1988 R 30/1988, kde Nejvyšší soud vyslovil právní větu, že fyzická osoba dovrší osmnáct let věku počátkem, tedy v 0.00 hod. toho dne, který svým číslem a měsícem odpovídá dni, kdy se před osmnácti lety narodil.

Příklad:

Petr Novák ohlásil na živnostenský úřad živnost s tím, že je mu sice 17 let, ale za 5 dní, tedy rozhodně v den vydání živnostenského listu mu již bude 18 let. Živnostenský úřad mu živnostenský list nevydává, neboť podmínky pro provozování živnosti musí být splněny ke dni ohlášení živnosti nebo ke dni podání žádosti o vydání rozhodnutí o udělení koncese.

2.1.1.1.2 ZPŮSOBILOST K PRÁVNÍM ÚKONŮM

Způsobilost fyzické osoby k právním úkonům spočívá ve způsobilosti vlastními právními úkony nabývat pro sebe subjektivní práva a zavazovat se k právním povinnostem, vstupovat do právních vztahů a svými právními úkony je také měnit nebo rušit.

Tato problematika je řešena v § 8 občanského zákoníku a je rozlišována plná způsobilost, částečná nebo úplná nezpůsobilost. Hovoří-li se v ŽZ o způsobilosti k právním úkonům, myslí se tím plná způsobilost k právním úkonům. Částečnou způsobilost k právním úkonům mají nezletilí, to nás však nemusí zajímat, vzhledem k předchozí podmínce. Zletilého může částečně nebo úplně zbavit způsobilosti pouze soud v řízení podle § 186 a násl. o. s. ř. Omezit nebo zbavit fyzickou osobu způsobilosti k právním úkonům lze pouze, pokud je duševně nemocná a pro takovou duševní poruchu, která není pouze přechodná. Dále může omezit způsobilost k právním úkonům z důvodu nadměrného požívání alkoholických nápojů, omamných prostředků nebo jedů (drog).

Příklad:

Pan Novák trpí maniodepresivní psychózou. Z tohoto důvodu na návrh jeho manželky byla omezena jeho způsobilost k právním úkonům tak, že se nesmí zavazovat k právním úkonům, které by znamenaly nakládání s hodnotou vyšší než 5 tisíc korun. Pan Novák ohlásil živnost, ale živnostenský úřad mu odmítl vydat živnostenský list s poukazem na to, že nemá plnou způsobilost k právním úkonům. Protože je jeho opatrovníkem jeho manželka, může, souhlasil-li by s tím soud, ohlásit živnost za něj a ustanovit odpovědného zástupce, kterého také musí schválit soud.

2.1.1.1.3 BEZÚHONNOST

Bezúhonnost jako jedna z všeobecných podmínek, které musí fyzická osoba splnit, aby mohlo vzniknout živnostenské oprávnění a mohla provozovat živnost, má zajistit, aby podnikatelé podle tohoto zákona měli určité morální a občanské kvality, které zajistí důvěru jejich obchodních partnerů a zákazníků v solidnost těchto obchodněprávních vztahů.

Bezúhonnost je definována negativně v § 6 odst. 2 ŽZ tak, že za bezúhonného se nepovažuje ten, kdo byl pravomocně odsouzen buď k nepodmíněnému trestu odnětí svobody pro trestný čin spáchaný úmyslně, ať již samostatně nebo v souběhu s jinými trestnými činy, a byl mu uložen nepodmíněný trest odnětí svobody v trvání nejméně jednoho roku, nebo pro trestný čin spáchaný úmyslně, jehož skutková podstata souvisí s podnikáním (v tomto případě není podstatné, zda byl udělen podmíněný nebo nepodmíněný trest, ani jeho sazba nebo zda byl udělen trest jiný, podstatné je, že byl uznán vinným ze spáchání takového trestného činu), nebo pro trestný čin spáchaný z nedbalosti, jehož skutková podstata souvisí s předmětem podnikání, pokud se na něho nehledí, jako by nebyl odsouzen.

Úmyslný trestný čin je definován v § 4 trestního zákona. Za úmyslný trestný čin zákon považuje takový čin, jehož pachatel chtěl svým jednáním porušit nebo ohrozit chráněný zájem (úmysl přímý) nebo pachatel věděl, že svým jednáním může porušit nebo ohrozit chráněného zájmu způsobit a pro případ, že je způsobí, byl s tím srozuměn (úmysl nepřímý).

Příklad:

1. Pan Novák se dopustil trestného činu krádeže tím, že odcizil z prostoru restaurace peněženku a notebook hosta. Zde se jedná o úmysl přímý, neboť cílem pana Nováka bylo získat movité věci ve vlastnictví jiné osoby.
2. Pan Novák se dopustil trestného činu ublížení na zdraví tím, že při potyčce v restauraci uhodil jiného hosta do hlavy lahví od vína. Zde sice cílem pana Nováka nebylo ublížit mu na zdraví, ale ve chvíli, kdy ho lahví uhodil, musel být srozuměn

s tím, že mu hlavu může rozbít a způsobit mu tak újmu na zdraví, a proto se jedná o úmysl nepřímý.

Za nedbalostní jednání pak označuje zákon č. 140/1961 Sb., trestní zákon, ve znění pozdějších předpisů (trestní zákon) v § 5 takové jednání, jehož pachatel věděl, že může porušit nebo ohrozit chráněný zájem, ale bez přiměřených důvodů spoléhal na to, že takové porušení nebo ohrožení nezpůsobí (nedbalost vědomá), nebo jednání pachatele, jehož pachatel nevěděl, že může porušení nebo ohrožení chráněného zájmu způsobit, ale vzhledem ke všem okolnostem a ke svým osobním poměrům to vědět mohl a měl (nedbalost nevědomá).

Příklad:

1. Pan Novák se dopustil trestného činu obecného ohrožení, když v zatáčce před železničním přejezdem předjížděl před ním pomaleji jedoucí vozidlo. Zde si musel být pan Novák vědom toho, že může dojít k ohrožení lidských životů a majetku, ale spoléhal na to, že se tak nestane.

2. Pan Novák se dopustil trestného činu ohrožení a poškození životního prostředí, když do lesa vyvezl staré pneumatiky, lednici, televizor a různé plastové odpadky. Pan Novák je zemědělským inženýrem. Zde pan Novák měl vědět, že tyto odpadky poškozují životní prostředí, a proto se tohoto trestného činu dopustil z nevědomé nedbalosti.

Rozdíl mezi podmíněným a nepodmíněným trestem odnětí svobody je v tom, že v případě podmíněného trestu se odkládá výkon trestu odnětí svobody na zkušební dobu, pokud se odsouzený v této zkušební době osvědčí, nemusí trest vykonat. V případě nepodmíněného trestu je odsouzený do jednoho ze čtyř typů věznic a musí trest odnětí svobody vykonat.

Trestné činy, které souvisejí s podnikáním, mohou být nejrůznější povahy. Tak například trestné činy proti základům republiky, cizího státu nebo mezinárodní organizaci mohou souviset s koncesovanou živností vývoj, výroba, opravy, úpravy, přeprava, nákup, prodej, půjčování, uschovávání, znehodnocování a ničení zbraní. S trestnými činy proti bezpečnosti republiky souvisí například živnost výzkum, vývoj, výroba, ničení, zneškodňování, zpracování, nákup a prodej výbušnin. S trestnými činy proti obraně vlasti pak mohou souviset obě živnosti, zejména v případě trestného činu spolupráce s nepřitelem. Oproti tomu trestné činy proti hospodářské soustavě, proti hospodářské kázní, proti měně a trestné činy daňové, stejně tak jako trestné činy proti předpisům o nekalé soutěži, ochranných známkách, chráněných vzorech a vynálezech a proti autorskému právu a právům souvisejícím s právem autorským a právům k databázi, souvisejí s každou živností a takový trestný čin bude vždy znamenat nedostatek podmínky bezúhonnosti, pokud byl spáchán úmyslně a v některých případech, i pokud byl spáchán z nedbalosti. Také trestné činy proti pořádku ve věcech veřejných bude možné téměř vždy

považovat za trestné činy související s podnikáním, neboť podplácení, přijímání úplatku, padělání a pozměňování veřejné listiny a podobně se dopouštějí většinou živnostníci. Jsou zde však i trestné činy, které s podnikatelskou činností souviset naopak nemohou. Například vzpoura vězňů nebo schvalování trestného činu. Trestné činy obecně nebezpečné opět mohou souviset téměř se všemi obory živnostenského podnikání. Ovšem například šíření toxikomanie si lze představit třeba při provozování koncesované živnosti nákup, skladování a prodej hromadně vyráběných léčivých přípravků, které mohou podle rozhodnutí o registraci prodávat bez předpisu i lékárny. Trestných činů hrubě narušujících občanské soužití se nejčastěji budou dopouštět provozovatelé živností, v nichž dochází ke styku s veřejností. Trestné činy proti rodině a mládeži pak budou logicky souviset s péčí o rodinu a mládež. Typickou podnikatelskou činností je vázaná živnost péče o dítě do tří let v denním režimu. Trestné činy proti životu a zdraví nejčastěji v praxi budou souviset s provozem dopravních prostředků a stavebními pracemi, neboť při této podnikatelské aktivitě dochází k největším škodám na životech a zdraví. Trestné činy proti svobodě a lidské důstojnosti mohou například souviset v případě trestného činu porušování domovní svobody s vázanou živností služby soukromých detektivů. Trestné činy proti majetku pak mohou souviset se všemi druhy podnikatelských aktivit, neboť se týkají možností financování těchto aktivit, pojištění, konkurzního řízení apod. Nakonec trestné činy proti lidskosti nebudou typickými trestnými činy souvisejícími s podnikatelskou aktivitou, ale nelze tuto skutečnost vyloučit. Naopak u posledních dvou kategorií trestných činů, u trestných činů proti brannosti a trestných činů vojenských, to vyloučit lze, neboť chráněným zájmem je zde povinnost fyzické osoby jako takové, nikoliv podnikatele, k branné službě nebo obrana země, kde je vztah k podnikání vyloučen.

Tento závěr potvrdil také svým rozsudkem Nejvyšší správní soud SJS 876/2006, kde říká, že trestnými činy, jejichž skutková podstata souvisí s předmětem podnikání, nelze označovat pouze ty trestné činy, jejichž znakem skutkové podstaty je podnikání, tedy trestné činy hospodářské, ale že je podstatné, zda má trestný čin souvislost s podnikatelskými aktivitami konkrétního žadatele nebo ohlašovatele. Za bezúhonného tak nelze podle tohoto rozsudku považovat podnikatele, který jedním, za něž byl pravomocně odsouzen v trestním řízení, vymáhá své pohledávky.

Nakonec se zmiňme o úpravě zahlazení odsouzení v § 60, § 60a a §70 trestního zákona, kde je stanoveno, kdy se na odsouzeného hledí, jako by nebyl odsouzen. Má tedy čistý trestní rejstřík. Jednak se jedná o případy podmíněného odsouzení, ať již bez dohledu nebo s dohledem, kdy se odsouzený ve zkušební době osvědčil a po uplynutí této zkušební doby bylo jeho odsouzení ze zákona zahlazeno. Druhý případ se vztahuje obecně na všechny druhy trestů a zahlazení odsouzení je vázáno na uplynutí určité v trestním zákoně konkrétně stanovené doby, v níž vedl odsouzený po výkonu trestu řádný život. Požadované doby jsou různě dlouhé podle toho, o jak závažný trestný čin šlo.

K zahlazení odsouzení se přihlíží u všech tří kategorií trestných činů. Je tedy otázkou, proč je v případě nedbalostního trestného činu souvisejícího s předmětem podnikání tato skutečnost zdůrazněna.

O tom, že se k zahlazení odsouzení přihlíží i u úmyslných trestných činů, svědčí i rozsudek Nejvyššího soudu č. j. SJS 333/1998, jehož právní věta zní: „Byl-li ohlašovatel živnosti pravomocně odsouzen za trestný čin, jehož skutková podstata souvisí s předmětem podnikání, není ve smyslu § 6 odst. 2 písm. a) živnostenského zákona bezúhonný. Nesplnění všeobecné podmínky provozování živnosti tu nastává přímo ze zákona. Nedostatek podmínky odpadá tím, že odsouzení je rozhodnutím soudu zahlazeno (§ 69 a § 70 tr. zákona), nebo nastal podle zákona ohledně všech trestů účinek, že se na pachatele pohlíží, jako by nebyl odsouzen.“ Totéž platí v případě žadatele o koncesi.

Příklad:

Pan Novák pracoval v roce 1997 jako číšník v restauraci. Zde podával alkoholické nápoje osobám mladším osmnácti let a za tento trestný čin byl odsouzen k podmíněnému trestu odnětí svobody v délce 6 měsíců se zkušební dobou 18 měsíců. Po uplynutí této zkušební doby si ohlásil živnost hostinská činnost. Živnostenský úřad mu živnostenský list vydá, neboť jeho odsouzení bylo zahlazeno.

K této problematice je také další zajímavá judikatura. Tak například podle rozsudku Nejvyššího správního soudu č.j. SJS 271/2004 je zcela bez právního významu, jestliže ustanovení trestního zákona, podle něhož byl žadatel o udělení koncese (potažmo ohlašovatel živnosti) odsouzen, bylo dotčeno novelizací, pokud se v důsledku takové novelizace na pachatele (tedy na ohlašovatele nebo žadatele) podle trestněprávních předpisů nehledí, jako by odsouzen nebyl. Tato skutečnost je vždy uvedena v závěrečných ustanoveních příslušných novel.

Podle rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. SJS 128/1996 pak je posouzení, zda je ohlašovatel nebo žadatel bezúhonný ve smyslu ŽZ, věcí správního uvážení a je třeba na toto rozhodování také tak pohlížet. Nelze tedy namítat špatné rozhodnutí, ale pouze skutečnosti svědčící o tom, že živnostenský úřad neúplně soustředil důkazní prostředky, z nichž lze na splnění této podmínky usoudit, nebo že neprovedl důkazy zákonným způsobem a že rozhodnutí o této otázce vybočilo ze zákonem stanovených mezí a hledisek.

V rozsudku Vrchního soudu ČR č. j. Rc 34/94 je také pěkně vystižen rozdíl mezi pojmem bezúhonnost podle ŽZ a pojmem bezúhonnost například podle zákona č. 85/1996 Sb., o advokacii, ve znění pozdějších předpisů. V tomto zákoně se za bezúhonného považuje nejen ten, kdo je trestně bezúhonný, ale také ten, kdo je občansky a morálně zachovalý.

Splnění této podmínky prokazuje tuzemská fyzická osoba výpisem z rejstříku trestů. Tento výpis nesmí být starší 3 měsíců. O výpis je třeba požádat buď při osobní návštěvě Rejstříku trestů v Praze, zde si vyplnit formulář, předložit doklad o totožnosti (občanský průkaz nebo cestovní pas, průkaz o povolení pobytu cizince, vojenský průkaz, řidičský průkaz) a padesátikorunový kolek. Výpis vám vydají ihned. Nebo je možné podat i takzvanou ověřenou žádost. Tuto žádost opět vyplníte a zajdete s ní k ověření na určené úřady, jako

jsou okresní státní zastupitelství, obecní úřady, městské úřady, úřady města, v Praze obvodní úřady a místní úřady, úřady městských částí nebo jejich detašovaná pracoviště, jako je tomu například v Brně, kde se toto pracoviště nachází na ulici Kobližná, které si od vás formulář a kolek převezmou, ověří vaši totožnost a odešlou jej na rejstřík trestů, který vám zhruba do 3 týdnů pošle výpis z rejstříku trestů na adresu, kterou v žádosti udáte.

Pokud živnostenskému úřadu nepředložíte výpis z rejstříku trestů, má živnostenský úřad možnost opatřit si jej sám. K tomu blíže v kapitole 3.1.2.2.

2.1.1.1.4 NEDOPLATKY

Poslední z požadovaných všeobecných podmínek pro podnikání tuzemské fyzické osoby je skutečnost, že tato osoba, pokud na území České republiky podniká nebo podnikala, nemá na svém osobním účtu evidovány daňové nedoplatky z tohoto podnikání, dále nesmí mít, pokud na území České republiky podniká nebo podnikala, nedoplatky na platbách pojistného na sociální zabezpečení a příspěvku na státní politiku zaměstnanosti a nakonec, pokud na území České republiky podniká nebo podnikala, nesmí mít nedoplatky na pojistném na veřejném zdravotním pojištění.

Tato podmínka vyplývá z požadavku na platební schopnost podnikatelů podnikajících podle ŽZ. Nemá-li totiž podnikatel ani na tyto povinné platby, leccos to o jeho platební schopnosti, nebo lépe řečeno platební neschopnosti, vypovídá.

Tato podmínka musí být, stejně jako všechny ostatní, splněna po celou dobu provozování živnosti. Ztratí-li podnikatel tuto podmínku během podnikání, nemůže živnost provozovat. Návrh na zrušení živnostenského oprávnění pak podle § 6 zákona č. 582/1991 Sb., o organizaci a provádění sociálního zabezpečení, ve znění pozdějších předpisů, podávají okresní správy sociálního zabezpečení. Zde odkazují na kapitolu 4.5.6.

Co se rozumí daňovými nedoplatky z podnikání? Tuto problematiku řeší zákon č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků, ve znění pozdějších předpisů, a ten za daňový nedoplatek považuje rozdíl mezi vyměřenou daní a uhrazenou daní. Daňovou povinností z podnikání je třeba rozumět nejen daň z příjmu fyzických osob, ale také daň z přidané hodnoty nebo daň z převodu nemovitostí, daň z nemovitostí a silniční daň. Tyto daňové povinnosti, jejich vznik a výpočet jejich výše upravují zejména zákon č. 338/1992 Sb., o dani z nemovitostí, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 357/1992 Sb., o dani dědické, dani darovací a dani z převodu nemovitostí, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění pozdějších předpisů, a zákon č. 16/1993 Sb., o dani silniční, ve znění pozdějších předpisů.

Musí se jednat pouze o daňové nedoplatky vůči tuzemským správcům daní. Nedoplatky, které by podnikatel měl vůči jiným zahraničním správcům daně, nejsou podstatné. Proto je zde stanovena výjimka, že je třeba, aby fyzická osoba podnikala nebo podniká na území ČR.

Pojistné na sociální zabezpečení a příspěvek na státní politiku zaměstnanosti upravuje zákon č. 589/1992 Sb., o pojistném na sociální zabezpečení a příspěvek na státní politiku

zaměstnanosti, ve znění pozdějších předpisů. Tyto platby je podnikatel povinen odvádět nejen za sebe jako za osobu samostatně výdělečně činnou, ale také za své zaměstnance, pokud jsou účastníky důchodového a nemocenského pojištění, příspěvek na státní politiku zaměstnanosti musí platit vždy.

Pojistné na veřejné zdravotní pojištění upravuje zákon č. 48/1997 Sb., o veřejném zdravotním pojištění, ve znění pozdějších předpisů, a situace je zde stejná jako v předchozím případě, tedy podnikatel je povinen platit jak za sebe, tak za své zaměstnance. Účasten veřejného zdravotního pojištění však musí být každý, a proto pojistné také musí platit každý.

Za nedoplatek se nepovažuje úrok z prodlení nebo penále, které je z nedoplatku účtováno. Bohužel ale plní-li poplatník na nedoplatek, je z této platby nejdříve vždy hrazen úrok z prodlení nebo penále a pak až samotný nedoplatek, proto fakticky je za nedoplatek třeba považovat i úrok z prodlení nebo penále.

I splnění této podmínky je třeba živnostenskému úřadu prokázat. Činí se tak potvrzením příslušného orgánu státní správy, které vydá příslušná okresní správa sociálního zabezpečení žadateli do 7 dnů podle § 6 zákona č. 582/1991 Sb., o organizaci a provádění sociálního zabezpečení, ve znění pozdějších předpisů, nebo pokud potvrzení není doloženo, ověří danou skutečnost živnostenský úřad u příslušného orgánu státní správy nebo v příslušném informačním systému veřejné správy podle § 11 odst. 5 zákona č. 582/1991 Sb., o organizaci a provádění sociálního zabezpečení, ve znění pozdějších předpisů. Okresní správa sociálního zabezpečení opět musí sdělit do 7 dnů příslušnému živnostenskému úřadu, zda ohlašovatel nebo žadatel má nebo nemá nedoplatky na pojistném na sociální zabezpečení a příspěvek na státní politiku zaměstnanosti. U daňové povinnosti se postupuje obdobně, pouze spolupracujícím orgánem je v tomto případě příslušný správce daně, tedy místně a věcně příslušný finanční úřad. V případě povinnosti platit pojistné na veřejné zdravotní pojištění se toto dokládá čestným prohlášením.

Příklad:

Pan Novák byl obžalován pro trestný čin neodvedení daně, pojistného na sociální zabezpečení, na zdravotní pojištění a příspěvku na státní politiku zaměstnanosti, kterého se měl dopustit tím, že jako osoba samostatně výdělečně činná podle zákona o zemědělství nezaplatil daň z příjmu za období roku 2006. V rámci tohoto řízení před vynesením rozsudku pan Novák daňový nedoplatek zaplatil a ohlásil živnost. Živnostenský list mu živnostenský úřad vydá, neboť splňuje jak podmínku bezúhonnosti, tak podmínku, že nemá žádné daňové nedoplatky. Podle § 147a trestního zákona tomu, kdo projeví účinnou lítost tím, že daňový nedoplatek zaplatí, trestnost jeho činu zaniká. Nedoplatek pak byl uhrazen, takže žádný ve smyslu ŽZ není.

2.1.1.2 ZVLÁŠTNÍ PODMÍNKY PROVOZOVÁNÍ ŽIVNOSTI

Vedle obecných podmínek, za kterých může fyzická osoba provozovat živnost, stanoví ŽZ ještě zvláštní podmínku provozování živnosti, kterou je odborná nebo jiná způsobilost, pokud je ŽZ nebo jiné zvláštní předpisy vyžadují. Takový požadavek musí být v ŽZ stanoven výslovně, stejně jako v jiném právním předpise. V ŽZ jsou tyto podmínky stanoveny v jednotlivých přílohách, a to v příloze č. 2, která se týká vázaných živností, kde je tento požadavek nazván průkazem způsobilosti a dále v příloze č. 3, který se týká koncesovaných živností, kde je tento požadavek nazván jako požadovaná odborná a jiná zvláštní způsobilost. Jiné právní předpisy jsou pak předpisy podle příloh č. 2 a 3 k ŽZ, kde jsou pro jednotlivé živnosti vázané nebo koncesované stanovené právní předpisy, které tyto zvláštní podmínky upravují. Navíc jsou podmínky odborné způsobilosti stanoveny pro živnosti řemeslné přímo v ŽZ, jak je uvedeno níže.

Příklad:

Zvláštní podmínky pro vázanou živnost projektová činnost ve výstavbě jsou stanoveny v § 46a zákona č. 360/1992 Sb., o výkonu povolání autorizovaných architektů, ve znění pozdějších předpisů, a dále v zákoně č. 183/2006 Sb., stavební zákon, ve znění pozdějších předpisů.

U živností koncesovaných se ještě navíc posuzuje spolehlivost jako obligatorní podmínka udělení koncesní listiny. Jedná se proto také o zvláštní podmínku k provozování živnosti koncesované. Tuto spolehlivost podnikatele posuzuje příslušný živnostenský úřad, přičemž se zvažuje, zda uchazeč o koncesi může z obecného hlediska požívat důvěry pro výkon koncesované živnosti. Jedná se o správní uvážení a napadnout v takovém případě nelze samotné správní uvážení, ale pouze podklady, na základě kterých bylo učiněno.

Navíc komplexně je tato zvláštní podmínka odborné způsobilosti pro řemeslné, vázané a koncesované živnosti upravena v § 21 až § 27 ŽZ. Podle této úpravy lze například u koncesovaných živností nahradit odbornou způsobilost spočívající ve vyučení v oboru nebo ve středoškolském vzdělání zakončeném maturitní zkouškou rekvalifikací nebo čtyřletou praxí v oboru. Osvědčením je pak doklad o rekvalifikaci podle § 22 odst. 1 písm. e) ŽZ nebo doklad o vykonání čtyřleté praxe v oboru. Více viz kapitolu 3.1.2.1, 3.1.3.1 a 3.2.1.

Dokladem, kterým se prokazuje odborná nebo jiná způsobilost, jsou nejčastěji různá vysvědčení, osvědčení, certifikáty, diplomy apod.

Navíc státní příslušník členského státu Evropské unie (EHS a Švýcarské konfederace) a občan České republiky mohou prokázat odbornou způsobilost dokladem o uznání odborné kvalifikace vydaným uznávacím orgánem, kterým je v tomto případě ministerstvo průmyslu a obchodu podle zákona č. 18/2004 Sb., o uznávání odborné kvalifikace, ve znění pozdějších předpisů. Tyto osoby mohou prokázat odbornou způsobilost také

doklady o odborné kvalifikaci ve smyslu zákona o uznávání odborné kvalifikace, které prokazují odbornou kvalifikaci stanovenou u jednotlivých živností.

Zvláštní podmínky pro provozování živnosti se mohou měnit. V souladu s tím pak musí živnostenský úřad buď změnit, pozastavit, nebo zrušit živnostenské oprávnění těm, kteří nové zvláštní podmínky nespĺňují. Jedinou výjimkou je požadavek praxe, který již nemusí prokazovat podnikatel, kterému trvá živnostenské oprávnění pro provozování takové živnosti, když tuto živnost provozoval před takovou změnou zvláštní podmínky.

I podnikatel jako fyzická osoba musí provozovat živnost prostřednictvím odpovědného zástupce, který ale musí splňovat některé všeobecné a všechny zvláštní podmínky pro provozování živnosti, pokud tyto podmínky nespĺňuje sám.

Navíc u některých živností, které jsou uvedeny v příloze nařízení vlády č. 209/2001 Sb., kterým se stanoví seznam živností, jejichž výkon je podnikatel povinen zajistit pouze fyzickými osobami splňujícími odbornou způsobilost, ve znění pozdějších předpisů, je podnikatel, který buď sám musí splňovat zvláštní podmínky pro provozování živnosti, nebo musí mít jiného odpovědného zástupce, povinen zajistit u svých zaměstnanců nebo osob spolupracujících, které vykonávají činnosti, již jsou obsahem živností uvedených právě v tomto nařízení vlády, pouze fyzickými osobami splňujícími požadavky odborné způsobilosti, které toto nařízení stanoví. Podnikatel navíc musí vést o osobách splňujících podmínky odborné způsobilosti evidenci a uchovávat kopie dokladů prokazujících tuto způsobilost minimálně 3 roky ode dne ukončení výkonu činností těmito osobami. Protože se jedná o shromažďování osobních údajů, musí se přitom řídit zákonem č. 256/1992 Sb., o ochraně osobních údajů v informačních systémech, ve znění pozdějších předpisů.

V tomto nařízení vlády bylo stanoveno přechodné tříleté období, v němž nemusel podnikatel tuto podmínku splňovat, ovšem toto nařízení vstoupilo v účinnost 1. 10. 2001, a tato tříletá doba tak uplynula k 1. 10. 2004. Dnes proto tuto podmínku musí splňovat všichni podnikatelé.

K této problematice není žádná dostupná judikatura, neboť stanovení podmínky odborné nebo jiné způsobilosti nečiní v praxi větší potíže.

2.1.1.3 PRŮMYSLOVÝ ZPŮSOB PROVOZOVÁNÍ ŽIVNOSTI

Živnostenský zákon nerozlišuje živnosti podle jejich obtížnosti nebo rozsahu. Pouze vymezuje jednotlivé druhy živností podle zájmu státu na procesualnosti jejich provozování a dále definuje podle rozsahu živnost provozovanou průmyslovým způsobem. Za živnost provozovanou průmyslovým způsobem považuje činnost zahrnující v rámci jednoho pracovního procesu více dílčích činností, které samy o sobě napĺňují znaky živnosti a zároveň využívající organizačního oddělení výkonu dílčích prací, postupů nebo úkonů, zejména od řídicích a obchodních prací, a členění těchto prací, postupů nebo úkonů podle jednotlivých profesí. Těmto podmínkám se v ŽZ říká znaky průmyslového způsobu

provozování živnosti. Dříve se živnosti provozované průmyslovým způsobem označovaly v teorii jako tovární živnosti.

První podmínka v sobě zahrnuje požadavek, aby podnikatelská činnost byla složena z více činností, kdy každá tato činnost sama o sobě je živností. Tyto živnosti spolu nemusí nijak souviset, musí ale být splněna podmínka, že spojení těchto činností směřuje k vytvoření jednoho díla nebo poskytnutí jedné služby.

Druhá podmínka pak požaduje organizační oddělení těchto činností, a to zejména od managementu a obchodního oddělení, a dále členění těchto činností podle profesí. Z toho vyplývá, že rozsah jednotlivých činností podnikatele musí být natolik velký, aby se mu organizační členění jeho podniku vyplatilo. Musí zde být i dostatek zaměstnanců, pracovních prostor apod.

Podnikatel může také provozovat každou živnost, která je součástí živností provozovaných průmyslově i samostatně, aniž by tím vždy naplnil znaky průmyslově provozované živnosti.

Příklad:

Pan Novák provozuje živnost průmyslovým způsobem, kdy v rámci této činnosti staví domy na klíč. Tato činnost tak obsahuje přípravné práce pro stavby, specializované stavební činnosti, projektovou činnost ve výstavbě a dále i správu a údržbu nemovitostí. Všechny tyto činnosti směřují ke zhotovení stavby a k její správě do jejího prodeje. Navíc se ale na něj obrátil pan Dvořák, jestli by pro něj nemohl na smlouvu o dílo zhotovit projektovou dokumentaci ke stavbě, kterou chce vytvořit svépomocí. Zde se nebude jednat o živnost provozovanou průmyslovým způsobem, ale podle živnostenského oprávnění, jehož součástí je i seznam živností ohlašovacích, mezi kterými je projektová činnost ve výstavbě, může tuto činnost pan Novák provozovat.

O provozování živnosti průmyslovým způsobem si nerozhoduje podnikatel sám. Na jeho návrh, který musí být podložen důkazy o splnění jedné ze dvou předchozích podmínek, rozhodne místně příslušný živnostenský úřad. O návrhu v kladném případě rozhodne živnostenský úřad tím, že vydá souhlas.

Návrh musí splňovat obecné požadavky na podání k živnostenskému úřadu, a navíc je zde podnikatel povinen vymezit živnosti, které směřují ke vzniku konečného výrobku nebo k poskytnutí služby a jsou dílčími prvky technologického procesu.

Průmyslovým způsobem se dají provozovat všechny druhy živností, jak ohlašovací volné, řemeslné nebo vázané, tak živnosti koncesované. V případě koncesovaných živností však musí mít podnikatel kromě dokladu u provozování živnosti průmyslovým způsobem také pravomocné rozhodnutí živnostenského úřadu o udělení koncese.

V ŽZ je výslovně stanoveno, že zamítnutí návrhu na provozování ohlašovací živnosti průmyslovým způsobem nemá vliv na vznik práva provozovat živnost, když toto právo vzniká ohlášením. V případě koncesovaných živností to pochopitelně platit nemůže.

Tento institut však není pouze výplodem teorie. Má také podstatný dopad do praxe, a to zejména v rozsahu oprávnění, kdy, má-li podnikatel oprávnění provozovat živnost průmyslovým způsobem, má oprávnění k provozování všech činností, které směřují ke vzniku konečného výrobku nebo k poskytnutí služby a jsou pouze dílčím prvkem technologického procesu. Musí být však zachovány všechny podmínky pro provozování všech živností, je-li tedy třeba splnit nějaké zvláštní podmínky vzdělání, praxe apod. nebo je-li třeba mít k provozování určité dílčí činnosti koncesi, musí být tyto podmínky splněny a podnikateli musí být taková koncese udělena.

Jediná výjimka z předchozího obecného pravidla je stanovena u ohlašovacích živností provozovaných průmyslovým způsobem, kdy se pro získání živnostenského oprávnění nevyžaduje prokazování odborné způsobilosti. Podnikatel odpovídá za odbornost provozování živnosti a je povinen zajistit provozování živnosti osobami splňujícími požadavky odborné způsobilosti tak, jak o tom bylo pojednáno na závěr kapitoly 3.2. Nemusí proto ustanovovat odpovědného zástupce, stačí, když bude fakticky v průběhu provozování živnosti odbornou způsobilost splňovat. To také vyplývá z ust. § 11 odst. 4 písm. a) ŽZ.

V průběhu podnikatelské činnosti může dojít ke změně znaků provozování živnosti průmyslovým způsobem. Tyto změny je proto povinen podnikatel oznámit nejpozději do jednoho měsíce od jejich vzniku místně příslušnému živnostenskému úřadu, tedy tomu živnostenskému úřadu, který o jeho návrhu na provozování živnosti průmyslovým způsobem rozhodoval. Samozřejmě že je povinen tyto skutečnosti také prokázat, a proto musí současně s tímto oznámením předložit i doklady prokazující splnění těchto zvláštních podmínek.

Na základě vyhodnocení těchto změn může živnostenský úřad rozhodnout o změně živnostenského listu nebo pozastavení provozování živnosti nebo dokonce o zrušení živnostenského oprávnění. Může se také stát, že změnou těchto podmínek dojde ke změně místní příslušnosti živnostenského úřadu. V takovém případě je živnostenský úřad povinen věc neprodleně postoupit k rozhodnutí nově příslušnému živnostenskému úřadu.

Pro živnost provozovanou průmyslovým způsobem se vydávají zvláštní průkazy živnostenského oprávnění, jejichž přílohou musí být seznam ohlašovacích živností, které vymezují rozsah živnostenského oprávnění.

2.1.1.4 PŘEKÁŽKY PROVOZOVÁNÍ ŽIVNOSTI - NEGATIVNÍ VYMEZENÍ PODMÍNEK

Překážky v provozování živnosti lze považovat za jakési negativní vymezení podmínek, které musí podnikatel splňovat, aby mohl provozovat živnost. Kromě obecných podmínek

k provozování živnosti a zvláštních podmínek nesmí nastat u podnikatele překážka v provozování živnosti. Tyto překážky jsou ve své podstatě dvojího druhu. Jednak souvisejí s konkurzním řízením, a jednak u fyzické osoby mohou také souviset s uloženým zákazem činnosti.

2.1.1.4.1 KONKURZ

Fyzická osoba nemůže provozovat živnost, pokud byl na její majetek prohlášen konkurz a bylo soudem rozhodnuto, že provozování podniku musí být ukončeno. Konkurz na majetek úpadce-fyzické osoby prohlašuje místně příslušný krajský soud usnesením. Vzhledem k tomu, že podnik může mít pouze fyzická osoba podnikatel nebo právnická osoba podnikatel, je třeba pod fyzickou osobou v tomto případě vidět fyzickou osobu podnikatele. Na fyzickou osobu podnikatele může být konkurz navíc prohlášen jak z důvodu insolvence-platební neschopnosti, tak i z důvodu předlužení, tedy za situace, kdy pasiva převyšují aktiva podnikatele. Podstatné zde však není, že byl na podnikatele prohlášen konkurz, neboť to samo o sobě ještě nic neznámá, ale že bylo rozhodnuto o ukončení provozování podniku. Podle § 18a zákona č. 328/1991 Sb., o konkurzu a vyrovnání, ve znění pozdějších předpisů, prohlášením konkurzu provoz podniku nekončí. Provoz podniku může ukončit pouze soud, a to po vyjádření věřitelského výboru. O ukončení provozu podniku musí soud rozhodnout výslovně usnesením. Nemůže pouze nařídít správci nebo úpadci, aby provoz podniku ukončil. (K tomu srovnej stanovisko Nejvyššího soudu ČR Rc 52/98.)

Toto ustanovení § 8 odst. 1 ŽZ také neřeší, zda provozovaná živnost zaniká. V takovém případě je však podle § 58 ŽZ příslušný živnostenský úřad povinen živnostenské oprávnění zrušit.

Podle § 8 odst. 2 poslední věta ŽZ říká, že tato překážka odpadá v případě, že je prohlášený konkurz zrušen z jiného důvodu, než že bylo splněno rozvrhové usnesení nebo že majetek úpadce nepostačuje k úhradě nákladů konkurzu. Jedná se o případy, kdy nebyly předpoklady pro konkurz nebo navrhl-li to úpadce a všichni konkurzní věřitelé s tím vyslovili souhlas na listině s úředně ověřeným podpisem a souhlasil-li s tím také správce nebo došlo-li k fúzi úpadce nebo k převodu jmění na společníka úpadce. Obdobná situace nastane také v případě úmrtí úpadce, tato situace nás však nezajímá, neboť zde je pak jasné, že fyzická osoba dále nemůže živnost provozovat.

Co však ŽZ neřeší, je, zda zruší-li živnostenský úřad živnostenské oprávnění v mezidobí mezi zahájením konkurzu a jeho zrušením, musí toto živnostenské oprávnění obnovit, nebo si musí fyzická osoba ohlásit nebo požádat o živnost znovu. Podle mého názoru, neřeší-li ŽZ tuto otázku a pouze konstatuje, že překážka odpadá, musí si fyzická osoba znovu o vydání živnostenského oprávnění požádat.

Příklad:

Pan Novák podnikal v oboru pomocných stavebních prací. Na jeho majetek byl prohlášen konkurz pro insolvenční a v rámci konkurzního řízení soud rozhodl o ukončení provozování podniku a zpeněžení výrobních prostředků včetně nákladních automobilů a jiných movitých věcí. Pan Novák tedy ohlásil u živnostenského úřadu novou živnost maloobchodní prodej. Živnostenský úřad mu však živnostenský list nevydává, neboť je u něj překážka provozování živnosti. Tato překážka bude trvat nejméně do skončení konkurzu, pokud pak nenastane další překážka podle § 8 odst. 2 a 3 ŽZ na dobu tří let.

Překážka provozování živnosti představuje také další fáze konkurzního řízení, a to jeho zrušení. Musí jít však o případy, kdy byl skutečně osvědčen úpadek a kdy byl konkurz zrušen po splnění rozvrhového usnesení nebo z důvodu, že majetek úpadce nepostačuje k úhradě nákladů konkurzu. Taková překážka pak trvá tři roky od právní moci usnesení konkurzního soudu o zrušení konkurzního řízení. Stejně se postupuje i v případě, že k prohlášení konkurzu vůbec nedošlo, neboť návrh na prohlášení konkurzu byl zamítnut pro nedostatek majetku úpadce. Jedná se vlastně o stejnou situaci, kdy je sice osvědčen úpadek úpadce, ale bylo by nevhodné a neefektivní zahajovat konkurzní řízení.

V ustanovení § 8 odst. 4 ŽZ je stanoveno, že v průběhu konkurzního řízení může fyzická osoba činit úkony související se vznikem (tedy ohlášení živnosti nebo žádost o vydání koncese), změnou nebo zrušením živnostenského oprávnění jen s písemným souhlasem správce konkurzní podstaty. Tento požadavek plyne obecně z § 14a zákona č. 328/1991 Sb., o konkurzu a vyrovnání, ve znění pozdějších předpisů, kde je stanoveno, že prohlášením konkurzu přechází na správce oprávnění vykonávat práva a plnit povinnosti, které jinak přísluší úpadci. Proto může správce tyto úkony činit buď sám, nebo je může činit úpadce pouze s jeho souhlasem.

Na závěr uvedme skutečnost, že překážky provozování živnosti jsou u živnostníků stanoveny mírněji než u statutárních orgánů, členů statutárních orgánů nebo členů jiných orgánů právnických osob, které jsou podnikateli. Ti musí splňovat podmínky provozování živnosti podle ŽZ, ale navíc ještě u nich nesmí nastat překážka výkonu takové funkce podle § 31a obchodního zákoníku, kde se za tuto překážku považuje výkon srovnatelné funkce v právnické osobě, na jejíž majetek byl prohlášen konkurz, nebo byl-li návrh na konkurz zamítnut pro nedostatek majetku. V dalších odstavcích jsou pak specifikovány doby a počátky běhu těchto dob, po které tato překážka trvá. Obecně se jedná o dobu 3 let od právní moci příslušného rozhodnutí.

Dále považuji za dobré shrnout, že tyto dvě úpravy se vzájemně nekříží, ale doplňují, tedy že nesplňuje-li osoba podmínky podle § 31a obchodního zákoníku, nebrání to splnění podmínek podle ŽZ.

Příklad:

Pan Novák byl jednatelem společnosti ABC, s. r. o. Na majetek této společnosti byl prohlášen konkurz, který skončil usnesením o zrušení konkurzu po splnění rozvrhového usnesení. Pan Novák nyní nemůže být 3 roky od právní moci usnesení o zrušení konkurzu společníkem veřejné obchodní společnosti, komplementářem komanditní společnosti, jednatelem ani členem představenstva nebo dozorčí rady. Může ale sám ohlásit živnost, neboť na jeho majetek konkurz prohlášen nebyl. Mohl by být společníkem veřejné obchodní společnosti nebo komplementářem v komanditní společnosti za podmínky, že by všichni společníci o tom, že s tímto souhlasí, uzavřeli dohodu v písemné formě s úředně ověřenými podpisy podle § 31a odst. 7 obchodního zákoníku.

Nakonec ještě malá poznámka o změně navazující právní úpravy. Od 1. 1. 2008 nabude účinnosti zákon o úpadku a způsobech jeho řešení č. 182/2006 Sb., ve znění pozdějších předpisů. Zde je zachován jako jeden ze způsobů řešení konkurzu, a překážka provozování živnosti se bude proto týkat jen tohoto způsobu řešení. Nebude tak již usnesení o zahájení konkurzního řízení, ale usnesení o zahájení insolvenčního řízení, v rámci něhož bude rozhodnuto o úpadku a také o způsobu jeho řešení. Poté je úprava již obdobná.

2.1.1.4.2 ZÁKAZ ČINNOSTI

Tato překážka opět souvisí s věrohodností a způsobilostí fyzické osoby řádně provozovat živnost.

Zákaz činnosti musí být uložen buď soudem podle § 49 a 50 trestního zákona nebo správním orgánem podle § 14 zákona č. 200/1990 Sb., o přestupcích, ve znění pozdějších předpisů.

Zákaz činnosti se musí vztahovat k oboru nebo příbuznému oboru živnosti.

Překážka provozování živnosti pak trvá po dobu trvání zákazu činnosti.

Příklad:

Pan Novák požil před jízdou alkohol, a poté při jízdě způsobil dopravní nehodu, při níž došlo k těžkému ublížení na zdraví. V trestním řízení byl shledán vinným z těžkého ublížení na zdraví a byl mu udělen podmíněný trest odnětí svobody v délce 12 měsíců s odkladem na dobu 3 let a také zákaz činnosti spočívající v zákazu řízení motorových vozidel na dobu 10 let. Pan Novák provozuje živnost hostinská činnost. Tato živnost není příbuzná k oboru provozované živnosti, a proto pan Novák může dál živnost provozovat. Pan Novák se však ve zkušební době neosvědčil a trest podmíněný mu byl proměněn na trest nepodmíněný s tím, že mu byl trest zákazu činnosti ponechán. Po návratu z výkonu trestu hodlal dál provozovat svoji

živnost. Živnostenský úřad by však měl jeho živnostenské oprávnění zrušit, neboť již nesplňuje podmínku bezúhonnosti podle § 6 odst. 1 písm. c) ŽZ.

2.1.1.4.3 § 58 Odst. 6 ŽZ

Jedná se o překážku, která vzniká až na dobu 3 let v případě, že je podnikateli zrušeno živnostenské oprávnění a toto rozhodnutí živnostenského úřadu má sankční charakter. Více k tomu v kapitole 4.5.6.

2.1.1.4.4 PROMINUTÍ NEDOSTATKU PODMÍNKY PROVOZOVÁNÍ ŽIVNOSTI

V textu § 8 odst. 5 ŽZ je upraveno správní uvážení o prominutí tříleté překážky provozování živnosti u osoby, na jejíž majetek byl prohlášen konkurz a konkurzní řízení bylo zastaveno pro nedostatek majetku nebo bylo zrušeno po splnění rozvrhového usnesení nebo pro nedostatek majetku. Tato možnost vyplývá zejména z důvodu, že často je na majetek úpadce prohlášen konkurz z důvodu druhotné platební neschopnosti, do které se úpadce dostal nezaviněně. Zákonodárce proto chce těmto osobám umožnit prominutí překážky provozování živnosti. Živnostenský úřad bude muset vždy pečlivě zkoumat žádost ohlašovatele nebo žadatele o živnostenské oprávnění zejména z hlediska důvodů, které k úpadku tohoto žadatele vedly, a zejména z pohledu jeho nynějšího zajištění provozování živnosti, aby se situace neopakovala. V zákoně je tento požadavek vyjádřen slovy: "nasvědčují-li hospodářské poměry osoby a její chování, že pro provozování živnosti bude řádně plnit své závazky".

Příklad:

Pan Novák provozoval živnost hostinská činnost. Na jeho majetek byl prohlášen konkurz poté, co mu jeho provozovna shořela od nedopalku cigarety pachatele, který se do jeho provozovny vloupal. Pan Novák neměl svoji provozovnu pojištěnou. Do trestního řízení se sice připojil s náhradou škody, ale pachatel byl nemajetný, a tak nebylo možné škodu ani nuceně uspokojit. Pan Novák chtěl svoji provozovnu opravit a začít nanovo s tím, že by měl tichého společníka, který by mu půjčil potřebné prostředky. Požádal si proto o prominutí překážky provozování živnosti s tím, že má nyní provozovnu pojištěnou, lépe zabezpečenou proti případným vloupáním a také že uzavřel smlouvu se společností, která poskytuje celodenní monitoring jeho provozovny. Je velice pravděpodobné, že živnostenský úřad jeho žádosti vyhoví v případě, že po skončení konkurzního řízení nezůstaly velké dluhy, neboť fyzická osoba odpovídá za pohledávky, které nebyly uspokojeny v rozvrhu nadále, a požadavky původních věřitelů by tak byla ohrožena včasná a řádná splatnost pohledávek věřitelů nových.

2.1.2 ZAHRANIČNÍ FYZICKÉ OSOBY

Obecně je v § 5 odst. 2 ŽZ stanoveno, že fyzická osoba s bydlištěm mimo území České republiky může na našem území provozovat živnost za stejných podmínek ve zcela stejném rozsahu, jako tuzemská fyzická osoba, pokud není v ŽZ stanoveno v určitém případě výslovně jinak. Lze proto v podstatě odkázat na výklad v kapitole 2.1.1, která se zabývá podmínkami provozování živnosti u tuzemských fyzických osob.

Zahraniční fyzická osoba musí buď podnikat na území České republiky prostřednictvím svého podniku, nebo organizační složky svého podniku umístěného v zahraničí. Pod tímto výkladem si však nemůžeme představit, že zahraniční fyzická osoba u nás musí mít podnik jako závod, ale podnik ve smyslu ustanovení § 5 obch. zák., musí tedy mít na území České republiky místo podnikání. Aby mohla mít na území České republiky místo podnikání, musí se na našem území zdržovat legálně, a musí tedy mít povolení k pobytu na území České republiky nad 90 dnů (tedy na 1 rok) nebo povolení k dlouhodobému pobytu. Tato úprava se vztahuje i na občany členských států Evropské unie nebo Evropského hospodářského prostoru a Švýcarské konfederace, ti ale mají jiné podmínky pro získání tohoto povolení.

Doložit doklad prokazující udělení víza k pobytu nad 90 dnů nebo povolení k dlouhodobému pobytu není nutné u zahraniční fyzické osoby, která bude podnikat na našem území a provozovat tak živnost prostřednictvím organizační složky svého podniku podle § 21 odst. 3 obchodního zákoníku.

Dříve byl problém, že chtěla-li zahraniční osoba získat povolení k pobytu nad 90 dní za účelem podnikání, musela mít oprávnění k provozování živnosti, ovšem toto oprávnění získala, až měla doklad o povolení k pobytu. Proto byla tato situace vyřešena v § 47 odst. 7 a 8 ŽZ tak, že splní-li zahraniční fyzická osoba všechny ostatní podmínky pro provozování živnosti, vydá jí živnostenský úřad o tomto splnění potvrzení, a toto potvrzení pak slouží jako podklad pro řízení o udělení pobytu zahraniční fyzické osobě. Předloží-li zahraniční fyzická osoba povolení k pobytu do 6 měsíců ode dne vydání potvrzení, vydá jí živnostenský úřad do 15 dnů příslušný živnostenský list.

Zahraniční osoby často budou mít doklady potřebné k vyřízení živnostenského oprávnění v cizím jazyce. Musí proto předložit takový doklad včetně jeho překladu do českého jazyka provedeného tlumočnickem zapsaným do seznamu znalců a tlumočníků podle zákona č. 36/1967 Sb., o znalcích a tlumočnících, ve znění pozdějších předpisů, a podle vyhlášky č. 37/1967 Sb. k jeho provedení, ve znění pozdějších předpisů. Navíc musí být pravost podpisu a otisku razítka na originálech předkládaných dokumentů ověřena. Náležitosti překladu včetně tlumočnické doložky jsou specifikovány v § 14 vyhlášky č. 37/1967 Sb., ve znění pozdějších předpisů.

Výjimka je stanovena u fyzické osoby nebo jejího rodinného příslušníka, pokud je občanem členského státu Evropské unie, Evropského hospodářského prostoru a Švýcarské konfederace apod. (viz výše), proto se na jí předložené listiny výše uvedené nevztahuje, pokud není pochybnosti o správnosti překladu nebo o pravosti podpisu nebo razítka.

V prvním případě totiž hradí náklady spojené s úředním překladem žadatel, v tomto případě si pak úřad, nerozumí-li textu, musí obstarat překlad na své náklady.

Důvodem pro požadavek úředního překladu však není pouze snaha živnostenských úřadů ušetřit, ale také nutnost zjednodušení a zrychlení celého procesu. Není v silách úřadu zajistit překlady z různých jazyků. V případě občanů EU, EHS nebo Švýcarské konfederace je počet jazyků omezen, ale i v tomto případě se domnívám, že často budou úředníci, jejichž znalost cizích řečí není na dostačující úrovni, zadávat překlady takto předložených dokumentů.

Příklad:

Pan Braun předložil k žádosti o vydání živnostenského listu výpis z trestního rejstříku z Německa. Tento výpis je v němčině. Živnostenský úřad jej vyzval, aby zajistil úřední překlad tohoto výpisu. Živnostenský úřad nepostupoval správně, neboť není nutné, aby doklady, které občan Německa předloží, byly úředně ověřeny. U originálu výpisu z trestního rejstříku jiného členského státu EU není pochybnost o jeho pravosti ani o možné správnosti překladu, který si opatří úředník živnostenského úřadu.

2.1.2.1 ROZDÍLNOST OD TUZEMSKÝCH FYZICKÝCH OSOB

Zahraniční fyzická osoba s výjimkou osob, které mají bydliště na území Evropské unie, EHS nebo Švýcarské konfederace, nebo jejich rodinných příslušníků, nemůže provozovat živnosti, které by byly uvedeny v nařízení vlády, jež by možnost podnikání těchto osob vylučovalo. Žádné takové nařízení však zatím nebylo vydáno, a proto žádné takové omezení pro zahraniční osoby neexistuje. Je zde však dána možnost státu chránit tímto určité odvětví ekonomiky před zásahy cizinců.

Nejvíce změn je v oblasti všeobecných podmínek provozování živnosti. Změna například není u dosažení věku 18 let a způsobilosti k právním úkonům, a proto zde bezesbytku platí kapitola 2.2.1 a 2.2.2. Je však třeba připomenout, že na určení způsobilosti k právním úkonům je třeba použít české právní předpisy podle zákona č. 97/1963 Sb., o mezinárodním právu soukromém a procesním, ve znění pozdějších předpisů, a to podle § 3 odst. 2. Proto například u nás může provozovat živnost i žena, která je občanem Pákistánu, přesto, že podle pákistánského práva není plně způsobilá k právním úkonům. Jiná situace je však u prokazování bezúhonnosti.

Zahraniční fyzická osoba musí bezúhonnost prokázat nejen výpisem z rejstříku trestů vydaným na území ČR, který nesmí být starší než 3 měsíce, pokud se na území ČR zdržuje, ale i odpovídajícími doklady vydanými státem, jehož je fyzická osoba občanem, nebo státy, ve kterých se dlouhodobě, tedy více než tři měsíce, nepřetržitě zdržovala v posledních třech letech.

Největším problémem je u každého státu určit, co jsou odpovídající doklady a zda je zapotřebí jejich superlegalizace, tedy vyšší způsob ověření. Tato otázka bude záviset na tom, zda má náš stát s touto zemí uzavřenou nějakou mezinárodní smlouvu o právní pomoci, která by tuto otázku řešila. V publikovaném názoru M. Bartošíkové z roku 1997 v Právu pro denní praxi byl uveden přehled vybraných zemí a skutečností, zda s nimi má Česká republika uzavřenou smlouvu o právní pomoci. Dále proto uvedu ty země, se kterými takovou smlouvu máme, a proto není superlegalizace nutná. Je to Afgánistán (vyhl. č. 44/1983 Sb., ve znění pozdějších předpisů), Albánie (vyhl. č. 97/1960 Sb., ve znění pozdějších předpisů), Alžírsko (vyhl. č. 17/1984 Sb., ve znění pozdějších předpisů), Arménie (vyhl. č. 95/1983 Sb., ve znění pozdějších předpisů, kterou byla uveřejněna mezinárodní smlouva o právní pomoci mezi ČSSR a SSSR, přičemž Arménie je nástupnický stát), Ázerbajdžán (vyhl. č. 95/1983 Sb., ve znění pozdějších předpisů, kterou byla uveřejněna mezinárodní smlouva o právní pomoci mezi ČSSR a SSSR, přičemž Ázerbajdžán je nástupnický stát), Bělorusko (vyhl. č. 95/1983 Sb., ve znění pozdějších předpisů, kterou byla uveřejněna mezinárodní smlouva o právní pomoci mezi ČSSR a SSSR, přičemž Bělorusko je nástupnický stát), Chorvatsko (vyhl. č. 207/1964 Sb., ve znění pozdějších předpisů, kterou byla vyhlášena mezinárodní smlouva o právní pomoci mezi ČSSR a SFRJ, přičemž Chorvatsko je nástupnický stát), Gruzie (vyhl. č. 95/1983 Sb., ve znění pozdějších předpisů, kterou byla uveřejněna mezinárodní smlouva o právní pomoci mezi ČSSR a SSSR, přičemž Gruzie je nástupnický stát), Jemenská republika (vyhl. č. 76/1990 Sb., ve znění pozdějších předpisů), Kazachstán (vyhl. č. 95/1983 Sb., ve znění pozdějších předpisů, kterou byla uveřejněna mezinárodní smlouva o právní pomoci mezi ČSSR a SSSR, přičemž Kazachstán je nástupnický stát), Korejská lidově demokratická republika (vyhl. č. 93/1989 Sb., ve znění pozdějších předpisů), Kuba (vyhl. č. 80/1981 Sb., ve znění pozdějších předpisů), Kyrgyzská republika (vyhl. č. 95/1983 Sb., ve znění pozdějších předpisů, kterou byla uveřejněna mezinárodní smlouva o právní pomoci mezi ČSSR a SSSR, přičemž Kyrgyzská republika je nástupnický stát), Makedonie (vyhl. č. 207/1964 Sb., ve znění pozdějších předpisů, kterou byla uveřejněna mezinárodní smlouva o právní pomoci mezi ČSSR a SFRJ, přičemž Makedonie je nástupnický stát), Moldávie (vyhl. č. 95/1983 Sb., ve znění pozdějších předpisů, kterou byla uveřejněna mezinárodní smlouva o právní pomoci mezi ČSSR a SSSR, přičemž Moldávie je nástupnický stát), Mongolsko (vyhl. č. 106/1978 Sb., ve znění pozdějších předpisů), Rumunsko (vyhl. č. 1/1996 Sb.), Rusko (vyhl. č. 95/1983 Sb., ve znění pozdějších předpisů, kterou byla uveřejněna mezinárodní smlouva o právní pomoci mezi ČSSR a SSSR, přičemž Rusko je nástupnický stát), Tádžikistán (vyhl. č. 95/1983 Sb., ve znění pozdějších předpisů, kterou byla uveřejněna mezinárodní smlouva o právní pomoci mezi ČSSR a SSSR, přičemž Tádžikistán je nástupnický stát), Turkmenistán (vyhl. č. 95/1983 Sb., ve znění pozdějších předpisů, kterou byla uveřejněna mezinárodní smlouva o právní pomoci mezi ČSSR a SSSR, přičemž Turkmenistán je nástupnický stát), Ukrajina (sdělení č. 123/2002 Sb. m.s.), Uzbekistán (vyhl. č. 95/1983 Sb., ve znění pozdějších předpisů, kterou byla uveřejněna mezinárodní smlouva o právní pomoci mezi ČSSR a SSSR, přičemž Uzbekistán je nástupnický stát), Vietnam (vyhl. č. 98/1984 Sb., ve znění pozdějších předpisů).

Navíc u některých států není superlegalizace zapotřebí, neboť některé státy jsou smluvními stranami Haagské úmluvy o zrušení požadavku ověřování cizích veřejných listin. V takovém případě pak stačí pouze tzv. apostilační doložka. Seznam smluvních států této úmluvy je dostupný na internetové stránce www.kr-plzensky.cz/article.asp?itm=19839.

Chce-li být zahraniční osoba nikoliv živnostník, ale odpovědný zástupce, nemusí mít dnes již bydliště na území České republiky.

U zvláštních podmínek bude opět nejdůležitější vyřešení otázky odborné způsobilosti a jejího prokázání. Nostrifikace neboli uznávání zahraničních vysvědčení nebo diplomů se řídí ve vztahu k EU zákonem č. 12/2005 Sb., o uznávání rovnocennosti a nostrifikace vysvědčení zahraničních škol, jinak dvoustrannými úmluvami nebo podle Haagské úmluvy, jak bylo uvedeno výše.

Poslední otázka, která je u zahraničních osob a vlastně u všech osob, které se po určitý čas zdržují mimo území České republiky, zajímavá, je otázka překážek provozování živnosti v tom smyslu, zda konkurzním řízením a zákazem činnosti má ŽZ na mysli pouze rozhodnutí vydaná v České republice, nebo i jinde, v jiném státě. Vzhledem k cíli, který má tato úprava zajistit, tedy vzhledem k tomu, že stanovení těchto překážek provozování živnosti má ochránit potenciální obchodní partnery živnostníků od neserióznosti těchto živnostníků, domnívám se, že se toto ustanovení vztahuje i na obdobná rozhodnutí vydaná v jiném státě. Pravdou ovšem je, že pokud ohlašovatel nebo žadatel tuto skutečnost zamlčí a tato skutečnost nebude například zaznamenána v dokladech o bezúhonnosti, nemá živnostenský úřad možnost se tuto skutečnost dozvědět. Ovšem dozvěděl-li by se, že ohlašovatel nebo žadatel tuto skutečnost zamlčel úmyslně, bylo by zcela na místě podat trestní oznámení pro podezření ze spáchání trestného činu neoprávněné podnikání podle § 118 trestního zákona. Tuto skutečnost vyvozují také ze systematického výkladu, kdy například u daňových nedoplatků a jiných povinných plateb, které plynou do státního rozpočtu, je nutné, aby tyto nedoplatky nebo dluhy plynuly z podnikání na území České republiky, přičemž u překážek provozování živnosti není tento požadavek zmíněn ani náznačkem.

2.2 PRÁVNICKÉ OSOBY

Právnícké osoby definuje § 18 a násl. občanského zákoníku. Náš právní řád zná právnícké osoby, které vznikly jako sdružení fyzických nebo právníckých osob (tedy veškeré obchodní společnosti, družstva, občanská sdružení apod.), dále které vznikly jako účelová sdružení majetku (jedná se o nadace), jednotky územní samosprávy (obce a kraje) a nakonec jiné subjekty, o kterých to stanoví zákon (například Česká národní banka, Pozemkový fond apod.).

U většiny právníckých osob se rozlišuje den jejich vzniku ve smyslu založení a den, kdy se staly subjekty práv a povinností, tedy den jejich příslušné registrace nebo zápisu do

příslušného seznamu. V den této registrace nebo zápisu například do obchodního rejstříku je právnická osoba způsobilá k právním úkonům. Stejně tak způsobilost nezaniká zrušením právnické osoby, ale až jejím výmazem z příslušného rejstříku nebo registru.

Úprava je zde obdobná jako u fyzických osob, lze také zcela odkázat na překážku provozování živnosti podle kapitoly 2.1.1.4 s tím, že nemůže nastat situace podle § 8 odst. 6 ŽZ. Navíc v případě konkurzu, který je skončen pro nedostatek majetku nebo po splnění rozvrhového usnesení, právnická osoba zaniká a je vymazána z příslušné evidence.

Až do 1. 8. 2006 mohly právnické osoby provozovat živnost pouze prostřednictvím odpovědného zástupce. Zákonem č. 214/2006 Sb. o změně živnostenského zákona a o změně některých zákonů byla tato úprava změněna tak, že tuto povinnost ustanovit odpovědného zástupce má právnická osoba pouze v případě, kdy to vyžaduje splnění zvláštních podmínek provozování živnosti, nejedná-li se o ohlašovací živnost provozovanou průmyslovým způsobem podle § 7 ŽZ. Proč v tomto případě být odpovědný zástupce nemusí, bylo vysvětleno v kapitole 2.1.1.3. Ve všech ostatních případech provozuje právnická osoba živnost přímo prostřednictvím osob, které jsou oprávněny za právnickou osobu jednat.

Dříve bylo nutné pro každou ohlášenou živnost nebo vydanou koncesi mít odpovědného zástupce, to nejen prodražovalo provoz samotného podniku, ale mnohdy to bylo zcela nadbytečné. Neměla-li právnická osoba odpovědného zástupce ustanoveného, byla jí živnost pozastavena. Na tuto skutečnost reagovala nová právní úprava v přechodných ustanoveních zákona č. 214/2006 Sb., ve znění pozdějších předpisů tím, že stanovila, že bylo-li pozastaveno provozování živnosti právnické osobě z důvodu, že neměla ustanoveného odpovědného zástupce pro ohlašovací živnost volnou, takové rozhodnutí živnostenského úřadu pozbývá právních účinků dnem 1. 8. 2006 a právnická osoba může od 1. 8. 2006 pokračovat v provozování příslušné ohlašovací živnosti volně.

Protože provozování živnosti je činností podnikatelskou, budou nejčastějšími provozovateli z právnických osob obchodní společnosti. Proto také obchodní zákoník na tuto skutečnost pamatoval tím, že pro statutární orgány nebo jejich členy stanovil podmínky, za kterých mohou funkci vykonávat. Jak již bylo řečeno v kapitole 2.1.1.4.1, jsou zde požadavky podle ŽZ a dále ještě nesmí nastat překážka výkonu funkce z důvodu proběhlého konkurzního řízení.

Za právnickou osobu může vedle statutárního orgánu jednat také její zástupce například na základě mandátní smlouvy nebo obdobné smlouvy. Má-li obchodní společnost organizační složku, může za ni také jednat vedoucí organizační složky podniku, je-li zapsán do obchodního rejstříku. Další osobou oprávněnou za obchodní společnost jednat je likvidátor nebo prokurista. Na tyto osoby nejsou z pohledu splnění všeobecných podmínek provozování živnosti podle ŽZ kladeny žádné podmínky. Naopak podmínky podle § 31a obchodního zákoníku, spočívající v požadavku obchodního zákoníku, že ten, kdo chce být statutárním orgánem, členem statutárního orgánu nebo jiného orgánu jako právnické osoby, která je podnikatelem, nesmí být v zásadě po dobu tří let ve srovnatelné funkci v právnické osobě, na jejíž majetek byl prohlášen konkurz, nebo byl-li konkurz na

takovou právnickou osobu zamítnut pro nedostatek majetku, musí splňovat i tyto osoby, jak vyplývá i z rozsudku Nejvyššího soudu ČR Jc 117/2006.

U veřejné obchodní společnosti je podle § 85 obchodního zákoníku statutárním orgánem každý společník. O tom, kdo může být společníkem, pojednává § 76 odst. 2 obchodního zákoníku. V tomto ustanovení je uvedeno, že společníkem může být jen fyzická osoba, která splňuje všeobecné podmínky provozování živnosti podle ŽZ (k tomu srovnej kapitulu 2.1.1.1) a nejsou u ní překážky provozování živnosti podle ŽZ (k tomu srovnej kapitulu 2.1.1.4). Na rozdíl od ŽZ zde nezáleží na předmětu podnikání. Navíc musí splňovat podmínky podle § 31a obch. zák. (k tomu srovnej kapitulu 2.1.1.4).

Společníkem veřejné obchodní společnosti může být i právnická osoba, v takovém případě musí tyto podmínky splňovat její statutární orgán nebo pověřený zástupce. U statutárního orgánu není ve výkladu žádný problém, u pověřeného zástupce však již nastat může. Pověřený zástupce není totiž nikde v obchodním zákoníku definován. Je tak otázkou, zda se může jednat i o prokuristu nebo o zástupce na základě plné moci nebo mandátní či obdobné smlouvy nebo také o zaměstnance právnické osoby - společníka. Domnívám se, že by se tato úprava měla vztahovat na všechny vyjmenované, neboť je třeba mít na zřeteli cíl úpravy, a tím je, aby statutárním orgánem byla fyzická osoba, která tyto všeobecné podmínky podle ŽZ splňovat bude.

Příklad:

Pan Novák provozoval živnost hostinská činnost. V souvislosti s tímto podnikáním byl odsouzen k podmíněnému trestu odnětí svobody, kdy byl shledán vinným z trestného činu podávání alkoholických nápojů mládeži. Jeho živnost byla proto zrušena. Pan Novák chtěl společně s panem Horákem založit veřejnou obchodní společnost, jejímž předmětem podnikání by byla realitní činnost. Krajský soud tuto společnost do obchodního rejstříku nezapiše, neboť pan Novák nesplňuje podmínky pro to, aby mohl být společníkem veřejné obchodní společnosti.

U komanditní společnosti musí všeobecné podmínky pro provozování živnosti podle § 93 odst. 2 obchodního zákoníku splňovat komplementář a také u něj nesmí nastat překážka provozování živnosti podle ŽZ. U komplementáře tedy platí to, co bylo výše uvedeno u společníka veřejné obchodní společnosti. U komanditisty je situace složitější. Komanditista není ze zákona statutárním orgánem, a proto nemusí výše uvedené podmínky podle ŽZ ani podle § 31a obchodního zákoníku splňovat. Nemůže však na druhou stranu za společnost jednat.

U společnosti s ručením omezeným je úprava obsažená v §135 odst. 2 s odkazem na § 194 odst. 7 obch. zák. a veškeré podmínky jsou kladeny na jednatele jako osobu oprávněnou za společnost s ručením omezeným jednat. Na společníka stejně jako na akcionáře nejsou naopak kladeny požadavky vůbec žádné s tím, že samozřejmě jeho právní úkon, kterým se stane společníkem nebo akcionářem, je platný.

Jednatel musí být fyzickou osobou, která dosáhla věku 18 let, je plně způsobilá k právním úkonům, je bezúhonná ve smyslu zákona o živnostenském podnikání a nenastala u ní překážka provozování živnosti podle ŽZ. Jediným rozdílem od živnostníka nebo od společníka veřejné obchodní společnosti nebo komplementáře tedy je, že nemusí splňovat podmínku nedoplatků na dani, na pojistném na sociálním zabezpečení a příspěvku na státní politiku nezaměstnanosti nebo na pojistném na veřejném zdravotním pojištění. Je otázka, zda to měl zákonodárce v úmyslu, nebo zda se pouze jedná o mezeru v zákoně. Domnívám se, že to měl zákonodárce v úmyslu, neboť skutečnost, že osoba nemá nedoplatky na daních apod., svědčí o její solventnosti. To je důležité v případě, že společník ručí celým svým majetkem za závazky společnosti, jako je tomu v případě živnostníka, společníka veřejné obchodní společnosti nebo komplementáře. Naopak u jednatele, který navíc ani být společníkem nemusí, by tato podmínka byla nadbytečná.

Příklad:

Pan Novák si ohlásil živnost realitní činnost. Živnostenský úřad mu živnostenské oprávnění nevydal, neboť pan Novák dluží na dani z příjmu fyzických osob. Pan Novák si proto založil společnost s ručením omezeným, kde se ustanovil do funkce jednatele. Tuto společnost krajský soud do obchodního rejstříku zapíše, bude-li pan Novák jako jednatel, nikoliv jako společník splňovat všechny ostatní podmínky. Tato právnická osoba pak ohlásí živnost a živnostenský úřad jí vydá živnostenský list.

Naopak navíc nesmí být člen představenstva zároveň členem dozorčí rady stejné společnosti a nesmí být zároveň prokuristou stejné společnosti.

Stejná situace je pak u představenstva akciové společnosti, na jejíž úpravu obchodní zákoník v ustanovení o jednatelství společnosti s ručením omezeným odkazuje. Totéž pak platí také pro představenstvo družstva, které je oprávněno za družstvo jednat.

U ostatních právnických osob buď žádné takové zvláštní požadavky nejsou, nebo jsou vymezeny v zákoně, který právnické osoby zřizuje nebo jejich existenci upravuje. U těchto právnických osob pak bude velmi časté provozování živnosti fakultativně prostřednictvím odpovědného zástupce.

Nakonec ještě zmínka o podmínce zákazu konkurence. Ten je obecně stanoven v § 65 obchodního zákoníku s modifikacemi podle jednotlivých obchodních společností. Nejedná se ale o překážku výkonu funkce, pouze v případě, že by tato podmínka byla porušena, odpovídá ten, kdo ji porušil, společnosti za škodu. U některých právnických osob je ale tato podmínka koncipovaná jako překážka výkonu funkce. Jedná se například o představenstva pozemkového fondu nebo o představenstva investičních společností. V takovém případě se jedná přímo o překážku výkonu funkce a taková osoba nemůže funkci vykonávat.

2.2.1 ODPOVĚDNÝ ZÁSTUPCE

I přes novou právní úpravu bude i nadále běžné, že právnické osoby budou i živnosti ohlašovací volně provozovat prostřednictvím odpovědného zástupce. Proto zařazujeme pojednání o tomto institutu živnostenského práva do pojednání o právnických osobách.

2.2.1.1 KDO JE ODPOVĚDNÝ ZÁSTUPCE

Odpovědným zástupcem může být pouze fyzická osoba, kterou podnikatel jako odpovědného zástupce ustanovil. Rozhodně tedy nemůže být odpovědným zástupcem právnická osoba jako v případě společníka obchodní společnosti. Tato osoba odpovídá za řádný provoz živnosti a za dodržování živnostenskoprávních předpisů. Musí být k podnikateli ve smluvním vztahu. Musí se zúčastňovat vlastní fyzické činnosti provozování živnosti v potřebném rozsahu.

Odpovědným zástupcem nemůže být jakákoliv fyzická osoba. Musí splňovat podmínky pro výkon této funkce, o kterých je blíže pojednáno v kapitole 2.2.1.2, které jsou vymezeny pozitivně a negativně.

Co je řádným provozem živnosti, není nikde v ŽZ definováno. Z obecné právní teorie ale lze dovodit, že se musí jednat o takový provoz živnosti, který je v souladu se všemi právními předpisy i vlastními smluvními ujednáními podnikatele a dále je provozován s péčí řádného hospodáře. Ze skutečnosti, že odpovědný zástupce odpovídá za řádný provoz živnosti, nelze dovodit, že by odpovídal za provoz celého podniku. Za provoz odpovídá primárně živnostník a odpovědný zástupce odpovídá pouze za faktické řádné provozování živnosti, tedy za jeho řádný technický provoz.

Odpovědný zástupce také odpovídá za dodržování živnostenskoprávních předpisů. Je otázkou, jaká je povaha jeho odpovědnosti. Zda se jedná pouze o odpovědnost veřejnoprávní, tedy odpovědnost vůči živnostenskému úřadu, nebo také odpovědnost soukromoprávní. Domnívám se, že ŽZ má na mysli pouze odpovědnost veřejnoprávní, neboť odpovědnost soukromoprávní by měla vždy ležet na podnikateli, tedy živnostníkovi samotném tak, aby byla naplněna podmínka provozování živnosti na vlastní účet a na vlastní odpovědnost. Je však samozřejmě možné, a také velice žádoucí, aby ve smlouvě, která bude upravovat smluvní vztah mezi živnostníkem a odpovědným zástupcem, byla zohledněna i odpovědnost soukromoprávní. Stejně tak i odpovědnost veřejnoprávní leží prostřednictvím odpovědného zástupce rovněž na samotném podnikateli. Sám odpovědný zástupce je odpovědný pouze za přestupky a dále podle § 65 odst. 5 ŽZ za nesplnění povinností, které mu ŽZ ukládá. Tedy opět se jedná o přestupek na úseku ŽZ, kdy odpovídá přímo odpovědný zástupce. Tento názor je také vysloven v článku J. Fialy a P. Průchy Odpovědný zástupce v živnostenském podnikání, Ek. 93, 4 : 54 a v dalších.

Je na místě zde zmínit také judikaturu, která se k odpovědnosti za porušování předpisů při provozování živnosti vyjadřuje v tom smyslu, že i když si podnikatel ustanoví

odpovědného zástupce, není sám zproštěn povinnosti při své činnosti v rámci provozování této živnosti dodržovat tyto předpisy (k tomu srovnej SJS 119/1996: „Povinnosti dodržovat podmínky stanovené živnostenským zákonem nebo zvláštními předpisy, jejichž porušení může být stíháno sankcí, není podnikatel zproštěn tím, že si ustanovil odpovědného zástupce“.)

Smluvní vztah bude nejčastěji vztahem pracovněprávním. Není však vyloučeno, aby byl založen smlouvou mandátní podle obchodního zákoníku nebo příkazní podle občanského zákoníku. Také na typu smluvního vztahu bude záležet rozsah soukromoprávní odpovědnosti za porušení povinností nebo právních předpisů. V zákoně č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů (ZP), je odpovědnost zaměstnance upravena v § 250 až 264 ZP. Rozsah je pak stanoven tak, že je-li škoda zaviněna zaměstnancem a je způsobena úmyslně, hradí se skutečná škoda, pokud by se jednalo o škodu z nedbalosti, pak nesmí překročit čtyř a půl násobek průměrného měsíčního výdělku. To se týká obecné škody. Pak jsou ještě zvláštní typy odpovědnosti, jako například odpovědnost za schodek na svěřených hodnotách nebo odpovědnost za ztrátu svěřených předmětů. V takovém případě je rozsah stanoven individuálně. Podle smlouvy mandátní je podle § 570 obchodního zákoníku mandatář odpovědný za škodu na věcech převzatých od mandanta. Jiná odpovědnost zde stanovena není, platí proto obecná odpovědnost podle občanského zákoníku nebo sjednaná odpovědnost. V úpravě příkazní smlouvy podle občanského zákoníku se o odpovědnosti příkazníka nehovoří vůbec. I zde proto bude platit obecná úprava podle občanského zákoníku nebo sjednaná odpovědnost. Vždy je však třeba si uvědomit, že se bude jednat o regresní nárok živnostníka proti odpovědnému zástupci, neboť je soukromoprávně odpovědný za jednání odpovědného zástupce, protože ten jedná jeho jménem a na jeho účet.

Zcela bokem pak stojí odpovědnost trestněprávní, kterou nelze ani vyloučit, ani smluvně převést na jinou osobu. Tato trestněprávní odpovědnost se týká jak odpovědného zástupce, tak živnostníka. Mohlo by dojít i ke spolupachatelství nebo napomáhání k trestnému činu.

Nakonec požadavek zúčastňování se fyzicky provozu plyne z toho, že odpovědný zástupce buď sám fakticky vykonává činnost, která je předmětem živnosti, nebo přiděluje práci jiným osobám, které tuto činnost fakticky vykonávají. Smyslem úpravy odpovědného zástupce je zajištění řádného provozování živnosti, což bez osobní účasti takového odpovědného zástupce není možné. Rozsah osobní účasti pak samozřejmě závisí na posouzení každého jednotlivého případu a zejména posouzení náročnosti živnosti na požadavek řádného provozování.

Zajímavá je také otázka zastupování podnikatele odpovědným zástupcem. Jednání jménem podnikatele řeší § 13 a následující obchodního zákoníku. U fyzické osoby by odpovědný zástupce musel být zástupcem ve smyslu § 13 odst. 1 obchodního zákoníku. Záleželo by na tom, v jakém smluvním vztahu by odpovědný zástupce k podnikateli byl. Jednalo-li by se o smlouvu mandátní nebo příkazní, byl by zplnomocněn již touto smlouvou. Jednalo-li by se o smlouvu pracovní, musel by být podle § 15 obchodního zákoníku pověřen v rámci

provozování podniku k určitým činnostem, a pak by automaticky byl zmocněn ke všem právním úkonům, které s touto činností souvisejí. V případě právnické osoby, kdy je odpovědný zástupce členem statutárního orgánu, vyplývá jednání jménem podnikatele přímo z obchodního zákoníku. Pokud by se jednalo o třetí osobu, platila by stejná situace jako u fyzické osoby. Stejně tak v případě zahraniční právnické osoby, která má na našem území organizační složku a odpovědným zástupcem je vedoucí organizační složky, vyplývá jeho oprávnění jednat jménem podnikatele přímo ze zákona. V případě třetí osoby pak z mandátní nebo příkazní smlouvy nebo z interního pověření jako zaměstnance.

2.2.1.2 PODMÍNKY PRO VÝKON FUNKCE

Podmínky pro výkon funkce odpovědného zástupce jsou vymezeny pozitivně v § 11 odst. 2 ŽZ odkazem na část všeobecných podmínek pro provozování živnosti podle § 6 ŽZ a odkazem na zvláštní podmínky pro provozování živnosti podle § 7 ŽZ.

V dalších odstavcích § 11 ŽZ jsou pak vymezeny některé podmínky výkonu funkce odpovědného zástupce negativně v tom smyslu, že je zde stanoveno, co je překážkou výkonu takové funkce nebo za jakých okolností musí odpovědný zástupce přestat tuto funkci vykonávat.

2.2.1.2.1 POZITIVNÍ VYMEZENÍ PODMÍNEK

Odpovědný zástupce musí splňovat stejné podmínky jako živnostník podle § 6 odst. 1 písm. a) až c) ŽZ. Musí tedy být starší 18 let, musí být způsobilý k právním úkonům a musí být bezúhonný ve smyslu ŽZ. (k tomu plně odkazuji na kapitoly 2.1.1.1.1, kde je řešena otázka věku, 2.1.1.1.2, kde je řešena způsobilost k právním úkonům, a 2.1.1.1.3, kde je pojednáno o bezúhonnosti). Navíc musí vždy splňovat zvláštní podmínky provozování živnosti podle § 7 ŽZ na rozdíl od živnostníka. Je to pochopitelné, protože obligatorně musí být odpovědný zástupce ustanoven v případě, že právě živnostník zvláštní podmínky provozování živnosti nespĺňuje. Vzhledem k tomu, že se odpovědný zástupce má fakticky fyzicky podílet na provozování živnosti, je nemyslitelné, aby tyto zvláštní podmínky pro provozování živnosti spočívající především v kvalifikačních předpokladech nespĺňoval. Pak by zde byl úplně zbytečný a pouze formální figurkou.

Stejně jako u statutárních orgánů kapitálových společností nemusí odpovědný zástupce splňovat podmínku daňových nedoplatků. Vysvětlení je opět prosté. U odpovědného zástupce, který neodpovídá soukromoprávně za plnění závazků živnostníka, není třeba zajistit jeho solventnost.

Dříve bylo v § 11 odst. 3 ŽZ stanoveno, že odpovědný zástupce musí mít bydliště na území České republiky. Dnes tato podmínka stanovena není.

2.2.1.2.2 NEGATIVNÍ VYMEZENÍ PODMÍNEK

V ustanovení § 11 odst. 1 ŽZ je stanoveno, že žádná fyzická osoba nesmí vykonávat funkci odpovědného zástupce pro více než dva podnikatele. Podnikatelem je zde myšlen podnikatel podle živnostenského zákona, nikoliv podle obchodního zákoníku. Podnikatelem tak může být každý subjekt, právnická nebo fyzická osoba, která provozuje živnost, tedy i občanské sdružení, které však není podnikatelem podle obchodního zákoníku. Tento požadavek vyplývá ze skutečnosti, že má-li se odpovědný zástupce účastnit provozu podniku v potřebném rozsahu, je nemyšlitelné, že by byl schopen této podmínce dostát současně u více než dvou podnikatelů. Je také lhotežné, pro jaký druh živnosti u toho kterého podnikatele odpovědného zástupce dělá. Není vyloučeno, aby odpovědný zástupce byl sám podnikatelem podle ŽZ. Je otázkou, zda může být vedle toho, že je ustanoven odpovědným zástupcem u dvou podnikatelů, ještě také sám živnostníkem, a tedy sám pro sebe fakticky vykonávat funkci odpovědného zástupce, i když právně se jím neustanoví. K této otázce odborná literatura i dostupná judikatura mlčí. Z logického výkladu by plynulo, že je-li sám živnostníkem a nemá přitom jiného odpovědného zástupce, může sám již vykonávat funkci odpovědného zástupce pouze pro jednoho dalšího podnikatele, neboť jinak by nemohl být naplněn cíl zajistit potřebnou účast odpovědného zástupce na provozování živnosti. Z jazykového výkladu lze však dovodit, že hovoří-li se o tom, že nikdo nemůže být ustanoven do funkce odpovědného zástupce pro více než dva podnikatele, nelze rozšiřujícím výkladem dovodit, že provozuje-li sám živnost, je automaticky považován za odpovědného zástupce. Zde si musíme pomoci zásadou veřejného práva, že ukládat povinnosti a zákazy lze pouze na základě zákona a je třeba se vždy přiklonit k výkladu restriktivnímu, musíme dojít k závěru, že fyzická osoba sama může provozovat živností kolik chce, ale jako ustanovený odpovědný zástupce podle ŽZ smí tuto funkci vykonávat pouze u dvou podnikatelů.

Příklad:

Pan Novák byl ustanoven jako odpovědný zástupce pro provozování živnosti u pana Josefa Bílého pro ohlašovací živnost hostinská činnost. Dále si jej ustanovila jako odpovědného zástupce jeho matka pro ohlašovací živnost hostinská činnost. Nakonec byl ustanoven jako odpovědný zástupce u společnosti ABC, s. r. o., jejímž je společníkem a jednatelem pro ohlašovací živnost realitní činnost. Protože každá živnost byla ohlašována na jiném živnostenském úřadě, byl vždy jako odpovědný zástupce zapsán, stejně tak jako byl zapsán do obchodního rejstříku. Živnostenský úřad ani obchodní rejstřík není povinen zkoumat, zda odpovědný zástupce splňuje všechny podmínky, neboť tuto skutečnost je povinen ohlásit jak podnikatel, tak sám odpovědný zástupce. V případě, že se na tuto skutečnost přijde, bude správním právem postižen nejen odpovědný zástupce podle § 65 odst. 5 ŽZ, ale podle ustanovení § 65 odst. 1 ŽZ také podnikatel. Je proto i v jeho zájmu, aby si tuto skutečnost ohlídal. V takovém případě by byl potrestán jak odpovědný zástupce, tak pan Josef Bílý, matka pana Nováka i společnost ABC, s. r. o.

Odpovědným zástupcem právnické osoby nemůže být člen dozorčí rady či jiného kontrolního orgánu takové právnické osoby. Fakultativně může zřídit dozorčí radu společnost s ručením omezeným podle § 137 a násl. obchodního zákoníku a obligatorně pak musí dozorčí radu zřídit akciová společnost podle § 197 a násl. obchodního zákoníku. Družstvo pak zřizuje kontrolní komisi podle § 244 obchodního zákoníku s tím, že funkci kontrolní komise může u malého družstva vykonávat členská schůze. Jinými kontrolními orgány má ŽZ na mysli speciální kontrolní orgány, které zřizují některé právnické osoby podle předpisů, kterými se řídí. Jako příklad lze uvést dozorčí radu pozemkového fondu podle § 9 zákona č. 569/1991 Sb., o pozemkovém fondu České republiky, ve znění pozdějších předpisů.

Příklad:

Pan Novák je odpovědným zástupcem společnosti ABC, s. r. o., kde je zároveň jednatelem společnosti. Také je členem kontrolní komise bytového družstva, kde je družstevníkem. V tomto případě je vše v pořádku, neboť není členem kontrolního orgánu v právnické osobě, pro kterou vykonává funkci odpovědného zástupce.

Odpovědným zástupcem nemůže být ten, u koho trvá překážka provozování živnosti podle § 8 ŽZ. K tomu odkazují na kapitulu 2.1.1.4. Je otázka, zda z jazykového výkladu ustanovení § 11 odst. 3 ŽZ vyplývá, že překážka provozování živnosti brání každé fyzické osobě ve výkonu funkce odpovědného zástupce, nebo pouze tomu, kdo chce dělat odpovědného zástupce právnické osoby. Domnívám se, že z logického výkladu, kdy podmínky pro odpovědného zástupce by měly být u všech odpovědných zástupců stejné, lze dovodit, že zákonodárce měl na mysli první variantu, tedy že odpovědným zástupcem jak u fyzické, tak u právnické osoby nemůže být ten, u něhož trvá překážka provozování živnosti. To také vyplývá z pozitivního vymezení podmínek, kdy odpovědný zástupce musí v zásadě splňovat stejné podmínky jako sám podnikatel podle ŽZ.

Odpovědným zástupcem nemůže být ani ten, komu bylo zrušeno živnostenské oprávnění podle § 58 odst. 2 až 4 ŽZ. Zde se říká, že živnostenský úřad musí zrušit živnostenské oprávnění z důvodu, že podnikatel závažným způsobem porušil nebo porušuje podmínky stanovené rozhodnutím o udělení koncese, tímto zákonem nebo zvláštními právními předpisy. Stejně musí postupovat v případě, že zahraniční fyzická osoba, jejíž oprávnění provozovat živnost na území České republiky je vázáno na povolení k pobytu na území České republiky, tuto podmínku přestane splňovat. V dalším odstavci je pak dáno správním uvážením živnostenského úřadu rozhodnout o zrušení živnosti, jestliže podnikatel neplní závazky vůči státu, tedy neplatí sociální pojištění a příspěvek na politiku zaměstnanosti. Zde živnostenský úřad rozhodne na návrh správy sociálního zabezpečení. Živnostenský úřad může také zrušit podnikateli živnostenské oprávnění, jestliže podnikatel neprovozuje živnost po dobu delší než čtyři roky, na tento důvod zrušení živnostenského oprávnění se však vztahuje výslovná výjimka podle § 11 odst. 3 poslední věta ŽZ. Nakonec v odst. 4 je

stanoveno, že neodstraní-li podnikatel závady, pro které byl zastaven provoz zařízení na pokyn inspektora práce do jednoho roku od stanovené lhůty nebo od rozhodnutí, kterým mu bylo uloženo tyto závady odstranit, může živnostenský úřad zrušit živnostenské oprávnění.

Tato překážka trvá po dobu jednoho roku od právní moci rozhodnutí o zrušení živnostenského oprávnění.

Odpovědného zástupce nemůže taková osoba vykonávat ve stejném nebo příbuzném oboru, pro který jí bylo živnostenské oprávnění zrušeno. Otázka příbuznosti oborů bude muset být posuzována v každém jednotlivém případě zvlášť, neboť se jedná o obsahově neurčitý pojem, která dává prostor správnímu orgánu pro správní uvážení.

Příklad:

Pan Novák provozoval živnost hostinská činnost. Tato živnost mu byla zrušena, neboť jeho provozovna nespĺňovala požadavky podle hygienických předpisů a pan Novák tyto nedostatky ve lhůtě jednoho roku neodstraní. Živnostenský úřad rozhodl o zrušení živnosti, a toto rozhodnutí zaslal panu Novákovi dne 1. 1. 2006 do vlastních rukou. Ten si rozhodnutí vyzvedl dne 8. 1. 2006 a dne 16. 1. 2006 podal proti tomuto rozhodnutí odvolání. Dne 1. 1. 2006 byl ustanoven jako odpovědný zástupce pana Dvořáka pro živnost hostinská činnost. Živnostenský úřad jej odmítl jako odpovědného zástupce zapsat s odůvodněním § 11 odst. 3 ŽZ. Zde živnostenský úřad nepostupoval správně, neboť rozhodnutí o zrušení živnostenského oprávnění pana Nováka nenabývalo dosud právní moci, a proto u něj nelze tuto skutečnost považovat za překážku ve výkonu funkce odpovědného zástupce. Až bude ve věci pravomocně rozhodnuto, bude připadat v úvahu postup podle § 11 odst. 8 ŽZ se všemi jeho dopady do odpovědnosti odpovědného zástupce i podnikatele podle ŽZ.

2.2.1.3 OBLIGATORNÍ USTANOVENÍ

Podnikatel podle ŽZ, je-li fyzickou osobou, musí odpovědného zástupce ustanovit, nespĺňuje-li sám zvláštní podmínky provozování živnosti podle § 7 ŽZ (k tomu srovnej kapitolu 2.1.1.2). Jediná výjimka je stanovena pro ohlašovací živnost provozovanou průmyslovým způsobem (k tomu srovnej kapitolu 2.1.1.3).

Tato úprava vyplývá z požadavku, aby fakticky za činnost, která je obsahem provozované živnosti, odpovídala osoba, která bude spĺňovat nejen obecné, ale i zvláštní podmínky provozování živnosti. Provozování živnosti se stejně jako podnikání samotné netýká jen vlastní činnosti, která je předmětem živnostenského oprávnění, ať již výrobní povahy, nebo poskytování služeb. Je také třeba zajistit zákazníky, smluvní partnery, prostory, organizaci a mnoho dalších věcí. Z tohoto důvodu je třeba oddělit podnikatele, který odpovídá za celou podnikatelskou činnost včetně všech závazků a podnikatelských rizik, od osoby, která je schopná zajistit vlastní provoz živnosti.

Příklad:

Pan Novák získal v restituci zpět tiskárnu po svém dědečkovi. Není však vyučen v oboru ani nemá v tomto oboru žádnou praxi. Rád by ale v podnikání v tomto oboru pokračoval, neboť má provozovnu i potřebné výrobní stroje. Navíc dlouhodobě pracoval v reklamě a chtěl by proto svoji profesi s podnikáním skloubit. Ohlásil si proto řemeslnou živnost polygrafické práce a ustanovil si odpovědného zástupce, který je v oboru vyučen a má požadovanou tříletou praxi v oboru.

Podnikatel podle ŽZ, který je právnickou osobou, musí ustanovit odpovědného zástupce vždy, když je pro danou živnost nutné splnění zvláštních podmínek provozování živnosti podle § 7 ŽZ. Výjimka je opět stanovena pro ohlašovací živnost provozovanou průmyslovým způsobem. Zvláštní způsobilost je vyžadována u ohlašovací živnosti řemeslné, vázané a koncesované.

V § 11 odst. 4 písm. b) ŽZ je také specifikováno, odkud má právnická osoba odpovědného zástupce primárně vybírat. Je zde úprava rozdělena na českou a zahraniční právnickou osobu. Česká právnická osoba má stanovit za odpovědného zástupce osobu, která je jejím statutárním orgánem nebo členem. Musí však splňovat podmínky podle ŽZ, a to zejména zvláštní podmínky provozování živnosti. Není to však pravidlem, může ustanovit i třetí osobu. Zahraniční právnická osoba by pak měla ustanovit do funkce odpovědného zástupce vedoucího organizační složky Podniku, který je umístěn na našem území. Opět musí splňovat předpoklady podle ŽZ. I zde platí, že nelze-li odpovědného zástupce z těchto osob ustanovit, může být ustanovena třetí osoba.

Vzhledem k tomu, že důvody, pro které nemůže taková osoba funkci odpovědného zástupce vykonávat přesto, že splňuje podmínky podle ŽZ, nejsou nikde definovány, lze mít za to, že důvody mohou být jakékoliv, od objektivních až po čistě subjektivní.

Z hlediska zahraniční právnické osoby je výše uvedená výjimka jedinou, kterou v případě odpovědného zástupce ŽZ stanoví.

Příklad:

Pan Novák je jednatelem společnosti ABC, s. r. o. Společnost provozuje živnost ohlašovací řemeslnou stavební práce. Jako odpovědného zástupce by společnost měla ustanovit pana Nováka, protože splňuje všechny podmínky podle ŽZ. Pan Novák je však jako jednatel často mimo sídlo společnosti na zahraničních pracovních cestách. Nemohl by se proto provozu účastnit v potřebném rozsahu a je zde dán důvod pro to, aby jako odpovědný zástupce byla ustanovena jiná třetí osoba.

2.2.1.4 FAKULTATIVNÍ USTANOVENÍ

Podle § 11 odst. 9 ŽZ může podnikatel bez ohledu na to, zda je právnickou nebo fyzickou osobou, ustanovit odpovědného zástupce. Může ustanovit také odpovědného zástupce pro každou živnost, kterou provozuje, nebo jen pro některou. O takto ustanoveném odpovědnému zástupci platí vše, co bylo řečeno výše, ovšem s jednou výjimkou.

Podnikatel není povinen, přestane-li odpovědný zástupce splňovat podmínky, ustanovit nového odpovědného zástupce. Musí však tuto skutečnost oznámit příslušnému živnostenskému úřadu, jak bude uvedeno dále.

2.2.1.5 PROCESNÍ PODMÍNKY PRO USTANOVENÍ ODPOVĚDNÉHO ZÁSTUPCE A UKONČENÍ JEHO ČINNOSTI

U **oblašovací živnosti** je situace jednodušší z pohledu povinností podnikatele k živnostenskému úřadu než u živností koncesovaných. V takovém případě totiž může odpovědný zástupce vykonávat tuto svoji funkci ode dne ustanovení bez ohledu na skutečnost, zda podnikatel již splnil svoji oznamovací povinnost k živnostenskému úřadu.

Podnikatel je povinen jak ustanovení odpovědného zástupce, tak i ukončení výkonu jeho funkce oznámit příslušnému živnostenskému úřadu do 15 dnů ode dne, kdy jej ustanovil nebo kdy přestal vykonávat svoji funkci. V případě oznamování ustanovení odpovědného zástupce živnostenskému úřadu má takovou povinnost pouze sám podnikatel, a to i v případě, že není nutné z ŽZ odpovědného zástupce ustanovit. Na formu právního úkonu oznámení nejsou kladeny žádné požadavky. V případě ukončení funkce je tato povinnost zákonem uložena subsidiárně také samotnému odpovědnému zástupci pro případ, že by podnikatel zůstal nečinný a svoji oznamovací povinnost nesplnil. Pro splnění povinnosti odpovědného zástupce není v ŽZ dána žádná lhůta, musí však současně s tímto oznámením doložit, že o ukončení výkonu své funkce informoval předem písemně podnikatele. Je otázka, zda v případě, že je odpovědný zástupce u podnikatele v pracovním vztahu, je výpověď dostatečnou informací o ukončení výkonu funkce. Domnívám se, že ano a že v této výpovědi nemusí být nadále napsáno, že tímto končí funkce odpovědného zástupce. Pro právní jistotu lze však doporučit i takovou formulaci do výpovědi zahrnout. Naopak dal-li výpověď podnikatel odpovědnému zástupci, a ten tak přestane splňovat podmínku, že musí být k podnikateli ve smluvním vztahu, musí jej odpovědný zástupce upozornit na zánik funkce odpovědného zástupce zvlášť písemně. V případě mandátní nebo příkazní smlouvy je řešení této otázky v podstatě stejné. V případě ukončení mandátní nebo příkazní smlouvy právním úkonem odpovědného zástupce, který je písemný, není třeba dalšího přípisu. Ve všech ostatních případech takový přípis být zaslán musí, aby byla splněna podmínka podle § 11 odst. 5 ŽZ.

K písemné podobě právního úkonu platí podle § 40 odst. 4 občanského zákoníku, že je zachována, je-li právní úkon učiněn telegraficky, dálnopisem nebo elektronickými prostředky, jež umožňují zachycení obsahu právního úkonu a určení osoby, která právní

úkon učinila. Datová zpráva proto nemusí být podepsána elektronickým podpisem, ale vždy je třeba, aby bylo možné identifikovat osobu, která písemný úkon činí, například i z obsahu tohoto právního úkonu.

Má-li odpovědný zástupce informovat podnikatele písemně předem, znamená to, že z hlediska časového musí právní úkon informování podnikatele předcházet právnímu úkonu oznámení živnostenskému úřadu. V žádném případě však nelze dovodit, že by to muselo být den předem apod.

Tato povinnost informovat podnikatele o zániku funkce odpovědného zástupce má podnikateli zaručit, že bude moci včas splnit svoji povinnosti podle § 11 odst. 8 ŽZ ustanovit odpovědného zástupce nového, a tím zaručit, aby nebyla žádná živnost provozována bez odpovědného zástupce tam, kde je jeho ustanovení obligatorní.

Z tohoto pohledu je také důležitý den zániku funkce odpovědného zástupce a jeho jasné určení. Den zániku v případě pracovního poměru je dán dnem, kdy pracovní poměr skončí, nebo dnem, ke kterému odpovědný zástupce ze své funkce odstoupil nebo byl odvolán. Tento den tak může být mezi podnikatelem a odpovědným zástupcem dohodnut nebo také jednostranně určen. Stejně tak je to v případě jiného smluvního vztahu. Může se však stát, že den nebyl určen, nebo jej nelze pro neurčité projevy vůle smluvních stran určit, nebo jej odpovědný zástupce ve svém oznámení zkrátka neuvedl. ŽZ na takovou situaci pamatuje a stanoví nevyvratitelnou domněnku, že v takovém případě končí výkon funkce odpovědného zástupce třicátým dnem po doručení oznámení o skončení výkonu funkce odpovědným zástupcem živnostenskému úřadu. Uvedl-li by odpovědný zástupce datum ještě pozdější, platí toto datum pozdější, neboť ukončení funkce odpovědného zástupce je věcí smluvní volnosti stran. Tato lhůta naopak může být zkrácena tím, že podnikatel ustanoví odpovědného zástupce nového, a tím funkce předchozího automaticky končí.

Příklad:

Pan Novák se nepohodl se svým zaměstnavatelem a dal dne 1. 3. 2007 výpověď z pracovního poměru. Výpovědní lhůta činí 2 měsíce. V této výpovědi současně svému zaměstnavateli sdělil, že také přestává vykonávat funkci odpovědného zástupce, aniž by nějak specifikoval, ke kterému datu. Toto také ihned sdělil ještě téhož dne živnostenskému úřadu, který jeho doporučené psaní převzal dne 5. 3. 2007. Jeho funkce odpovědného zástupce tak skončí dnem 4. 4. 2007, ale jeho pracovní poměr skončí až k 1. 6. 2007.

Funkce odpovědného zástupce může zaniknout také nezávisle na vůli odpovědného zástupce nebo podnikatele tím, že odpovědný zástupce přestane splňovat podmínky. Zde pak musí tuto skutečnost oznámit živnostenskému úřadu buď podnikatel, nebo odpovědný zástupce, je-li to možné. Nedostatkem současné právní úpravy je, že není v případě oznamovací povinnosti při ukončení výkonu funkce rozlišeno, z jakých důvodů byl výkon

funkce ukončen. Tato skutečnost také není zohledněna při živnostenské kontrole a ukládání pokut za porušování povinností podle ŽZ.

Příklad:

Pan Novák je ustanoven jako odpovědný zástupce společnosti ABC, s. r. o. Měl vážnou dopravní nehodu a z pracovního procesu bude vyřazen nejméně na jeden rok, možná půjde do invalidního důchodu. Přestal tak splňovat podmínku, že se musí účastnit provozu živnosti v potřebném rozsahu. Společnost ABC tak musí tuto skutečnost oznámit živnostenskému úřadu a také musí do 15 dnů ode dne, kdy přestal pan Novák tuto podmínku splňovat, ustanovit zástupce nového. Pan Novák nepřestane podmínku splňovat tím, že se mu stala dopravní nehoda, ale až ve chvíli, kdy se přestane účastnit provozování živnosti v potřebném rozsahu. Tato skutečnost bude záležet na druhu provozované živnosti a také na nutném faktickém rozsahu osobní účasti pana Nováka na provozování živnosti. Tuto skutečnost musí posoudit živnostenský úřad zejména při rozhodnutí o udělení pokuty nebo zrušení nebo pozastavení živnosti.

U **koncesované živnosti** je situace složitější v tom, že ustanovení musí podnikatel předložit živnostenskému úřadu ke schválení a odpovědný zástupce může svoji funkci vykonávat až od chvíle, kdy rozhodnutí živnostenského úřadu o schválení jeho ustanovení nabude právní moci. Rozhodnutí se vydává ve správním řízení podle správního řádu.

Opět platí, že ukončení výkonu funkce musí podnikatel nahlásit živnostenskému úřadu do 15 dnů. Z pohledu odpovědného zástupce je jeho role stejná jako u ohlašovací živnosti. Rozdíl je pouze v tom, že třicetidenní lhůta může být zkrácena nikoliv ustanovením nového odpovědného zástupce, ale okamžikem, kdy nabude právní moci rozhodnutí živnostenského úřadu o schválení ustanovení jiného odpovědného zástupce.

Nakonec je v § 11 odst. 8 ŽZ stanoveno, že skončí-li výkon funkce ustanoveného odpovědného zástupce, musí podnikatel ustanovit do 15 dnů nového odpovědného zástupce. Jsou stanoveny dvě výjimky. Jednak v případě, že živnostenské oprávnění bylo pozastaveno, nebo bylo dočasně přerušeno z vůle podnikatele podle § 31 odst. 12 ŽZ. V takovém případě musí podnikatel tuto skutečnost živnostenskému úřadu oznámit. Na formu oznámení opět není kladen žádný požadavek.

2.3 CO JE PODSTATNÉ

- **Každý, kdo splní podmínky** podle ŽZ bez ohledu na to, zda se jedná o právnickou nebo fyzickou osobu, zahraniční nebo tuzemskou osobu, **má právo podnikat podle ŽZ** na základě živnostenského oprávnění, tedy živnostenského listu nebo koncesní listiny,
- **obecné podmínky provozování živnosti:** věk nad 18 let, plná způsobilost k právním úkonům, bezúhonnost, nesmí mít nedoplatky na povinných platbách,
- **výjimka** je pouze u neletilého nebo nesvéprávného, schválí-li to soud a zákonný zástupce ustanoví odpovědného zástupce,
- **zvláštní podmínky provozování živnosti:** odborná nebo jiná způsobilost,
- **za živnost provozovanou průmyslovým způsobem** se považuje činnost zahrnující v rámci jednoho pracovního procesu více dílčích činností, které samy o sobě naplňují znaky živnosti, a zároveň využívající organizačního oddělení výkonu dílčích prací, postupů nebo úkonů, zejména od řídicích a obchodních prací, a členění těchto prací, postupů nebo úkonů podle jednotlivých profesí - u ohlašovací živnosti není nutné ustanovit odpovědného zástupce,
- **překážkou provozování živnosti** jsou určitá rozhodnutí z oblasti konkurzního řízení a trest zákazu činnosti, uložený ať již v trestním, nebo správním řízení,
- **zahraniční fyzická osoba** může podnikat za stejných podmínek jako tuzemská fyzická osoba, pokud není v ŽZ uvedeno jinak - musí doložit přeložené a ověřené doklady, zejména o bezúhonnosti a odborné způsobilosti,
- **právnícké osoby** nemusí podnikat pouze prostřednictvím odpovědného zástupce,
- **právnícké osoby** jsou povinny ustanovit **odpovědného zástupce** v případě, že je ŽZ nebo jiným zákonem vyžadována zvláštní podmínka k provozování živnosti,
- **odpovědný zástupce** musí splňovat stejné podmínky jako podnikatel podle ŽZ, pouze může mít nedoplatky na povinných platbách, musí splňovat vždy zvláštní podmínky k provozování živnosti,
- žádná fyzická osoba nesmí vykonávat funkci odpovědného zástupce pro více než dva podnikatele,
- odpovědným zástupcem právnické osoby nemůže být člen dozorčí rady či jiného kontrolního orgánu takové právnické osoby,
- odpovědným zástupcem nemůže být ten, u koho trvá překážka provozování živnosti z důvodu určitého rozhodnutí v konkurzním řízení nebo z důvodu uloženého trestu zákazu činnosti,
- odpovědným zástupcem nemůže být ten, komu bylo zrušeno živnostenské oprávnění z určitých rozhodnutí živnostenského úřadu.