

Tento článek byl poprvé publikován v časopise Časopis pro právní vědu a praxi 2/2011

Několik poznámek k pracovněprávní dimenzi záskoků za prodavače z hlediska výkonu nezávislé práce

Martin Štefko¹

1. Úvod

Cílem toho stručného pojednání je dílčí analýza rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 30. prosince 2010, č.j. 4 Ads 44/2010 – 132, rozsudku, který otřásl dosavadní kontrolní praxí úřadů práce. Nebudeme se zde zabývat posouzením závěrů Nejvyššího správního soudu. Ty se již staly předmětem polemiky v článku J. Stádníka „Nejvyšší správní soud a nedostatečně prokázané umožnění výkonu nelegální práce“ publikovaný in *Práce a mzda*, 5/2011. My se spíše zaměříme na pojednání o založení, resp. nezaložení pracovněprávního vztahu (vykonávání či nevykonávání závislé práce).

Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 30. prosince 2010, č.j. 4 Ads 44/2010 – 132 (dále jen „předmětný rozsudek“) konstatoval: „..., *nebylo zatím dostatečně prokázáno, že aktivita paní T. pro stěžovatele pojmově vůbec naplňovala požadavky zákona o zaměstnanosti (...), tedy že (...) paní T. jako cizinec vykonávala práci pro stěžovatele nikoliv na základě pracovněprávního vztahu nebo jiné smlouvy a bez vydaného povolení k zaměstnání (...).*“ Nejvyšší správní soud dále odkázal na ust. § 2 odst. 4 zákoníku práce s tím, že nic nebrání jeho přiměřenému použití v předmětné věci. K pochopení našeho postupu je nutno doplnit, že pokud by se paní T. stala zaměstnankyní žalobce,² pak by se žalobce nepochybně dopustil (tehdy i dnes) správního deliktu spočívajícího v umožnění výkonu nelegální práce. Paní T. byla totiž cizincem z nečlenského státu EU, resp. nesmluvního státu EHS a k jejímu zaměstnání žalobce potřeboval získat předchozí povolení k zaměstnání.

Otázku podmínek vzniku pracovněprávního vztahu sice pojíme (spíše pro názornost) s konkrétními skutkovými okolnostmi v předmětném rozsudku, závěry zde zaujímané však stavíme především na právní úpravě platné ke dni 31. května 2011.

2. Skutkové okolnosti případu

Dle záznamu o kontrole ze dne 1. 9. 2006 byla kontrola provedena téhož dne v době od 10:30 do 10:47 hod. v prodejně textilu zaměstnavatele (stěžovatel a následně žalobce). V prodejně byla

¹ Autor působí na Ústavu státu a práva AV ČR, v. v. i. a dále též na Právnické fakultě UK v Praze.

² Dle právní úpravy platné do 31.12.2006 (přesněji do 13.4.2008),² mohl vzniknout v případě, kdy zaměstnanci nebylo uděleno předchozí povolení, pouze tzv. faktický pracovněprávní vztah. Po nálezů Ústavního soudu publikovaného pod č. 116/2008 Sb. může dojít i u takového zaměstnance ke vzniku pracovněprávního vztahu (tj. řádného nikoliv pouze faktického). K tomu srov. Výkon závislé práce nelegálními migranty a s tím spojené právní důsledky in *Časopis pro právní vědu a praxi* č. 2/2010, str. 122-128. K některým specifikům faktického pracovního poměru srov. NS 21 Cdo 1985/2007.

fyzicky přítomna jediná osoba ukrajinské národnosti, a to paní T., jež dle zjištěných poznatků, které byly dovozeny z jejího hovoru se zákazníky, nabízela k prodeji zboží. V této skutečnosti bylo následně shledáno naplnění skutkové podstaty správního deliktu spočívajícího v umožnění výkonu nelegální práce. Paní T. záznam o kontrole podepsala, přičemž k dotazu, na základě jakého vztahu práci vykonává, sdělila: „*V době kontroly jsem na žádost majitele pohlídala otevřený obchod v době jeho nepřítomnosti. Majitel musel odjet s dítětem k lékaři do Sokolova.*“ Součástí protokolu bylo též vyjádření společníka stěžovatele (stěžovatel byl právníkou osobou) k jeho obsahu, podle něhož společník stěžovatele nemohl být v době kontroly přítomen v prodejně pro onemocnění dítěte, se kterým musel odjet k lékaři do Sokolova z důvodu podezření na alergickou reakci na antibiotika. Proto požádal svoji známou, která je v České republice na jeho pozvání, aby pohlídala prodejnu a upozornila zákazníky, že prodej bude probíhat odpoledne, kdy již bude zpět v prodejně. Následně byly v rámci probíhajícího správního řízení provedeny výslechy paní T. a společníka stěžovatele. Společník stěžovatele zopakoval, že paní T. měla pouze oznámit několika zákazníkům, s nimiž bylo domluveno převzetí zboží, že z důvodu nemoci dítěte manželů bude potřeba, aby přišli až odpoledne, protože v prodejně není nikdo, kdo by jim mohl zboží vydat, a společník stěžovatele musí s manželkou (jednatelka stěžovatele) a dítětem k lékaři. Paní T. oproti tomu uvedla, že společníka stěžovatele náhodou potkala v obchodním centru a ten ji požádal, aby „poseděla“ v jejich obchodě, neboť si tam má přijít zákaznice pro sukni, přičemž společník stěžovatele jede s dítětem k lékaři. Společník stěžovatele nechtěl, aby prodávala, pouze měla vydat jednu sukni, což navíc mezitím zařídil společník stěžovatele, protože se v mezidobí do prodejny vrátil.

Nejvyšší správní soud označil v předmětném rozsudku shromážděné důkazní prostředky (záznam o kontrole, protokol o výsledku kontroly, zdravotní záznamy ze dne 1. 9. 2006 a ze dne 28. 8. 2006, protokol o ústním jednání a protokol o výslechu svědka) za zcela nedostačující co do své konkrétnosti, jednoznačnosti a průkaznosti. Na základě těchto důkazních prostředků totiž nebylo možno, dle jeho názoru, učinit závěr, že paní L. T. v prodejně textilu stěžovatele v době kontroly celního úřadu skutečně vystupovala jako prodavačka, popř. zástup prodavačky. Nejvyšší soud postrádal především jakékoliv bližší údaje, dokládající situaci v prodejně a jednání paní T., například svědecké výpovědi zákazníků, kteří byli paní T. obsluhováni, popř. alespoň výše uvedené zákaznice, která si měla v inkriminované době v obchodě vyzvednout sukni. Při absenci svědeckých výpovědí měl kontrolní orgán, jak dále vytknul Nejvyšší správní soud, v záznamu o kontrole přinejmenším blíže zdokumentovat například, jaká byla situace v prodejně, zda do ní vstupovali zákazníci, v jakém počtu, jak se paní T. chovala před zahájením kontroly (na základě předchozího nahlédnutí do prodejny) či jak reagovala na příchod kontrolorů celního úřadu.

3. Výkon závislé práce

Jak již bylo výše zmíněno, rozhodující otázkou pro nás v posuzovaném případě je, zda došlo mezi paní T. a žalobcem ke vzniku pracovněprávního vztahu. V době kontroly se mohlo jednat pouze o vznik tzv. faktického pracovněprávního vztahu; za současného právního stavu pak již o (řádný) pracovněprávní vztah. Ten mohl být založen pracovní smlouvou, dohodou o pracovní činnosti nebo

dohodou o provedení práce.³ Zákoník práce namísto pojmového vymezení těchto smluv obsahuje vymezení výkonu závislé práce. Při naplnění kritérií výkonu závislé práce je volba konkrétního smluvního typu na vůli stran.⁴ Definice v zákoníku práce uvádí celkem devět definičních znaků závislé práce: nadřízenost zaměstnavatele a podřízenost zaměstnance (1); osobní výkon práce zaměstnance pro zaměstnavatele (2); práce konaná podle pokynů zaměstnavatele (3); práce uskutečňovaná jménem zaměstnavatele (4); práce konaná za mzdu, plat nebo odměnu za práci (5); výkon práce v pracovní době nebo jinak stanovené nebo dohodnuté době (6); práce na pracovišti zaměstnavatele, popřípadě na jiném dohodnutém místě (7); výkon práce na náklady zaměstnavatele (8) a na odpovědnost zaměstnavatele (9).

Z dikce tohoto legislativního pokusu o uchopení pojmu závislá práce⁵ lze dovodit, že předmětem pracovní smlouvy, dohody o pracovní činnosti i dohody o provedení práce je nájem lidské práce. Zaměstnanec dává zaměstnavateli k dispozici svou pracovní sílu. Zvážíme-li dikci ust. § 2 odst. 4 zákoníku práce, pak hlavním kritériem identifikace výkonu závislé práce je nadřízenost zaměstnavatele zaměstnanci, tedy to, co prvorepubliková literatura charakterizovala jako „odevzdání se v poměr osobní odvislosti k pánu práce“.⁶ Paní T. hlídající prodejnu v době nepřítomnosti majitele, nesporně naplnila několik znaků výkonu závislé práce: práci konala osobně (2. znak); podle pokynů zaměstnavatele (3. znak); práci uskutečňovala jménem zaměstnavatele (4. znak); výkon práce proběhl v pracovní době (6. znak); práce byla odvedena na pracovišti zaměstnavatele (7. znak) a na odpovědnost zaměstnavatele (9. znak).⁷ Pochyby naopak existují ohledně naplnění 1., 5. a 8. znaku.

3.1. Nadřízenost zaměstnavatele

Pokud se jedná o splnění 1. znaku – nadřízenosti zaměstnavatele, je nutno nejprve provést dílčí exkurz. Již prvorepublikový Nejvyšší soud poukázal na skutečnost, že každá smlouva zakládá v určitém smyslu vázanost jedné smluvní strany vůli strany druhé. Takovou smluvní vázanost nelze považovat za charakterizující poměr pracovní. Má-li být dána závislost (nesamostatnost) zaměstnance, musí zde být *zvláštní podřízenost a vázanost rozkazy firmy*.⁸ Závislost zaměstnance je o to intenzivnější, pokud jeho jednotlivé pracovní úkony nejsou předem přesně určeny.⁹ Je-li tato zvláštní mocenská podřízenost zaměstnance dána, dochází současně nutně k potlačení významu autonomie vůle zaměstnance pro konstituování pracovních podmínek ustaveného pracovního poměru a tedy posílení hospodářské odvislosti od vůle zaměstnavatele.¹⁰ Pro analýzu naplnění

³ Od možnosti jmenovat zaměstnance vzhledem ke skutkovým okolnostem případu odhlížíme.

⁴ Ust. § 74 odst. 1 zákoníku práce je dle většinového názoru doktríny a bohužel i kontrolní praxe přiznáván pouze proklamativní (nikoliv regulatorní) význam.

⁵ Jak správně poukázala expertní komise zabývající se koncepční novelizací zákoníku práce v roce 2008, mělo být vymezení tohoto pojmu spíše přenecháno judikatuře a odborné literatuře. Různorodost zaměstnání je totiž obrovská a stěží lze nalézt dostatečně určitá kritéria aplikovatelná na všechna.

⁶ Srov. Levý, P.: Mlčky učiněná úmluva o náhradě za práci přes čas, Pracovní právo 1931, č. 4, str. 35.

⁷ Výsledek práce šel na vrub zaměstnavatele.

⁸ Srov. Langer, L.: je obchodní zástupce zaměstnancem nebo podnikatelem ?, str. 157.

⁹ Slovník veřejného práva československého, str. 424.

¹⁰ Srov. Langer, L.: je obchodní zástupce zaměstnancem nebo podnikatelem ?, str. 157; a Levý, P.: Mlčky učiněná úmluva o náhradě za práci přes čas, Pracovní právo 1931, č. 4, str. 35.

tohoto znaku neposkytuje zjištěný skutkový stav dostatek podkladů. Jedná se v podstatě o otázku, zda paní T. byla začleněna do organizace práce u zaměstnavatele. Jednalo se o první výkon práce u žalobce či o její opakovaný výkon, jak dlouho u žalobce pracovala atd.? Odpověď též souvisí s motivací paní T. (tj. 5. znak, viz dále) a s úhradou nákladů spojených s výkonem její práce (např. byly žalobcem paní T. poskytnuty ochranné pomůcky, vařila si paní T. na pracovišti jídlo či čaj atd.).

3.2. Hospodářská odvislost od zaměstnavatele

Úplatnost je podstatným znakem definice závislé práce a byla též podstatným znakem služební smlouvy. Závislost zaměstnance na zaměstnavateli je totiž dána též tím, že zaměstnanec je existenčně odkázán na to, aby do pracovního poměru vstoupil.¹¹ Pojem služební smlouvy však nevyžadoval, aby byla zaměstnavatelem poskytována mzda.¹² Stejně tak v případě pracovní smlouvy, dohody o provedení práce či dohody o pracovní činnosti nemusí být výše odměny za výkon práce ujednána. Podstatná byla a je vůle smluvních stran. Prvorepubliková judikatura Nejvyššího soudu dovodila existenci služební smlouvy např. z projevu vůle tchýně, která nežádala po zeti práci bez odměny, ale přislíbila jemu i jeho manželce postoupení usedlosti; z předpokladu smluvních stran (neteře a strýce), že poskytování služeb se neděje bezplatně;¹³ či ze skutečnosti, že pokojská měla za obstarávání úklidu kuchyň k volnému užívání a že podléhala povinnému pojištění.¹⁴

Za služební (pracovní) smlouvu se považovaly či byly zákonem prohlášeny však též smlouvy, které nezakládaly zaměstnanci právo na peněžitou odměnu vůbec či pouze v omezeném rozsahu. Příkladem je smlouva učební, volontérská či praktikantská.¹⁵ V případě smlouvy volontérské konal volontér (u divadla elév) práce zásadně bezplatně a jako protihodnota mu byla poskytována možnost nahlédnout do provozu podniku. Učební smlouva mohla být zase uzavřena za poníženou mzdu, zaměstnavatel pak převzal závazek poskytnout zaměstnanci praktickou příležitost k vyučení. Učební smlouva mohla být též sjednána bez nároku na mzdu, či dokonce s povinností platit zaměstnavateli výuční honorář. Přesto se jednalo o smlouvu pracovní ve smyslu ust. § 73 živnostenského řádu.¹⁶

Ze zjištěných skutkových okolností nevyplývá jednoznačná odpověď ani na tuto otázku. Je zde sice předpoklad intenzivní závislosti paní T. na žalobci (paní T. byla v České republice na pozvání žalobce), bez dalšího však nelze z této skutečnosti dovodit příslib peněžní či jiné odměny za vykonání práce pro paní T.

¹¹ Srov. Slovník veřejného práva československého, str. 423.

¹² Pleskot, J.: Přehled judikatury sociálně pojišťovací (zák č. 221/24 ve zn. nov. č. 184/28), str. 62.

¹³ Hlaváček, J.: Přehled judikatury pracovního práva za rok 1930, str. 57 a další tam uvedené odkazy.

¹⁴ Srov. Pleskot, J.: Přehled judikatury sociálně pojišťovací (zák č. 221/24 ve zn. nov. č. 184/28), str. 60.

¹⁵ Srov. Ballenberger, K.: pojem smlouvy učební, volontérské a praktikantské, str. 19 a násl.

¹⁶ Učni byli výslovně zařazeni mezi pomocné živnostenské pracovníky dle ust. § 1 odst. 7 zákona o úrazovém pojištění dělnickém. Srov. Ballenberger, K.: pojem smlouvy učební, volontérské a praktikantské, str. 6.

Závěr

Přestože ve zkoumaném případě došlo k pochybení především při zjišťování skutkového stavu, nelze objektivně vidět vinu pouze na straně moci výkonné. Nevhodnost formulace zákazu nelegální práce v zákoně o zaměstnanosti je odborné veřejnosti známa již velmi dlouho. Právě nekvalitní a špatně formulovaná právní úprava klade zvýšené nároky na státní správu, která je bez tak přetěžována neustálým zvyšováním administrativní zátěže v souvislosti s jinými procesy. Nejvyšší správní soud sice v rozsudku ze dne 30. prosince 2010, č.j. 4 Ads 44/2010 – 132 správně poukázal na nedostatečně zjištěný skutkový stav, nicméně spokojil se s povrchním odkazem na vymezení závislé práce v zákoníku práce. Správnímu orgánu bylo v předmětném rozsudku příkladmo vylíčeno, které skutečnosti by býval měl zjistit před provedením a v průběhu provádění kontroly, přičemž Nejvyšší správní soud pominul některé závažné aplikační problémy, které mají dopad pro řešení tohoto i dalších případů v budoucnu. Za všechny zmiňme: Jedná se o výkon závislé práce pouze v případě, že je naplněno všech devět definičních znaků nebo půjde o výkon závislé práce, i když nebude naplněn některý z definičních znaků výslovně zmíněných v zákoně?

Dle názoru autora je nutno se zřetelem k předchozí judikatuře¹⁷ hledat především závislost zaměstnance na zaměstnavateli, která může vyplývat i z naplnění pouze některých „definičních“ znaků. Klíčové jsou v tomto ohledu nařizovací právo zaměstnavatele a sociální a hospodářská závislost zaměstnance na zaměstnavateli.

Stěží můžeme při současných počtech kontrolních pracovníků a jejich vybavení očekávat výrazné zlepšení stavu dodržování právních předpisů v oblasti zaměstnanosti. Doufejme, že řešený případ pohne zákonodárcem k urychlenému lepšímu nastavení právního rámce pro pobyt cizinců na základě turistického víza (např. zakotvením předchozí oznamovací povinnosti před započítáním výkonu jakékoliv práce), jinak hrozí, že je budeme stále častěji potkávat při dobrovolné a neplacené výpomoci v obchodech, na staveništích a v jiných provozech (to vše při jedné z nejvyšších úrovní nezaměstnanosti v dějinách samostatné České republiky po roce 1989).

¹⁷ Srov. např. rozsudek Krajského soudu v Ústí nad Labem ze dne 14. 5. 2007, sp. zn. 15 Ca 123/2005 a Rozsudek NS SSR ze dne 14. 10. 1970, sp. zn. 6 Cz 90/70.