

Univerzita Palackého v Olomouci
Právnická fakulta

Zdeněk Kuráň

Švarc-systém

Diplomová práce

Olomouc 2012

Já, níže podepsaný Zdeněk Kuráň, autor diplomové práce na téma „Švarc-systém“, která je literárním dílem ve smyslu zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů, dávám tímto jako subjekt údajů svůj souhlas ve smyslu zákona č. 101/2000 Sb., o ochraně osobních údajů a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů, správci

Univerzita Palackého v Olomouci, Křížkovského 8, Olomouc 771 47, Česká republika

ke zpracování osobních údajů v rozsahu: jméno a příjmení v informačním systému, a to včetně zařazení do katalogů, a dále ke zpřístupnění jména a příjmení v katalozích v informačních systémech Univerzity Palackého, a to včetně neadresného zpřístupnění pomocí metod dálkového přístupu. Údaje mohou být takto zpřístupněny uživatelům služeb Univerzity Palackého. Realizaci zpřístupnění zajišťuje ke dni tohoto prohlášení vnitřní složka Univerzity Palackého, kterou je Informační centrum Univerzity Palackého.

Souhlas se poskytuje na dobu ochrany autorského díla dle zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů.

Prohlašuji, že jsem diplomovou práci na téma Švarc-systém vypracoval samostatně a citoval jsem všechny použité zdroje.

V Olomouci dne 28. září 2012

Na tomto místě chci poděkovat vedoucímu diplomové práce panu doktoru Patriku Matyáškovvi za ochotu vždy se mnou prokonzultovat otázky k tématu práce a poradit. Mé díky patří i panu doktoru Lubomíru Holbovi za ochotu a pomoc s vyhledáváním zdrojů, magistru Jakubu Vraníkovi za překlad cizojazyčného článku a nakonec všem, kteří se mnou na téma Švarc-systému diskutovali a svými názory tak obohatili můj pohled na tuto problematiku.

Obsah

| | |
|---|-----------|
| Úvod | 5 |
| 1. Úvod do problematiky Švarc-systému | 8 |
| 1.1. Stručný historický exkurz do oblasti výkonu závislé práce | 8 |
| 1.2. Závislá práce versus podnikání..... | 10 |
| 1.3. Zaměstnanec a podnikatel..... | 12 |
| 1.4. Definice Švarc-systému | 13 |
| 1.4.1. Legální vymezení Švarc-systému..... | 13 |
| 1.4.2. Akademické a praktické definice Švarc-systému | 15 |
| 2. Vývoj právní regulace Švarc-systému..... | 17 |
| 2.1. Vznik Švarc-systému a jeho důvody | 17 |
| 2.2. Vývoj právní úpravy zákazu Švarc-systému | 18 |
| 2.2.1. Švarc-systém v letech 1992–2004..... | 18 |
| 2.2.2. Švarc-systém v letech 2004–2006..... | 20 |
| 2.2.3. Švarc-systém v letech 2007–2011..... | 24 |
| 2.2.4. Švarc-systém nově od 1. ledna 2012..... | 25 |
| 3. Důsledky Švarc-systému..... | 27 |
| 3.1. Důsledky Švarc-systému v oblasti daňověprávní a sociálního zabezpečení | 27 |
| 3.1.1. Výhody | 27 |
| 3.1.2. Rizika..... | 30 |
| 3.2. Důsledky Švarc-systému v oblasti pracovněprávní..... | 32 |
| 3.2.1. Výhody | 32 |
| 3.2.2. Rizika..... | 35 |
| 4. Kdy půjde o Švarc-systém?..... | 37 |
| 4.1. Dvojí pojetí Švarc-systému v pracovněprávní legislativě | 37 |
| 4.2. Problematické aspekty staré definice závislé práce..... | 39 |
| 4.3. Definiční znaky a podmínky pro výkon v nové definici závislé práce | 41 |
| 4.4. Švarc-systém v rozhodovací praxi soudů | 43 |
| 4.4.1. Závislá činnost a její charakteristika v judikatuře Nejvyššího správního soudu | 44 |
| 4.5. Švarc-systém ve Spolkové republice Německo..... | 48 |
| 4.5.1. Pojetí a definice | 48 |
| 4.5.2. Charakteristika zdánlivého samostatného podnikání a samostatného podnikání..... | 49 |
| 4.5.3. Posuzování, kontrola a sankce za zdánlivé samostatné podnikání | 51 |
| 4.6. Švarc-systém na poli Evropské unie | 53 |
| 4.7. Klíčové identifikační znaky závislé práce a Švarc-systému..... | 55 |
| 4.8. Význam současné legální definice závislé práce ve vztahu ke Švarc -systému | 58 |
| 5. Závěr..... | 61 |
| Seznam použitých zdrojů..... | 64 |
| Shrnutí | 69 |
| Summary | 70 |
| Seznam klíčových slov/Key words | 72 |

Úvod

V diplomové práci se zabývám fenoménem zvaným Švarc-systém. Můžeme jej jednoduše vymezit jako „nahrazování pracovněprávních vztahů obchodněprávními vztahy dodavatelsko-odběratelskými“.¹ Tento systém podnikatelské spolupráce se u nás začal objevovat na přelomu 80. a 90. let v souvislosti s pozvolným umožňováním možnosti podnikat, jako první jej začal úspěšně provozovat podnikatel Miroslav Švarc, odtud také jeho název – Švarc-systém. V zemích s rozvinutým tržním hospodářstvím směrem na západ od tehdejšího socialistického bloku států přitom tato praxe byla dávno známá a diskutovaná, označovaná např. v Německu jako „zdánlivé samostatné podnikání“. Podnikatel zaměstnávající namísto řádných zaměstnanců osoby samostatně výdělečně činné (nejčastěji vlastníci živnostenské oprávnění – tzv. živnostníky) ušetří na odvodech státu do systému sociálního a zdravotního pojištění a za tyto „podnikatele“ státu neodvádí daň z příjmů fyzických osob ze závislé činnosti. Odpadají mu také povinnosti ukládané zaměstnavatelům zákoníkem práce. Toto jsou příčiny vzniku uvedené praxe, které obecněji můžeme posunout do roviny snahy podnikatelů obejít omezující a jim mnohdy nevyhovující rigidní pracovní zákonodárství.

Cílem této práce je podat komplexní pohled na problematiku Švarc-systému, a to nejen z hlediska pracovněprávního, nýbrž i z hlediska daňověprávního a sociálního zabezpečení, jež jsou s tímto fenoménem úzce provázaná. Ostatně zde má také tento jev své finanční kořeny. Objektivní názor na Švarc-systém si můžeme učinit pouze na základě zhodnocení jeho dopadů napříč všemi uvedenými oblastmi. S dopady (důsledky) Švarc-systému se však existenciálně pojí nutnost zjištění, ve kterém případě se jedná o Švarc-systém a ve kterém nikoliv. Stěžejní část této práce se proto věnuje problematice vymezení Švarc-systému v souvislosti s jeho zákazem provedeným zákonodárcem nejprve v dřívějším i dnešním zákoně o zaměstnanosti a posléze v současném zákoníku práce. Za tímto účelem se soustředí především na zásadní pojem – závislou práci – jakožto předmět pracovněprávních vztahů a její znaky.

V práci jsem si stanovil hypotézu o klíčové roli identifikace závislé práce v procesu posuzování činnosti osob samostatně výdělečně činných pro jiné podnikatele za účelem

¹ PICHRT, Jan. *Pracovní právo*. 4. vydání. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 166.

kvalifikace této činnosti buď jako samostatné a nezávislé, nebo jako nesamostatné a závislé, a tudíž jako Švarc-systému.

Dalším cílem této práce je ověření a potvrzení správnosti stanovené hypotézy a v návaznosti na to vlastní formulace klíčových identifikačních znaků závislé práce na základě analýzy a vzájemné komparace stávajících zákonných a judikturních znaků a jejich komparace se zahraničními a unijními znaky závislé práce (činnosti).

V souvislosti se stanovenou hypotézou a tímto cílem si v práci pokládám otázku ohledně praktického významu nynější legální definice závislé práce ve vztahu k posuzování Švarc-systému a v čem tento význam spočívá. Posledním cílem této práce je zformulovat odpověď na uvedenou otázku.

Švarc-systém je v současnosti tématem nesmírně aktuálním, neboť po letech faktické tolerance se počínaje 1. lednem 2012 stal předmětem explicitního zákonného zákazu a s tím spojené represe ze strany kontrolních orgánů státu. I přes takto jednoznačný aktuální postoj státu ale ani v současnosti neutichají politické a společenské diskuze ohledně účelnosti přísného postihu a snahy politiků o jeho zmírnění.

S aktuálností tématu souvisí poměrně značné množství nových, zejména internetových, zdrojů (článků), ovšem různé kvality, vyjadřujících se k problematice Švarc-systému v souvislosti s nelegálností jeho provozování, prováděnými kontrolami a hrozícími sankcemi.

Při psaní práce jsem čerpal ze zákona č. 262/2006 Sb., zákoníku práce, zákona č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti, zákona č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníku, zákona č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, zákona č. 40/1964, občanského zákoníku, zákona č. 589/1992 Sb., o pojistném na sociální zabezpečení a příspěvku na státní politiku zaměstnanosti (všechny ve znění pozdějších předpisů); dále z dřívějšího zákona č. 1/1991 Sb., o zaměstnanosti, ve znění zákona č. 220/2002 Sb. účinném ke dni 1. května 2004, zákona č. 65/1965 Sb., zákoníku práce, ve znění zákona č. 308/2006 Sb. účinném ke dni 18. srpna 2006 a zákona č. 946/1811 Sb. z. s., obecného zákoníku občanského, ve znění císařského nařízení č. 69/1916 Ř. z. účinném ke dni 1. ledna 1917. Dalšími prameny této práce jsou komentářová literatura, právnické učebnice, odborné články v právnických časopisech a na internetu, judikatura Nejvyššího správního soudu, judikát Evropského soudního dvora, důvodové zprávy k návrhům zákonů a další internetové články.

K dosažení vymezených cílů a formulaci odpovědi na položenou otázku používám historický přístup, metodu popisnou, analýzy, syntézy a komparativní metodu.

Úvodní kapitola je věnována historickým souvislostem a dále obsahuje charakteristiku pro zvolené téma základních pojmů a dále Švarc-systému. Ve druhé kapitole popisují vývoj

právní regulace Švarc-systému od jeho vzniku až do současnosti. Ve třetí kapitole rozebírám výhody a rizika Švarc-systému zvlášť pro každou ze zúčastněných stran. Čtvrtá kapitola se zevrubně zabývá problematikou identifikace Švarc-systému a v návaznosti na to zevrubnou charakteristikou závislé práce (činnosti), a to v kontextu zákonném, nauky, judikaturním, zahraničním (německém) i unijním.

1. Úvod do problematiky Švarc-systému

Pro pochopení fenoménu Švarc-systému je nezbytné alespoň stručně nastínit historický vývoj závislé práce a definovat pro tuto problematiku stěžejní pojmy závislé práce, podnikání, zaměstnanec a podnikatele, jakož v návaznosti na to i samotný Švarc-systém.

1.1. Stručný historický exkurz do oblasti výkonu závislé práce

Už Římané znali smluvní typ *locatio-conductio*² neboli nájemní smlouvu, konsenzuální kontrakt, pod který řadili tři samostatné subtypy nájemní smlouvy³, z nichž je pro nás důležitá *locatio-conductio operarum* – smlouva námezdní neboli pracovní. Jejím předmětem „bylo užívání cizí pracovní síly po sjednanou dobu a za sjednanou mzdu.“⁴ Oproti druhému subtypu – *locatio-conductio operis* (smlouvě o dílo) – se tento smluvní typ lišil povinností práci konat podle pokynů zaměstnavatele a osobním výkonem práce pro zaměstnavatele; tyto znaky vyjadřovaly skutečnost, že práce vykonávaná na základě námezdní smlouvy měla povahu práce závislé, kdežto zhotovitel díla při své činnosti směřující k jeho provedení požíval značné nezávislosti a mohl také, pokud vznik díla nebyl na jeho osobě přímo závislý, provedením díla pověřit další osoby.⁵ Římané tedy řešili výkon závislé práce, u nás v současnosti charakteristický pro pracovněprávní vztahy, občanskoprávním smluvním typem námezdní smlouvy, na základě které byla závislá práce vykonávána v občanskoprávním vztahu.

Tuto římskoprávní koncepci nájmu práce převzalo i právo rakouské.⁶ Obecný zákoník občanský (dále jen „o. z. o.“) z roku 1811 definoval námezdní smlouvu v § 1151, který zněl: „*zaváže-li se někdo konati služby nebo zhotoviti dílo za jistou mzdu v penězích, vzniká námezdní smlouva*“.⁷ Z uvedeného plyne, že pod námezdní smlouvu spadaly smlouva

² Doslova znamená pronájem-nájem.

³ Jedná se o *locatio-conductio rei* (smlouva o nájmu věci), *locatio-conductio operarum* (námezdní, pracovní smlouva) a *locatio-conductio operis* (smlouva o dílo). KINCL, Jaromír. *Římské právo*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 253.

⁴ Tamtéž, s. 254.

⁵ Tamtéž, s. 254–255.

⁶ RABAN, Přemysl. *Kurs obchodního práva: obchodní závazky*. 5. vydání. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 329.

⁷ Zákon č. 946/1811 Sb. z. s., obecný zákoník občanský, ve znění císařského nařízení č. 208/1915 Ř. z. účinném ke dni 25. července 1915.

služební a smlouva o dílo, přičemž původní římské námezdní smlouvě odpovídala smlouva služební. Následná novela předmětného ustanovení tyto smlouvy rozdělila již naprosto jasně. § 1151 první věta nově zněl takto: „*zaváže-li se někdo konati jinému po nějakou dobu služby, vznikne služební smlouva; převezme-li někdo závazek zhotoviti nějaké dílo za plat, vznikne smlouva o dílo*“.⁸

Z výše uvedeného vymezení (římské) námezdní a (rakouské) služební smlouvy je zřejmé, že v základních rysech odpovídá novodobému českému pojetí pracovní smlouvy. Česká právní úprava nicméně římské a rakouské pojetí úpravy výkonu závislé práce nepřevzala a dřívějším zákoníkem práce⁹ vyčlenila výkon závislé práce z obecné občanskoprávní úpravy do zvláštní pracovněprávní úpravy pod režim pracovních smluv.¹⁰ Zákoník práce z roku 1965 totiž s účinností k 1. lednu 1966 ve svém zrušovacím ustanovení – § 279 – pod bodem prvním zrušil celou hlavu XXVI. o. z. o. (§ 1151–§ 1174) a v jejím rámci tudíž i úpravu služební smlouvy v § 1151 a násl. Úprava výkonu závislé práce byla nově obsažena ve starém zákoníku práce. Tato koncepce byla přejata i stávajícím zákoníkem práce.¹¹

Ani v současnosti tak naše právní úprava nezná občanskoprávní či obchodněprávní smluvní typ, jehož předmětem by byl výkon závislé práce.¹² Občanský i obchodní zákoník sice obsahují úpravu různých smluv o činnostech pro druhé¹³, jejichž společným charakteristickým rysem je činnost ve prospěch jiné osoby, prováděná na základě pokynů objednatele a bez záruky za dosažení výsledku sledovaného vykonávanou činností¹⁴, ale v těchto případech se nejedná o služební smlouvy ve shora nastíněném smyslu, neboť tyto smlouvy mají se smlouvami služebními společné pouze některé znaky, zatímco v jiných znacích, pro služební smlouvy klíčových, se s nimi neshodují – konkrétně v kritériích závislosti práce vyjádřené zejména znaky nadřízenosti zaměstnavatele a podřízenosti zaměstnance a výlučně osobním výkonem práce zaměstnance pro zaměstnavatele.

⁸ Zákon č. 946/1811 Sb. z. s., obecný zákoník občanský, ve znění císařského nařízení č. 69/1916 Ř. z. účinném ke dni 1. ledna 1917.

⁹ Zákon č. 65/1965 Sb., zákoník práce, ve znění zákona č. 308/2006 Sb. účinném ke dni 18. srpna 2006.

¹⁰ RABAN: *Kurs obchodního práva...*, s. 330.

¹¹ Zákon č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů.

¹² RABAN: *Kurs obchodního práva...*, s. 332.

¹³ Tak občanský zákoník (zákon č. 40/1964 Sb., ve znění pozdějších předpisů) v § 724–§ 741 upravuje smlouvy příkazní; obchodní zákoník (zákon č. 513/1991 Sb., ve znění pozdějších předpisů) pro podnikatelské vztahy rovněž upravuje pestrou škálu příkazních smluvních typů – např. smlouvu mandátní (§ 566–§ 576), smlouvu komisionářskou (§ 577–§ 590), smlouvu zasílatelskou (§ 601–§ 609), smlouvu o obchodním zastoupení (§ 652–§ 672a).

¹⁴ Srov. např. úpravu příkazní smlouvy v občanském zákoníku. Více k tomu viz. KOPÁČ, Ludvík, MELICHAROVÁ-KARFÍKOVÁ, Dita. *Občanské právo hmotné: svazek II.* 4. vydání. Praha: ASPI, 2005, s. 272–273.

Můžeme tak konstatovat, a výše uvedený výklad uzavřít s tím, že důvodem absence služební smlouvy v oblasti současného soukromého práva je přenechání jejího předmětu, jímž byl výkon závislé práce pro jiného, výlučně úpravě pracovních smluv v rámci pracovního práva se všemi ochrannými specifiky tohoto zvláštního soukromoprávního odvětví.

1.2. Závislá práce versus podnikání

Závislá práce a podnikání představují dva rozdílné druhy ekonomických činností a současně i dva rozdílné právní pojmy. Jak závislá práce, tak podnikání mají přitom své legální definice. Závislá práce představuje předmět pracovního práva a je proto stěžejním pracovněprávním pojmem. Zákoník práce v § 1 písm. a) vymezuje předmět své úpravy tak, že „*upravuje právní vztahy vznikající při výkonu závislé práce mezi zaměstnanci a zaměstnavateli; tyto vztahy jsou vztahy pracovněprávními*“.¹⁵ Oproti předchozímu zákoníku práce se závislá práce stala předmětem explicitní úpravy současného zákoníku práce a byla definována v jeho § 2 odst. 4, jehož znění bylo do 1. ledna 2012 následující: „*za závislou práci, která je vykonávána ve vztahu nadřízenosti zaměstnavatele a podřízenosti zaměstnance, se považuje výlučně osobní výkon práce zaměstnance pro zaměstnavatele, podle pokynů zaměstnavatele, jeho jménem, za mzdu, plat nebo odměnu za práci, v pracovní době nebo jinak stanovené nebo dohodnuté době na pracovišti zaměstnavatele, popřípadě na jiném dohodnutém místě, na náklady zaměstnavatele a na jeho odpovědnost*“.¹⁶ Podle § 2 odst. 5 zák. práce ve znění do 1. ledna 2012 se za závislou práci považují také případy agenturního zaměstnávání.

§ 3 zák. práce ve znění do 1. ledna 2012 potom stanovil, že „*závislá práce může být vykonávána výlučně v pracovněprávním vztahu podle tohoto zákona, není-li upravena zvláštními právními předpisy*“.¹⁷ Od tohoto ustanovení se přitom nebylo možno smluvně odchýlit, neboť to ve smyslu § 2 odst. 1 zák. práce ve znění do 1. ledna 2012 plynulo z jeho kogentní povahy.¹⁸

Od 1. ledna 2012 došlo účinností zákona č. 365/2011 Sb., mimo mnoha jiných dílčích změn v zák. práce, ke zpřesnění definice závislé práce. § 2 zák. práce nyní, po novele,

¹⁵ Zákon č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁶ Zákon č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění zákona č. 347/2010 Sb. účinném ke dni 1. ledna 2011.

¹⁷ Tamtéž.

¹⁸ JAKUBKA, Jaroslav. In JAKUBKA, Jaroslav (ed). *Zákoník práce, prováděcí nařízení vlády a další související předpisy s komentářem k 1. 1. 2011*. 5. vydání. Olomouc: Anag, 2011, s. 36.

obsahuje pouze dva odstavce a cele se věnuje úpravě závislé práce. Aktuální znění § 2 je následující:

„(1) Závislou prací je práce, která je vykonávána ve vztahu nadřízenosti zaměstnavatele a podřízenosti zaměstnance, jménem zaměstnavatele, podle pokynů zaměstnavatele a zaměstnanec ji pro zaměstnavatele vykonává osobně.

(2) Závislá práce musí být vykonávána za mzdu, plat nebo odměnu za práci, na náklady a odpovědnost zaměstnavatele, v pracovní době na pracovišti zaměstnavatele, popřípadě na jiném dohodnutém místě.“¹⁹

§ 3 zákoníku práce i po novele zákonem č. 365/2011 Sb. přikazuje povinnost vykonávat závislou práci „výlučně v základním²⁰ pracovněprávním vztahu, není-li upravena zvláštními právními předpisy.“²¹ Přitom i nadále platí, že § 3 zákoníku práce je kogentní, neboť v návaznosti na § 4b zákoníku práce ve znění novely č. 365/2011 Sb. můžeme konstatovat, že z povahy jeho ustanovení vyplývá, že se od něj není možné odchýlit.

Podnikání představuje, řečeno s nadsázkou, protipól závislé práce. Je definováno v § 2 odst. 1 obchodního zákoníku jako „soustavná činnost prováděná samostatně podnikatelem vlastním jménem a na vlastní odpovědnost za účelem dosažení zisku.“²² V § 2 odst. 2 obch. zák. je potom uvedeno, kdo je podnikatelem, a pod písm. b) předmětné ustanovení uvádí „osobu, která podniká na základě živnostenského oprávnění“²³, tedy která provozuje živnost. Živností se přitom rozumí „soustavná činnost provozovaná samostatně, vlastním jménem, na vlastní odpovědnost, za účelem dosažení zisku a za podmínek stanovených zákonem o živnostenském podnikání“.²⁴ Definice podnikání a definice živnosti jsou formulačně takřka totožné a co do podstatných znaků zcela shodné, neboť provozování živnosti je jedním ze subtypů širšího pojmu podnikání, pod který kromě živnostenského podnikání spadají i další činnosti splňující znaky podnikání vykonávané podle zvláštních právních předpisů.²⁵ Srovnání obou těchto pojmů zde uvádím záměrně, abych podtrhl, že provozování živnosti je podnikáním a živnostníci, kteří v praxi mají se Švarc-systémem nejvíce co do činění, jsou

¹⁹ Zákon č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů.

²⁰ Novelou zákoníku práce č. 365/2011 Sb. bylo do citované věty první § 3 vloženo slovo „základním“, přičemž věta druhá § 3 stanoví, že „základními pracovněprávními vztahy jsou pracovní poměr a právní vztahy založené dohodami o pracích konaných mimo pracovní poměr.“

²¹ Zákon č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů.

²² Zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

²³ Tamtéž.

²⁴ § 2 zákona č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání, ve znění pozdějších předpisů.

²⁵ PLÍVA, Stanislav. In ŠTENGLOVÁ, Ivana (ed). *Obchodní zákoník. Komentář*. 12. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 7 (§ 2 Obchodního zákoníku).

podnikateli, kteří jako takoví de lege lata nesmí na živnost pro jiné vykonávat závislou práci jako zaměstnanci.

V dalším výkladu budu živnostníky vykonávající závislou práci pro jiné podnikatele označovat širším termínem osoby samostatně výdělečně činné (dále ve zkratce „OSVČ“), který vedle živnostníků zahrnuje i další kategorie podnikajících fyzických osob.

Při srovnání novelizované definice závislé práce s podnikáním, resp. výše uvedených zákonných kritérií charakterizujících závislou práci a podnikání, je patrné, že pro vymezení rozdílu mezi nimi jsou určující na straně závislé práce zejména vztah nadřízenosti zaměstnavatele a podřízenosti zaměstnance, osobní výkon práce zaměstnance pro zaměstnavatele, a to jménem zaměstnavatele a podle jeho pokynů; na straně podnikání pak samostatnost (nezávislost na jiné fyzické nebo právnické osobě), výkon práce vlastním jménem a na vlastní odpovědnost a sledování dosažení zisku z vykonávané práce.

1.3. Zaměstnanec a podnikatel

Zaměstnanec je definován v § 6 zákoníku práce v souvislosti se vznikem právní způsobilosti v pracovněprávních vztazích takto: *„způsobilost fyzické osoby jako zaměstnance mít v pracovněprávních vztazích práva a povinnosti, jakož i způsobilost vlastními právními úkony nabývat těchto práv a brát na sebe tyto povinnosti vzniká, pokud není v tomto zákoně dále stanoveno jinak, dnem, kdy fyzická osoba dosáhne 15 let věku“*.²⁶ Bělina k uvedené definici dále podotýká, že „jednak vzhledem k tomu, že zaměstnanec musí vždy práci vykonávat osobně, a jednak s ohledem na skutečnost, že výkon závislé práce předpokládá i osobní odpovědnost za její provedení, vychází české pracovní právo z koncepce, že způsobilost k právům a povinnostem vzniká časově současně. V okamžiku, kdy jsem fyzicky a duševně natolik vyspělý, abych mohl vykonávat závislou práci (tj. brát na sebe práva a povinnosti v pracovněprávních vztazích), musím být rozumově a volně natolik vyspělý, abych mohl vlastními právními úkony nabývat těchto práv a brát na sebe tyto povinnosti (např. uzavřít pracovní smlouvu)“.²⁷

Jak je výše uvedeno, je pro zaměstnance charakteristický výkon závislé práce v pracovněprávním vztahu (nejčastěji v pracovním poměru), což plyne z § 2, § 3 a § 74

²⁶ Zákon č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů.

²⁷ BĚLINA, Miroslav. In BĚLINA, Miroslav (ed). *Zákoník práce. Komentář*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 91 (§ 6 Zákoníku práce).

odst. 1 zák. práce. Zaměstnanec lze proto v návaznosti na zákonnou definici dále charakterizovat vztáhnutím kritérií, jimiž je závislá práce definována, a podmínek, za nichž musí být vykonávána, na konkrétní fyzickou osobu s pracovněprávní způsobilostí.

Termín podnikatel je definován v § 2 odst. 2 obchodního zákoníku v návaznosti na pojem podnikání a pomáhá definovat samotné podnikání jako činnost prováděnou podnikatelem. Pro naše účely je důležité právě to, že podnikatelem je osoba, která podniká, tedy vykonává činnost nesoucí všechny znaky podnikání, jak jsou výše uvedeny. Tomu ostatně odpovídá i definice v § 2 odst. 2 obch. zákoníku, když zákon s výjimkou osob zapsaných v obchodním rejstříku (§ 2 odst. 2 písm. a)) jinak u všech ostatních podnikatelů vyžaduje, aby podnikali (pokud budeme dané ustanovení interpretovat pomocí gramatického výkladu).²⁸ Obchodní zákoník ve svém § 2 odst. 2 stanoví, že podnikatelem je:

„a) osoba zapsaná v obchodním rejstříku,

b) osoba, která podniká na základě živnostenského oprávnění,

c) osoba, která podniká na základě jiného než živnostenského oprávnění podle zvláštních předpisů,

*d) osoba, která provozuje zemědělskou výrobu a je zapsána do evidence podle zvláštního předpisu“.*²⁹

Z výše uvedeného plyne, že pojmy zaměstnanec a podnikatel lze definovat v návaznosti na pojmy závislá práce a podnikání. Uvedené pojmy spolu tvoří nerozlučné párové dvojice. Můžeme tak konstatovat, že zaměstnanci jsou fyzické osoby vykonávající závislou práci podle zákoníku práce a podnikatelé osoby, které podnikají, tedy vykonávají samostatnou nezávislou práci ve smyslu obchodního zákoníku.

1.4. Definice Švarc-systému

Po seznámení s historickým vývojem závislé práce a definování a ujasnění rozdílů mezi základními pojmy závislé práce a podnikání a zaměstnanec a podnikatele můžeme přistoupit k definici samotného Švarc-systému.

1.4.1. Legální vymezení Švarc-systému

²⁸ PLÍVA, ŠTENGLOVÁ: *Obchodní zákoník...*, s. 6–8 (§ 2 Obchodního zákoníku).

²⁹ Zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

Ze zákazu Švarc-systému obsaženého původně v ustanovení § 1 odst. 4 (odst. 6)³⁰ zákona č. 1/1991 Sb., o zaměstnanosti³¹ můžeme odvodit charakteristiku Švarc-systému „jako výkon plnění běžných úkolů vyplývajících z předmětu činnosti právnických nebo fyzických osob jinak než svými zaměstnanci, tj. jinak než v pracovněprávních vztazích.“³² Snaha zákonodárce nepřímo postavit charakteristiku Švarc-systému na zákonné povinnosti zaměstnavatele zajišťovat plnění běžných úkolů vyplývajících z předmětu jeho činnosti pouze zaměstnanci se však postupem času ukázala být jako nepříliš zdařilá, jak je popsáno v následující kapitole.

Lepší cestou se zákonodárce vydal s přijetím nového zákoníku práce, když, jak výše uvedeno, nově zavedl a definoval pojem závislé práce a uložil povinnost tuto práci vykonávat toliko v pracovněprávním vztahu. Takto byl Švarc-systém, opět nepřímo, charakterizován jako vykonávání závislé práce fyzickou osobou v jiném než pracovněprávním vztahu a tato charakteristika předznamenala i jeho budoucí pozitivní legální vymezení.

Švarc-systém byl poprvé ve své historii přímo a pozitivně legálně vymezen až s účinností od 1. ledna 2012, od tohoto data jej zákonodárce taktéž výslovně staví mimo zákonné meze. Zákonem č. 367/2011 Sb., který nabyl účinnosti 1. ledna 2012, došlo ke změně stávající definice nelegální práce v § 5 písm. e) bodu 1 zák. o zaměstnanosti novou definicí nově výslovně pojímající, vedle klasické nikde nevykazované práce na černo, i Švarc-systém. § 5 písm. e) bod 1 zák. o zaměstnanosti ve znění uvedené novely definuje nelegální práci jako „výkon závislé práce fyzickou osobou mimo pracovněprávní vztah“.³³ Ke slovům „závislá práce“ a „pracovněprávní vztah“ jsou navíc přiřazeny poznámky pod čarou odkazující na § 2 zák. práce, obsahující novou definici závislé práce, a § 3 zák. práce, který, jak je výše uvedeno, i nadále příkazuje povinnost vykonávat závislou práci výhradně v pracovněprávních vztazích. Uvedenými odkazy novela dle mého názoru vytváří i potřebnou harmonii mezi těmito zákony v oblasti postihu Švarc-systému.

Definice nelegální práce de lege lata podle mého názoru k charakteristice Švarc-systému ze zákonného hlediska postačuje. Jeho podstata tkví právě v tom, že OSVČ vykonávají závislou práci pro jiné podnikatele ve formálně jiných vztazích než pracovněprávních, přičemž neúplnost této definice ve vztahu ke Švarc-systému, že totiž závislá práce je vždy vykonávána na základě nějaké smlouvy zakládající mimopracovněprávní vztah a nejedná

³⁰ Novelou zákonem č. 167/1999 Sb. byly do § 1 zák. č. 1/1991 Sb., o zaměstnanosti přidány nové odstavce 1 a 2, stanovící zákaz diskriminačního jednání při zaměstnávání, a z odst. 4 se stal odst. 6.

³¹ Zákon č. 1/1991 Sb., o zaměstnanosti, byl zrušen nabytím účinnosti nového zákona o zaměstnanosti č. 435/2004 Sb. dne 1. 10. 2004.

³² BĚLINA, Miroslav. Zrušení zákazu švarcsystému? *Právní zpravodaj*, 2005, roč. 6, č. 8, s. 8.

³³ Zákon č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti, ve znění pozdějších předpisů.

se tedy o klasickou bezesmluvní³⁴ práci na černo, je daná povahou dotčeného ustanovení, které logicky nedopadá pouze na Švarc-systém, ale již tradičně právě na tuto (nelegální) černou práci. Úplné a výstižné definování Švarc-systému proto i nadále zůstává doménou nauky a související odborné literatury. Pro postih Švarc-systému ze strany úřadů inspekce práce³⁵ je takováto jeho „definice“ rovněž vyhovující, protože jsou zmocněny ke kontrole a sankcionování nelegální práce v širším slova smyslu a v rámci kontrol pro ně tudíž bude klíčové a pro účinný postih Švarc-systému plně postačující právě zjištění přítomnosti nebo absence závislé práce a s tím související existence či neexistence pracovněprávního vztahu. Tolik tedy k legálnímu vymezení Švarc-systému.

1.4.2. Akademické a praktické definice Švarc-systému

Jak výše uvedeno, Švarc-systém komplexně definuje sféra akademická. Například Raban Švarc-systém vystihuje na podkladě výše zmiňované služební smlouvy a z ní plynoucích vztahů jako uskutečňování faktických služebních vztahů namísto vztahů pracovněprávních³⁶ mezi podnikateli – fyzickými a právnickými osobami a OSVČ. Bělina Švarc-systém stručně charakterizuje jako „uzavírání namísto pracovního poměru obchodních smluv s osobami vlastnicími živnostenské oprávnění“.³⁷

Švarc-systém můžeme popsat i dalšími způsoby, kterým je společné, že jej charakterizují tak, jak je vnímán podnikatelskou sférou a veřejností. Švarc-systém je tak například popisován jako „způsob ekonomické činnosti, při které osoby vykonávající pro zaměstnavatele závislou práci nejsou jeho zaměstnanci, ale formálně vystupují jako samostatní podnikatelé“³⁸ nebo „výkon činnosti fyzické osoby samostatně výdělečně činné, např. s živnostenským oprávněním pro jiného (,objednatel‘ či ,odběratel‘) na základě obchodněprávní nebo občanskoprávní smlouvy, kdy činnost OSVČ vykazuje znaky závislé činnosti“.³⁹

³⁴ ŠUBRT, Bořivoj, TREZZIOVÁ, Dana. Závislá práce, nelegální práce a „švarcsystém“ od 1. 1. 2012 – I. část. *Práce a mzda*, 2011, roč. 59, č. 12, s. 19.

³⁵ Úřady inspekce práce přebraly kontrolní a sankční pravomoc v této oblasti k 1. 1. 2012 od Úřadu práce České republiky podle § 141 odst. 4 zákona č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti, ve znění pozdějších předpisů, a podle téhož ustanovení a § 126 odst. 1 písm. a) zákona č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti, ve znění pozdějších předpisů jsou jimi Státní úřad inspekce práce a oblastní inspektoráty práce.

³⁶ RABAN: *Kurs obchodního práva...*, s. 332.

³⁷ BĚLINA: *Zákoník práce. Komentář...*, s. 31 (§ 2 Zákoníku práce).

³⁸ ŠUBRT, TREZZIOVÁ: Závislá práce, nelegální práce a „švarcsystém“..., s. 16.

³⁹ Tamtéž.

Nebudu se zde pokoušet o vlastní „originální“ definici, protože výše uvedené definice považuji za dostačující. Nicméně chci alespoň shrnout, co ze všech výše uvedených definic Švarc-systému vyplývá, že totiž principiálně jde o uskutečňování činnosti, vykazující dostatečné znaky pro závislou práci, pro jiného fyzickou osobou na základě smlouvy v rámci vztahů mimopracovních, typických a určených pro uskutečňování činností obecně vzato nezávislých (byť i tyto činnosti mohou vykazovat některé znaky závislé práce, společné jim je ale to, že z celkového hlediska o závislou práci nejde).

2. Vývoj právní regulace Švarc-systému

Samotný smysl Švarc-systému, tedy proč byl vlastně zaveden do podnikatelské praxe, lze nejlépe pochopit na základě historických okolností vzniku a následného vývoje reakcí státu na tento fenomén.

2.1. Vznik Švarc-systému a jeho důvody

Švarc-systém můžeme poněkud přiléhavěji označit jako Švarcův systém. Jeho vznik je totiž spojen s osobou Miroslava Švarce⁴⁰, bývalého podnikatele ve stavebnictví, nyní již důchodce. Je zajímavé, ba až trochu kuriózní, že sám Švarc tvrdí, že on systém zaměstnávání na smlouvu o dílo nevymyslel, ale byl k němu v podstatě nepřímo nucen socialistickým režimem, protože před rokem 1989 nebylo fyzickým osobám dovoleno nikoho zaměstnávat. Tak začal zaměstnávat jiné osoby fakticky a v této praxi pokračoval i po revoluci až do roku 1992, kdy byl Švarc systém jako státu nevyhovující zakázán.⁴¹ Nezpochybnitelným faktem nicméně je, že Miroslav Švarc je člověk, který tento systém zaměstnávání uvedl do praxe. Nejprve, za socialismu, byl zaměstnancem stavební společnosti. Začátkem roku 1989 se pracovně osamostatnil a stal se podnikatelem, následně si založil vlastní stavební společnost pod obchodní firmou Švarc, s. r. o. Zaměstnáváním živnostníků jeho společnost ušetřila na nákladech za zaměstnance, jinými společnostmi vynakládaných, a tudíž mohla za účelem získání zakázek předkládat nižší cenové nabídky oproti konkurenci, zakázky takto získat a rovněž vyplácet svým pracovníkům vyšší mzdy. Švarc tímto způsobem v 90. letech pohádkově zbohatl a stal se úspěšným podnikatelem s vlivnými kontakty na řadu politiků. I přesto však na sebe negativní reakce ze strany státu na tento nový pracovní jev nenechala dlouho čekat. Z kraje 90. let byl sice Švarc-systém státem tolerován, posléze se ale politici

⁴⁰ Označení „Švarc“ není počestným ekvivalentem německého adjektiva „schwarz“ – „černý“, tzn. „Švarc-systém“ nepřekládáme jako „černý systém“, jak se mnozí ještě dnes domnívají (zde mimo jiné zaznívá i vlastní zkušenost autora této práce z rozhovorů s lidmi neznalými předmětné problematiky). Takový překlad by byl nesprávný, neboť přestože od 1. ledna 2012 je Švarc-systém § 5 písm. e) bodem 1 zák. č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti výslovně podřazen pod nelegální práci, nelze jej samozřejmě ztotožňovat s „prací na černo“, kterou se rozumí tradiční nikde nevykazovaná nelegální práce.

⁴¹ ŠTĚTKA, Jan. *Ten, který rozjel švarcsystém a skončil na dlažbě* [online]. Ekonom.iHNed.cz, 15. července 2011 [cit. 28. února 2012]. Dostupné na <<http://ekonom.ihted.cz/c1-52306170-ten-ktery-rozjel-svarcsystem-a-skoncil-na-dlazbe>>.

zalekli jím způsobeného výpadku příjmů plynoucích do státního rozpočtu, a proto tuto praxi v roce 1992 zakázali.⁴²

Ač má tedy Švarcův systém významný dopad také z hlediska pracovněprávního, motivy jeho vzniku, rozšiřujícího se praktikování i zákazu byly ekonomické. Jednak to byla snaha ušetřit náklady nebo čas za jinak nezbytnou administrativní práci v souvislosti s odvody pojistného a daní z příjmů za klasické zaměstnance, jednak snaha ušetřit na platbách pojistného na sociální a zdravotní pojištění.

2.2. Vývoj právní úpravy zákazu Švarc-systému

2.2.1. Švarc-systém v letech 1992–2004

Jak je výše uvedeno, Švarc-systém byl zakázán už v roce 1992, konkrétně od 1. ledna novelou zákona č. 1/1991 Sb., o zaměstnanosti, provedenou zákonem č. 578/1991 Sb. Ta do § 1 starého zákona o zaměstnanosti včlenila nový odstavec 4, který stanovil, že „*právo občana na zaměstnání se zabezpečuje především jeho pracovním uplatněním v zaměstnání umožňujícím mu výkon práce v pracovním vztahu. Právnická nebo fyzická osoba je povinna plnění běžných úkolů vyplývajících z předmětu její činnosti zajišťovat svými zaměstnanci, které k tomu účelu zaměstnává v pracovních vztazích podle zákoníku práce; ...*“⁴³

Citovaná část věty druhé odst. 4 (odst. 6) před středníkem vyjadřovala zákaz Švarc-systému, část věty druhé za středníkem potom taxativně stanovila výjimky z tohoto zákazu:

*„... ; to neplatí o plnění běžných úkolů, které fyzická osoba zajišťuje sama nebo s pomocí svého manžela nebo dětí nebo právnická osoba prostřednictvím svých společníků nebo členů anebo je-li plnění běžných úkolů právnickou nebo fyzickou osobou svěřeno jiné právnické nebo fyzické osobě, která je povinna toto plnění zajišťovat svými zaměstnanci, které k tomu účelu zaměstnává v pracovních vztazích podle zákoníku práce.“*⁴⁴

Třetí věta § 1 odst. 4 (odst. 6) pak definovala, co jsou běžné úkoly vyplývající z předmětu činnosti.⁴⁵

⁴² Tamtéž.

⁴³ Zákon č. 1/1991 Sb., o zaměstnanosti, ve znění zákona č. 220/2002 Sb. účinném ke dni 1. května 2004.

⁴⁴ Poslední z uvedených výjimek byla však doplněna až v roce 2000 novelou č. 369/2000 Sb. Stejná novela také doplnila § 1 odst. 6 o čtvrtou větu, která se vztahovala k uvedené poslední výjimce a definovala, které subjekty se pro tyto účely považují za pověřenou jinou právnickou nebo fyzickou osobu.

⁴⁵ „Běžnými úkoly vyplývajícími z předmětu činnosti se pro tyto účely rozumí zejména úkoly přímo související se zajištěním výroby nebo poskytováním služeb a obdobnou činností při podnikání podle zvláštních předpisů,

Zákonodárce tedy nepřikročil k absolutnímu zákazu Švarc-systému a se zákazem současně stanovil i situace, ve kterých se o Švarc-systém nejednalo, respektive ve kterých mu praktikování Švarc-systému nevadilo, pokud jej budeme chápat, ve smyslu shora uvedeného zákonného příkazu, jako svěřeni běžných úkolů, vyplývajících z předmětu činnosti, podnikatelem jakékoliv jiné osobě odlišné od osoby zaměstnance. V případech výše uvedených výjimek by podle mého názoru byl uvedený zákaz pro zaměstnavatele i ekonomicky škodlivý a příjmová stránka státního rozpočtu by tímto přicházela o významnou příjmovou položku z důvodu zbytečného brždění rozvoje podnikání a s tím souvisejícího vytváření zisku, ze kterého stát prostřednictvím daní v konečném důsledku taktéž profituje. To by nebylo v raném transformujícím se ekonomickém systému první půle 90. let vůbec vhodné. Klasickými výjimkami z výše vyjmenovaných, stanovenými od samého počátku zákazu Švarc-systému v roce 1992, byly případy, kdy OSVČ si plnění běžných úkolů vyplývajících z předmětu své činnosti zajišťuje sama nebo s pomocí manžela či dětí nebo právnická osoba (typicky obchodní společnosti zapsané v obchodním rejstříku) prostřednictvím svých společníků nebo členů. Stát podle mne vedly úvahy, že by bylo neúčelné, aby OSVČ musela v každém případě uzavírat pracovní smlouvu s jinou fyzickou osobou, tzn. i pokud si běžné úkoly zvládne obstarat sama, nebo pro tyto úkoly uzavírala pracovní smlouvy se svými dětmi, přičemž v případě manželství platilo, že „*pracovněprávní vztah nemůže vzniknout mezi manžely*“.⁴⁶ Obdobné úvahy podle mne platí i v případech např. společností s ručením omezeným a jejich společníků nebo občanských sdružení a jejich členů. Zmíněné výjimky musíme chápat taktéž z dobového pohledu, kdy do svého zákazu nebyl Švarc-systém jakkoliv právně regulován ani omezen, a jeho náhlý zákaz bez dalšího by velmi pravděpodobně podnikateli nebyl dobře přijat.

Později k výše uvedeným výjimkám přibyla další. Umožňovala fyzickým nebo právnickým osobám svěřit plnění běžných úkolů vyplývajících z předmětu jejich činnosti jiným podnikatelům – právnickým nebo fyzickým osobám, kteří byli povinni plnění svěřených úkolů zajišťovat svými zaměstnanci zaměstnanými v pracovněprávních vztazích. Účelem zavedení této výjimky bylo umožnit podnikatelům provozování systému podnikání nazývaného franchising. Podstatou franchisingu je obchodněprávní vztah mezi dvěma na sobě nezávislými podnikateli, jehož předmětem je prodej či poskytování zboží, služeb nebo technologií, přičemž „jeden poskytuje druhému právo a současně mu ukládá i povinnost

které právnická nebo fyzická osoba provádí v zařízeních určených pro tyto činnosti nebo na místech obvyklých pro jejich výkon, pod vlastním jménem a na vlastní odpovědnost.“

⁴⁶ § 269 odst. 3 zákona č. 65/1965 Sb., zákoník práce, ve znění zákona č. 3/1991 Sb. účinném ke dni 1. února 1991.

provozovat obchod podle jeho konceptu, používat za přímou nebo nepřímou úhradu systém názvů nebo označení, používat jiná reklamní, autorská nebo průmyslová práva, využívat jeho know-how, vědecké a technické metody a obchodní systém atd“.⁴⁷ Velice trefně vzhledem k zákonné dikci této výjimky lze franchising také vymezit jako „zajišťování plnění běžných úkolů vyplývajících z předmětu činnosti poskytovatele franchisingu uživatelem franchisingu za předem smluvně stanovených podmínek“.⁴⁸

Zavedení této výjimky mělo význam zejména pro velké nadnárodní společnosti⁴⁹, kterým tímto byla odstraněna překážka v podnikání formou franchisingu. Důvodem pro umožnění tohoto způsobu podnikání však nebyla jen podpora a rozvoj podnikání, jak by se na první pohled mohlo zdát, ale též odstranění nesouladu § 1 odst. 6 zák. č. 1/1991 Sb., o zaměstnanosti s článkem 26 odst. 1 Listiny základních práv a svobod⁵⁰, který zaručuje právo na svobodné podnikání, a tehdejší komunitárním právem. Výjimkou stanovená povinnost uživateli franchisingu zajišťovat poskytovatelem svěřené běžné úkoly svými zaměstnanci pak měla zabezpečit ochranu pracovního trhu před Švarc-systémem, neboť tyto běžné úkoly musely být i přes jejich svěřeni podnikatelem jinému podnikateli i nadále v konečné fázi prováděny zaměstnanci tohoto jiného podnikatele.⁵¹

2.2.2. Švarc-systém v letech 2004–2006

Výše popsany zákaz Švarc-systému s výjimkami pak zůstal zachován až do zrušení zákona č. 1/1991 Sb., o zaměstnanosti dne 1. října 2004, kdy nabyl účinnosti nový zákon o zaměstnanosti č. 435/2004 Sb. (dále „zák. o zaměstnanosti“), nicméně na dosavadním stavu věci se i přes novou právní úpravu zaměstnanosti nic nezměnilo, neboť byl v § 13 této úpravy doslovně přejat. Jedinou změnou bylo opětovné rozšíření výjimek. § 13 odst. 3 zák. o zaměstnanosti, obsahující dosavadní výčet výjimek, ve svém písm. b) nově stanovil výjimku také pro případ, „kdy plnění běžných úkolů zajišťuje právnická nebo fyzická osoba

⁴⁷ MINISTERSTVO PRÁCE A SOCIÁLNÍCH VĚCÍ ČESKÉ REPUBLIKY. *Metodický pokyn č. 2/2005: výklad ustanovení § 13 zákona č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti*. Praha: Správa služeb zaměstnanosti Ministerstva práce a sociálních věcí České republiky, 2005, s. 3.

⁴⁸ REDAKCE EPRAVO.CZ. *Novela zákona o zaměstnanosti – komentář a důvodová zpráva* [online]. epravo.cz, 24. října 2000 [cit. 6. března 2012]. Dostupné na <<http://www.epravo.cz/top/clanky/novela-zakona-o-zamestnanosti-komentar-a-duvodova-zprava-269.html>>.

⁴⁹ Typickou nadnárodní franchisingovou společností je např. McDonald's-Restaurants.

⁵⁰ Čl. 26 odst. 1 Listiny základních práv a svobod, ve znění ústavního zákona č. 162/1998 Sb. zní: „Každý má právo na svobodnou volbu povolání a přípravu k němu, jakož i právo podnikat a provozovat jinou hospodářskou činnost.“

⁵¹ REDAKCE EPRAVO.CZ: *Novela zákona o zaměstnanosti...*, dostupné na <<http://www.epravo.cz/top/clanky/novela-zakona-o-zamestnanosti-komentar-a-duvodova-zprava-269.html>>.

dočasně přidělenými zaměstnanci agentury práce“.⁵² Výjimka nebyla z hlediska problematiky zákazu Švarc-systému nikterak významná, zákonodárci zde šlo o umožnění realizace agenturního zaměstnávání, které by bez uvedené výjimky bylo možno asi jen stěží realizovat v praxi.

Zato následující (první a zároveň poslední) novelizace § 13 zák. o zaměstnanosti reflektovala významné reakce a diskuze ve společnosti (zejména v té její části, které se zákaz Švarc-systému osobně dotýkal) ohledně praktického dopadu a uplatňování zákazu Švarc-systému. Ani ne rok po nabytí účinnosti zák. o zaměstnanosti byl přijat zákon č. 202/2005 Sb., účinný od 27. května 2005, kterým byla do § 13 včleněna poslední výjimka ze zákazu Švarc-systému, která svými důsledky měla nejvýznamnější vliv na celkovou jeho úpravu v § 13. § 13 odst. 3 zněl po novele následovně:

„Povinnost stanovená v odstavci 1⁵³ neplatí v případech, kdy plnění běžných úkolů...

c) právnická nebo fyzická osoba svěří

1. jiné právnické nebo fyzické osobě, která má činnosti, které jí mají být svěřeny, zahrnutý v předmětu své činnosti a bude je zajišťovat svými zaměstnanci, nebo

2. jiné fyzické osobě, která má činnosti, které jí mají být svěřeny, zahrnutý v předmětu činnosti a nebude svěřené úkoly zajišťovat v zastřeném pracovněprávním vztahu.

Provozování svěřené činnosti musí naplňovat znaky podnikání ve smyslu § 2 odst. 1 obchodního zákoníku.“⁵⁴

Do stávajícího § 13 odst. 3 písm. c) přibyl bod druhý, který obsahoval zmiňovanou novou zásadní výjimku. Tato výjimka umožnila podnikatelům svěřit OSVČ plnění běžných úkolů a osobám samostatně výdělečně činným tyto úkoly provádět i v případech, kdy neměly vlastní zaměstnance. V důsledku toho byla prolomena bariéra z počátku roku 1992, která tyto případy zakazovala.⁵⁵ Například (a typicky) se nyní podnikatel již nemusel obávat postihu za svěřeni běžných úkolů plynoucích z předmětu jeho činnosti na základě obchodní smlouvy živnostníkovi bez zaměstnanců a ten zase mohl bez obav a skrupulí pro tohoto podnikatele takovéto úkoly vykonávat. Shrnutí: tímto legislativním počinem zákonodárce podnikatelům umožnil realizaci běžných úkolů prostřednictvím obchodních vztahů s OSVČ

⁵² Zákon č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti, ve znění zákona č. 202/2005 Sb. účinném ke dni 27. května 2005. Jedná se o případy tzv. agenturního zaměstnávání.

⁵³ Rozuměj povinnost podnikatele zajišťovat plnění běžných úkolů vyplývajících z předmětu jeho činnosti zaměstnanci v pracovněprávních vztazích.

⁵⁴ Zákon č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti, ve znění zákona č. 202/2005 Sb. účinném ke dni 27. května 2005.

⁵⁵ Jen pro úplnost připomeňme, že i předechozí „franchisingová výjimka,“ taktéž liberalizující podnikatelské prostředí, se ve starém zákoně o zaměstnanosti objevila poměrně pozdě, v roce 2000.

bez zaměstnanců, tedy klasické subdodavatelské vztahy, což do účinnosti novely č. 202/2005 Sb. bylo de lege lata zakázáno.

V této souvislosti se nabízí otázka: proč taková změna krátce po nabytí účinnosti nové právní úpravy zaměstnanosti, která téměř doslovně přebírala předchozí právní stav? Nedá se říci, že se jednalo o náhlé osvětlení zákonodárce. Přijatá novela byla totiž výsledkem ve společnosti již delší dobu probíhající diskuze o dopadu § 13 odst. 3 zák. o zaměstnanosti na podnikatelskou praxi, mimo jiné v souvislosti s poměrně tvrdými sankcemi stanovenými zák. o zaměstnanosti pro podnikatele za porušení § 13.^{56, 57}

Není bez zajímavosti, že metodický pokyn Ministerstva práce a sociálních věcí č. 2/2005⁵⁸, obsahující výklad § 13 zák. o zaměstnanosti, Jouza⁵⁹ nebo Bičáková⁶⁰ ve svých komentářích k tehdejšímu § 13 zák. o zaměstnanosti shodně uváděli, že úprava zákazu Švarc-systému v zákoně o zaměstnanosti č. 1/1991 Sb. i úprava v novém zák. o zaměstnanosti před jeho novelizací zákonem č. 202/2005 Sb. nevylučovala možnost uskutečňování dílčích dodávek (subdodávek) mezi podnikateli. Tento výklad byl však značně extenzivní a v určitých ohledech problematický. Podle názoru Běliny šel dokonce nad rámec zákonné dikce § 13, a proto byla za účelem odstranění rozporu výkladu § 13 zák. o zaměstnanosti podaném v metodickém pokynu se zákonem přijata novela č. 202/2005 Sb.⁶¹ Pro shodnou interpretaci § 13 v metodickém pokynu, Jouzou a Bičákovou nalézám společného jmenovatele ve skutečnosti, že Bičáková se jako pracovnice Ministerstva práce a sociálních věcí podílela na vypracování předmětného metodického pokynu⁶² a Jouza byl toho času též pracovníkem tohoto Ministerstva. Ministerstvo práce a sociálních věcí jako státní orgán, do jehož působnosti spadá oblast zaměstnanosti, a které tudíž vytváří a zodpovídá za právní úpravu v této oblasti, mělo snahu kritizovanou právní úpravu obsaženou v § 13, mimo jiné i pod tlakem kritiky ze strany podnikatelské sféry, interpretovat tak, aby byla pro trh práce co možná nejpříznivější a pro podnikání co možná nejméně omezující, a to při zachování její

⁵⁶ BIČÁKOVÁ, Olga. *Zákon o zaměstnanosti: přehled komentovaných novelizací od 1. 10. 2004 do 31. 5. 2007*. Praha: Linde, 2007, s. 26.

⁵⁷ Podle § 140 odst. 1 písm. b) zák. č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti, ve znění zákona č. 202/2005 Sb. účinném ke dni 27. května 2005 „právnická osoba se správního deliktu dopustí tím, že nezajišťuje plnění běžných úkolů vyplývajících z předmětu její činnosti svými zaměstnanci, které k tomu účelu zaměstnává v pracovněprávních vztazích podle zákoníku práce, pokud nejde o případ uvedený v § 13 odst. 3.“ Podle § 140 odst. 3 písm. b) téhož zákona pak bylo možno právnické osobě za uvedený správní delikt uložit pokutu až do výše 2 000 000,- Kč.

⁵⁸ MINISTERSTVO PRÁCE A SOCIÁLNÍCH VĚCÍ ČESKÉ REPUBLIKY: *Metodický pokyn č. 2/2005...*, s. 2.

⁵⁹ JOUZA, Ladislav. *Zákon o zaměstnanosti a předpisy související s komentářem*. 1. vydání. Praha: BOVA POLYGON, 2004, s. 80–81.

⁶⁰ BIČÁKOVÁ: *Zákon o zaměstnanosti...*, s. 26.

⁶¹ BĚLINA: *Zrušení zákazu...*, s. 9.

⁶² Viz. hlavička metodického pokynu Ministerstva práce a sociálních věcí č. 2/2005.

podstaty. Což se však ne úplně podařilo. A jak vidíme např. u Bělina, mimo dosah státní sféry se vyskytovaly i názory opačné, danou úpravu kritizující.

Nepochybné je, že od počátku zákazu Švarc-systému v roce 1992 tato právní úprava budila rozporuplné reakce, diskuze ohledně jejího významu a aplikace, výše popsané výkladové nejasnosti, a tudíž logicky, podle mého názoru oprávněnou, kritiku ze strany veřejnosti.^{63, 64} Jako by se mělo jednat o střet protichůdných zájmů státu na jedné straně a jeho obyvatel, resp. (zejména) jeho podnikatelské sféry na straně druhé. V průběhu 15 let platnosti zákazu Švarc-systému až do jeho vypuštění ze zák. o zaměstnanosti počínaje 1. lednem 2007 můžeme zcela jednoznačně vysledovat tendence a konkrétní legislativní kroky v podobě výjimek směřující k liberalizaci tohoto zákazu. Od původně stanovených výjimek, které činily dotčenou právní úpravu značně rigidní a omezující rozvoj svobodného podnikání, tato úprava postupem času, v souladu s odůvodněnými potřebami rozvíjejícího se ekonomického trhu, doznala dalších významných změn, spočívajících v její pokračující liberalizaci, až se po zvážení důsledků všech nastalých změn musely objevit oprávněné dotazy a pochyby ohledně skutečného smyslu a praktické aplikace tehdejšího zákazu Švarc-systému. Činí tak například Bělina ve svém kritickém článku⁶⁵ věnujícímu se oné poslední novelizaci provedené zákonem č. 202/2005 Sb. Bělinova argumentace spočívá v tom, že zákaz Švarc-systému byl postaven na koncepci, že podnikatel musel zajišťovat plnění běžných úkolů vyplývajících z předmětu jeho činnosti pouze svými zaměstnanci. Když potom byla do odst. 3 § 13 zák. o zaměstnanosti vedle stávajících výjimek z tohoto zákazu zavedena i poslední, která umožňovala plnění běžných úkolů zajišťovat právě za pomoci i jen jednotlivých podnikajících fyzických osob bez zaměstnanců, táže se potom Bělina po smyslu celého předmětného ustanovení a označuje je za nadbytečné, nadto i výkladově opět zavádějící. Svou kritiku § 13 zák. o zaměstnanosti pak Bělina uzavírá přáním, aby do budoucna zákonodárce toto ustanovení zrušil, neboť po jeho novelizaci zákonem č. 202/2005 Sb. došlo de facto ke zrušení zákazu Švarc-systému.⁶⁶

Bělinovy názory sdílím. Podle mne problém § 13 zák. o zaměstnanosti a § 1 odst. 6 starého zák. o zaměstnanosti zřejmě spočíval už v jejich základní koncepci, totiž, že chybně vystihovaly podstatu Švarc-systému jako zajišťování plnění běžných úkolů vyplývajících z předmětu činnosti právnické nebo fyzické osoby jinými osobami než vlastními zaměstnanci,

⁶³ BĚLINA: Zrušení zákazu..., s. 8–9.

⁶⁴ KADLECOVÁ, Tereza. *Švarcsystém a jeho možná řešení* [online]. epravo.cz, 26. listopadu 2009 [cit. 8. března 2012]. Dostupné na <<http://www.epravo.cz/top/clanky/svarcsystem-a-jeho-mozna-reseni-59217.html>>.

⁶⁵ BĚLINA: Zrušení zákazu..., s. 8–9.

⁶⁶ Tamtéž, s. 9.

a následkem toho se stalo předmětem zákazu počínání, které vůbec nemuselo znamenat Švarc-systém a navíc bylo prospěšné rozvoji podnikání. Řešení zákonodárce nacházel ve výjimkách z tohoto zákazu a moc výkonná v jeho diskutabilním výkladu výše zmiňovaným metodickým pokynem, těmito kroky však podle mne chybnou koncepci dotčených ustanovení jenom potvrdili.

2.2.3. Švarc-systém v letech 2007–2011

Další legislativní počín zákonodárce ohledně § 13 zák. o zaměstnanosti na sebe nenechal dlouho čekat. S účinností od 1. ledna 2007, tedy za rok a půl od novelizace § 13 zák. o zaměstnanosti zákonem č. 202/2005 Sb. (s účinností od 27. května 2005) a za necelý rok a půl od Bělinova kritického článku, bylo celé toto ustanovení novelou provedenou zákonem č. 264/2006 Sb. zrušeno, aniž by bylo nahrazeno jinou explicitní úpravou zákazu Švarc-systému. Tato změna zák. o zaměstnanosti v podstatě potvrdila, že i politici, v krátké době po poslední novelizaci § 13, nakonec dospěli k závěru, že zákaz Švarc-systému formulovaný v předmětném ustanovení spolu se všemi výjimkami skutečně nesvědčil potřebné právní jistotě podnikatelů.

Zrušení § 13 zák. o zaměstnanosti je však nutno vnímat v souvislosti s přijetím nového zákoníku práce (č. 262/2006 Sb.), který nabyl účinnosti dne 1. ledna 2007 a zrušil dosavadní zákoník práce (č. 65/1965 Sb). Nový zákoník práce sice neobsahoval (a dodnes neobsahuje) výslovné ustanovení zakazující Švarc-systém, nicméně nově ve svém § 2 odst. 4 přišel s definicí závislé práce a dále v § 3 stanovil povinnost konat ji pouze v pracovněprávním vztahu.⁶⁷ Tím však nepřímou a správně postihoval Švarc-systém jako výkon závislé práce mimo pracovněprávní vztah ve vztazích obchodněprávních. Zákonodárce, asi poučen zkušenostmi z předchozího legislativního vývoje zákazu Švarc-systému, upustil od jakékoli jiné, nové definice v zák. o zaměstnanosti.

Z právní úpravy nového zákoníku práce můžeme vyčíst změnu koncepce legislativního postihu Švarc-systému. Nastal posun správným směrem, totiž ve vnímání zákazu Švarc-systému od striktní povinnosti zajišťovat plnění běžných úkolů podnikatele jeho zaměstnanci a výjimek z této povinnosti směrem k výslovné úpravě závislé práce a stanovení povinnosti tuto práci vykonávat výlučně v pracovněprávních vztazích. Politika státu vůči fungování

⁶⁷ Zákon č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění zákona č. 185/2011 Sb. účinném ke dni 8. července 2011.

Švarc-systému se ovšem nezměnila, neboť z tohoto hlediska nazíráno došlo právě pouze ke změně koncepce zákazu zaměstnávání lidí jako OSVČ.

Nová právní úprava závislé práce, a tím i nepřímý postih provozování Švarc-systému, nedoznala změny pět let – od 1. ledna 2007 až do 1. ledna 2012. I během tohoto období se názory politické reprezentace na Švarc-systém vyvíjely a měnily. V prvních měsících roku 2009 byla Národní ekonomickou radou vlády (NERV), jako jedno z opatření proti hospodářské recesi, dokonce navrhována jeho legalizace, která měla podpořit zaměstnanost na pracovním trhu a malé a střední podnikatele. Nakonec k tomu ale nedošlo a jako alternativní protikrizové opatření bylo přijato snížení výše odvodů na sociální pojištění. Stát se podle mého názoru zalekl rizika významného výpadku příjmů státního rozpočtu na sociálním a zdravotním pojištění, který by uvažované povolení Švarc-systému mohlo přinést a který by v konečném důsledku mohl vést, i přes případné snížení nezaměstnanosti a podporu podnikání, k celkovému negativnímu dopadu na státní ekonomiku. Za situace, kdy navíc bylo provozování Švarc-systému v určitých průmyslových odvětvích léta tolerováno a nebylo důvodu tuto zavedenou praxi měnit, se to politikům mohlo zdát i zbytečné. I přesto, že k legalizaci Švarc-systému nedošlo, však skloňování tohoto magického sousloví v souvislosti s možnými návrhy na řešení probíhající hospodářské krize opět vyvolalo ve společnosti ohlas doprovázený rozpornými postoji a argumenty pro a proti u politiků i mezi jeho zastánci z řad podnikatelské sféry a odpůrci z řad odborů.

2.2.4. Švarc-systém nově od 1. ledna 2012

Politika státu vůči Švarc-systému se již v průběhu roku 2011 vychýlila směrem k jeho budoucímu razantnějšímu postihu. V listopadu minulého roku byly přijaty zákon č. 365/2011 Sb., kterým se mění zákon č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony, a zákon č. 367/2011 Sb., kterým se mění zákon č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony; oba s účinností od 1. ledna 2012.

Zákon č. 365/2011 Sb. se opět nepřímo, ale zase o něco důsledněji dotkl Švarc-systému tím, že zpřesnil definici závislé práce. Toto ustanovení, byť se ve spojení s § 3 zákoníku práce ve vztahu k postihu Švarc systému jednalo nepochybně o dokonalejší právní úpravu, než byla starší úprava ve zrušeném § 13 zák. o zaměstnanosti, totiž i tak vedlo k výkladovým nejasnostem.

Zákon č. 367/2011 Sb. přinesl ve vztahu ke Švarc-systému zásadnější změnu, když novelizoval stávající definici nelegální práce v § 5 písm. e) bodu 1 zák. o zaměstnanosti tak, aby výslovně dopadala i na Švarc-systém. Po pěti letech se tak do zákona o zaměstnanosti vrátilo ustanovení zakazující Švarc-systém. Nezůstalo však jen u nového vymezení nelegální práce. Ruku v ruce s tím novela č. 367/2011 Sb. také zpřísnila pokuty za Švarc-systém pro zaměstnavatele – právnické nebo podnikající fyzické osoby i zaměstnané OSVČ.⁶⁸

Uvedené novelizace zákona o zaměstnanosti v oblasti vymezení nelegální práce a jejího sankcionování jsou jednoznačně namířeny proti praktikování Švarc-systému, což lze vyčíst jak z nové definice nelegální práce, která naň formulačně dopadá, tak ze sankčních ustanovení, která Švarc-systém postihují. Vysoké pokuty mají za účel podnikatele odrazovat od zavádění nebo dalšího provozování Švarc-systému a OSVČ od setrvávání v zaměstnání na živnost.

Z výše popsaného vývoje legislativních reakcí státu na Švarc-systém vidíme, že systém zaměstnávání OSVČ jinými podnikateli si postupně prošel obdobími od státní benevolence přes zákaz a jeho postupnou liberalizaci až k vypuštění výslovné regulace z textu zákona a tolerování a v současnosti je znovu výslovně zakázán. Tyto rozdílné reakce státu na Švarc-systém potvrzují celkovou letitou nejasnost a ambivalentnost náhledů státu na prospěšnost nebo neprospěšnost, na zákaz nebo tolerování Švarc-systému. Zdali se politika státu vůči Švarc-systému do budoucna ustálí, ukáže až čas.

⁶⁸ Srov. podrobněji kapitolu Důsledky Švarc systému v oblasti pracovněprávní, podkapitolu Rizika.

3. Důsledky Švarc-systému

Systém podnikání, se kterým na přelomu 80. a 90. let minulého století přišel bývalý podnikatel Miroslav Švarc, s sebou přináší vícero důsledků. Skýtá zejména pro faktické zaměstnavatele řadu výhod, jinak by se pochopitelně až do dnešní doby neudržel a nebyl by aktuálním a diskutovaným tématem. Na druhou stranu, Švarc-systém má i svá úskalí, a to jak pro závislé OSVČ, tak jejich „zaměstnavatele“. Stát k němu pak nejnověji, od 1. ledna 2012, zaujal jednoznačně negativní stanovisko. S ohledem na to si v této kapitole rozebereme výhody a rizika plynoucí z praktikování Švarc-systému, zvláště pro oblast daňovou a sociálního zabezpečení a zvláště pro oblast pracovněprávní.

3.1. Důsledky Švarc-systému v oblasti daňověprávní a sociálního zabezpečení

3.1.1. Výhody

Výše jsem uvedl, že důvodem, proč vůbec Švarc-systém vznikl, byla řekněme finanční a administrativní úleva pro podnikatele – zaměstnavatele. Na uvedeném se do dnešní doby nic nezměnilo. Podnikatelům se zkrátka zaměstnat pracovníka se živnostenským nebo jiným oprávněním namísto řádného zaměstnance vyplatí. V čem konkrétně tedy finanční výhody takovýchto zaměstnavatelů spočívají? Názorně je můžeme ukázat na níže popsaném procesu odměňování zaměstnanců.

Celkové finanční náklady zaměstnavatele na jednoho zaměstnance v pracovním poměru vyjadřuje tzv. superhrubá mzda, která představuje základ daně pro stanovení daně z příjmů zaměstnance ze závislé činnosti. Superhrubá mzda se vypočítá součtem hrubé mzdy zaměstnance, pojistného na sociální zabezpečení a příspěvku na státní politiku zaměstnanosti a pojistného na všeobecné zdravotní pojištění (dále „sociální“⁶⁹ a zdravotní pojištění“), které je

⁶⁹ Podle § 1 zákona č. 589/1992 Sb., o pojistném na sociální zabezpečení a příspěvku na státní politiku zaměstnanosti, ve znění pozdějších předpisů, „pojistné na sociální zabezpečení zahrnuje pojistné na důchodové pojištění a pojistné na nemocenské pojištění“. Pojistné na sociální zabezpečení a příspěvek na státní politiku

státu povinen platit (odvádět) zaměstnavatel za zaměstnance. Toto pojistné se vypočítá pomocí zákonných procentních sazeb ze zaměstnanci zúčtovaných příjmů (mzdy).⁷⁰ Pokud bychom přistoupili k výpočtu povinného pojistného např. ze statisticky průměrné mzdy, zjistíme, že tyto položky představují poměrně nemalé finanční částky pravidelně vynakládané zaměstnavatelem na každého zaměstnance. Na rozdíl mezi superhrubou a hrubou mzdou tak názorně vidíme výši peněžních úspor podnikatele provozujícího Švarc-systém oproti podnikateli – řádnému zaměstnavateli.⁷¹ Protože podnikatel zaměstnávající místo zaměstnanců OSVČ povinnost platit toto pojistné nemá a náklady ve výši pojistného hrazeného za zaměstnance ušetří, vyplatí se mu tímto způsobem podnikat, byť by i jen jednu konkrétní osobu zaměstnával v pozici OSVČ namísto v pozici zaměstnance. Můžeme tudíž konstatovat, že podnikatele provozujícího Švarc-systém jeho „zaměstnanci“ stojí toliko hrubou mzdou zúčtovanou skutečným zaměstnavatelem.

Výše popsaná základní finanční výhoda, kterou přináší Švarc-systém, přitom řadě drobných podnikatelů (zejména též OSVČ) umožňuje vůbec mít nějaké „zaměstnance“ a v důsledku toho i reálně podnikat, protože k provádění řady podnikatelských činností je potřeba spolupráce více osob, bez které by tyto činnosti jednoduše nebylo možno uskutečňovat. V ekonomických silách takových podnikatelů sice není uživit byť i jen jednoho či dva spolupracovníky, které ke svému podnikání objektivně potřebují, jako zaměstnance v pracovním poměru, ale je v jejich ekonomických silách tyto spolupracovníky zaměstnat jako OSVČ. Švarc-systém tak může mít pozitivní vliv na zaměstnanost a i proto byla jeho legalizace v roce 2009 předmětem úvah Národní ekonomické rady vlády v souvislosti s návrhy protikrizových opatření. Jako „nutnost na začátku podnikání a podporu podnikání“⁷² tuto základní výhodu Švarc-systému uvedl i samotný jeho zakladatel Miroslav Švarc.

Vedle toho však Švarc-systém přináší podnikatelům i administrativní výhodu, neboť jim prakticky odpadá téměř veškerá administrativa v souvislosti se mzdovou agendou. Takový podnikatel může každý měsíc zaměstnané OSVČ vyplatit mzdu „na ruku“, oproštěnou

zaměstnanosti se většinou (např. v médiích, mezi lidmi nebo na výplatních páskách) souhrnně označují pojmem sociální pojištění.

⁷⁰ Pro pojistné na sociální zabezpečení a příspěvek na státní politiku zaměstnanosti je stanovena 25 % nebo 26 % sazba a pro pojistné na zdravotní pojištění (dvoutřetinová) 9 % sazba z celkové 13, 5 % sazby.

⁷¹ Vyjádřeno v číslech: zaměstnavatel, který zúčtuje svému zaměstnanci (statisticky) měsíční průměrnou mzdu za rok 2011 – 24 319,-Kč – zaplatí státu na pojistném na sociální pojištění částku 6080,- Kč a na pojistném na zdravotní pojištění částku 2 189,- Kč. Superhrubá mzda u tohoto zaměstnance bude činit částku 32 588,- Kč a rozdíl mezi superhrubou a hrubou mzdou činí 8 269,- Kč pak představuje úsporu podnikatele provozujícího Švarc-systém.

⁷² NOVOTNÝ, Radek, POKORNÝ, Marek. *Video: I Klaus mi sliboval, že zachová švarcsystém, říká jeho vynálezce* [online]. iHNed.cz, 11. února 2009 [cit. 22. března 2012]. Dostupné na <http://ihned.cz/c3-34247330-000000_d-video-svarcsystem-jde-k-ledu-je-to-skoda-mysli-si-jeho-vynalezce>.

od všech odvodů, jako by se jednalo o smlouvenou cenu za provedené dílo, na rozdíl od skutečného zaměstnavatele, který má vedle výše uvedených odvodů pojistného ještě i povinnost z vypočítané superhrubé mzdy pomocí 15 % sazby daně z příjmů fyzických osob ze závislé činnosti tuto daň vypočítat, po odečtení slev na dani ji zaměstnanci srazit ze mzdy a odvést státu. Krom toho je zaměstnavatel povinen vypočítat, srazit ze mzdy a odvést státu i pojistné, resp. tu část pojistného na sociální a zdravotní pojištění, které je povinen platit zaměstnanec.

Pokud se na finanční stránku Švarc-systému podíváme z pohledu zaměstnané OSVČ, zjistíme, že i jí může tento způsob organizace práce vyhovovat. OSVČ (většinou) od svého faktického zaměstnavatele dostane „na ruku“ vyšší mzdu⁷³, než kterou by si u něj vydělala v pracovním poměru, což se v důsledku může odrazit i na jejím ročním čistém výdělku. To je umožněno skrze dosažené peněžní úspory faktického zaměstnavatele na platbách pojistného státu, o ty nebo jejich část totiž svému „zaměstnanci“ obvykle zvýší mzdu do výše odpovídající hrubé nebo vyšší než hrubé mzdě klasického zaměstnance, aby mu alespoň částečně kompenzoval výdaje na platby povinného pojistného⁷⁴, které musí jako OSVČ ze svého výdělku odvést státu, a jiné zaměstnanecké požitky. Pokud má OSVČ nulovou daň nebo státu odvádí pouze minimální daň z příjmů z podnikání a na povinné pojistné si platí pouze minimální měsíční zálohy⁷⁵, což je celkem častý jev, její výdělek bude ve většině případů nepochybně vyšší, než kdyby ji jeho faktický zaměstnavatel zaměstnal v pracovním poměru.

Stav nulových či nízkých daňových odvodů a nízkých odvodů na pojistném u OSVČ je zapříčiněn zejména tzv. výdajovými paušály.⁷⁶ Řada živnostníků a jiných OSVČ pro zjištění základu daně a následný výpočet daně z příjmů „*veškeré výdaje poplatníka vynaložené v souvislosti s dosahováním příjmů z podnikání a z jiné samostatné výdělečné činnosti*“⁷⁷

⁷³ Uvědomuju si, že tento závěr je značně relativní a diskutabilní vzhledem k tomu, v ideálním případě by zaměstnavatel měl živnostníkům plně kompenzovat platby pojistného na sociální a zdravotní pojištění v souhrnné výši 34 %, které by za ně v případě pracovního poměru odváděl státu z vyplácených mezd, a nadto přidat peníze navíc např. na hrazení dovolené apod. To se však podle mne málokdy děje, protože by se v mnoha případech jednalo o horentní sumy, odpovídající superhrubým mzdám klasických zaměstnanců.

⁷⁴ Jedná o pojistné na důchodové pojištění a příspěvek na státní politiku zaměstnanosti a pojistné na zdravotní pojištění, nemocenské pojištění si OSVČ platit nemusí.

⁷⁵ V roce 2012 činí minimální výše zálohy pojistného OSVČ na sociální pojištění 1836,- Kč a minimální výše zálohy pojistného OSVČ na zdravotní pojištění 1697,- Kč. Minimální výše zálohy pro OSVČ dobrovolného pojistného na nemocenské pojištění je 115,- Kč.

⁷⁶ HOVORKA, Jiří. *Švarcsystém připravuje stát o 90 % příjmů. Díky paušálu* [online]. Aktuálně.cz, 16. ledna 2012 [cit. 26. března 2012]. Dostupné na <<http://aktualne.centrum.cz/finance/podnikani/clanek.phtml?id=728824>>.

⁷⁷ § 7 odst. 8 zákona č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění pozdějších předpisů.

uplatňuje určitým procentem ze svých celkových příjmů – výdajovým paušálem.⁷⁸

V praxi přinášejí výdajové paušály OSVČ dvě významné výhody. Za prvé jim značně ulehčují administrativu v souvislosti s podnikáním, neboť uplatňováním paušálních výdajů odpadá povinnost vést účetnictví nebo daňovou evidenci⁷⁹, což pro ně znamená jednak značnou úsporu času potřebného pro vlastní podnikání a jednak úsporu finanční, v případě, že by museli vedením účetnictví nebo daňové evidence pověřit specialistu. Tyto výhody přitom pro podnikání řady živnostníků a jiných drobných podnikatelů mohou mít přímo existenční význam, neboť by bez nich podnikat nevládali. A za druhé, paušály jsou pro OSVČ nastaveny poměrně štědře a vedou k tomu, že např. živnostník s průměrnou mzdou, který uplatní roční výdaje paušálem ve výši i jen 60 % z příjmů, bude mít nulovou daň⁸⁰ a zálohy na povinné pojistné bude hradit v minimální výši⁸¹, pokud si dobrovolně nebude platit vyšší zálohy. Pokud si navíc uvědomíme, že OSVČ pracující fakticky jako zaměstnanec často ponese i jenom náklady zaměstnance, resp. její náklady nebudou v žádném případě porovnatelné s náklady skutečné OSVČ (z její pozice budou minimální), neboť je pokryje faktický zaměstnavatel, potom, viděno optikou až 80 % výdajového paušálu, se právě zaměstnání formou Švarc-systému může jevit řadě těchto OSVČ finančně výhodnějším.⁸²

3.1.2. Rizika

Přejdeme nyní k rizikům Švarc-systému v oblasti daní a sociálního zabezpečení a zastavme se nejprve u faktických zaměstnavatelů. Příslušné finanční úřady (správci daně) mohou na základě daňových kontrol daně z příjmů fyzických osob ze závislé činnosti a z funkčních požitků těmto zaměstnavatelům za kontrolovaná zdaňovací období dodatečně

⁷⁸ Výdajové paušály jsou upraveny v § 7 odst. 7 a 8 zákona č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění pozdějších předpisů. Jejich výše je podle druhu příjmů z podnikání a z jiné samostatné výdělečné činnosti uvedeného v § 7 odst. 1 a 2 zákona č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů nastavena na čtyřech úrovních – 80 %, 60 %, 40 % a 30 %. Z příjmů ze živností řemeslných lze uplatnit 80 % výdajový paušál a z příjmů z ostatních živností 60 % výdajový paušál.

⁷⁹ KARFÍKOVÁ, Marie. *Finanční právo*. 5. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 199–200.

⁸⁰ Vyjádřeno v číslech: živnostník, který si u svého faktického zaměstnavatele ročně vydělá částku 291 828, Kč, odpovídající měsíční průměrné mzdě za rok 2011 (24 319,-Kč) a pro účely stanovení 15 % daně z příjmu uplatní své daňově uznatelné výdaje 60 % výdajovým paušálem, si v daňovém přiznání vypočítá daň z příjmu 17 510,- Kč. Po uplatnění (odečtení) roční slevy na dani na poplatníka ve výši 24 840,- Kč však bude jeho daňová povinnost nulová.

⁸¹ HOVORKA: *Švarcsystém připravuje stát...*, dostupné na <http://aktualne.centrum.cz/finance/podnikani/clanek.phtml?id=728824>.

⁸² Daňovou výhodnost jako motivaci pro vstup OSVČ do Švarc-systému shodně uvádějí také Erényi a Šubrt s Trezziovou. Srov. ERÉNYI, Tereza. Švarcsystém – pomoc i právní rizika. *Personální a sociálně právní kartotéka*, 2010, roč. 13, č. 3, s. 1. ŠUBRT, TREZZIOVÁ: Závislá práce, nelegální práce a „švarcsystém“..., s. 16.

vyměřit daň z příjmů ze závislé činnosti, kterou státu neodvedli za pracovníky, u kterých finanční úřady zjistily a prokázaly závislou činnost podle § 6 odst. 1 písm. a) zákona č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, a to včetně sankcí v podobě penále nebo úroků z prodlení. Obdobně mohou příslušné okresní správy sociálního zabezpečení a zdravotní pojišťovny na základě výsledků kontrol řádných odvodů pojistného na sociální a zdravotní pojištění zaměstnavatelům dodatečně předeepsat k úhradě neodvedené pojistné a penále z nedoplatků. Zaměstnavatelé se tak vystavují riziku finančního postihu ze strany správních orgánů, který pro ně a jejich podnikání v konkrétních případech může být i likvidační.⁸³ Uvedená finanční rizika v daňové a sociální oblasti mohou navíc pro zaměstnavatele mít přesah i do roviny trestněprávní.⁸⁴ Co se týče rizik plynoucích z této oblasti pro závislé OSVČ, i těch je povícero. V oblasti systému důchodového pojištění minimální či nízké odvody pojistného na důchodové pojištění v dlouhodobém horizontu pro tyto lidi představují riziko nízkých penzí, které ne vždy budou v budoucnu schopni pokrýt z vlastních finančních úspor. Stejný problém mohou mít v případě, že se stanou invalidními, neboť i výše invalidního důchodu odvisí od výše odvodů pojistného. Navíc, v případě invalidity vzniklé následkem pracovního úrazu zaměstnanci vzniká nárok na invalidní důchod automaticky, bez podmínky splnění potřebné doby pojištění⁸⁵, což v případě úrazu vzniklého při práci OSVČ, byť je fakticky v pozici zaměstnance vykonávajícího pro svého „zaměstnavatele“ závislou práci, nepřichází v úvahu, neboť by se nejednalo o úraz vzniklý v rámci pracovněprávního vztahu. V oblasti systému nemocenského pojištění hrozí OSVČ, které na něm neparticipují (neplatí měsíční zálohy na pojistné na nemocenské pojištění), protože tento systém je pro ně dobrovolný, že v případě dočasné pracovní neschopnosti způsobené nemocí nebo úrazem, což může být i dlouhodobá záležitost, se ocitnou ve finanční tísní, protože nebudou mít nárok na dávky nemocenského.

⁸³ V praxi se totiž může jednat o sumy v řádech milionů korun, jak se podává např. z rozsudku Nejvyššího správního soudu ve věci doměření daně z příjmů sp. zn. 1 Afs 53/2011 ze dne 8. září 2011.

⁸⁴ Pokud by došlo k naplnění skutkové podstaty trestného činu neodvedení daně, pojistného na sociální zabezpečení a podobné povinné platby podle § 241 zákona č. 40/2009, trestního zákoníku, ve znění pozdějších předpisů.

⁸⁵ K podmínkám vzniku nároku na invalidní důchod srov. § 38n. zákona č. 155/1995 Sb., o důchodovém pojištění, ve znění pozdějších předpisů.

3.2. Důsledky Švarc-systému v oblasti pracovněprávní

3.2.1. Výhody

Švarc-systém má pro faktické zaměstnavatele své výhody i v rovině vzájemných práv a povinností plynoucích z pracovněprávních vztahů, klasicky z pracovního poměru. Tyto výhody souvisí s ochrannářskou funkcí pracovního práva a s ní spojenou limitací autonomie vůle stran pracovněprávních vztahů.⁸⁶ Zaměstnavateli v důsledku toho vůči zaměstnanci plyne celá řada povinností a zaměstnanci zase korelující oprávnění vůči zaměstnavateli. Zaměstnavatel je v první řadě povinen zaměstnanci „*vytvářet podmínky pro plnění jeho pracovních úkolů a dodržovat ostatní pracovní podmínky stanovené právními předpisy, smlouvou nebo stanovené vnitřním předpisem*“.⁸⁷ To zahrnuje celou škálu oblastí, ve kterých se zaměstnavatel musí ve prospěch zaměstnance aktivně angažovat.

Na úseku bezpečnosti a ochrany zdraví při práci (dále „BOZP“) má zaměstnavatel povinnost zabezpečit ochranu zdraví a životů svých zaměstnanců při výkonu práce, a to vytvořením zdraví nezávadného a bezpečného pracovního prostředí, školeními a informováním o BOZP v souvislosti s vykonávanými pracemi, poskytováním ochranným pracovním a mycích prostředků atd.⁸⁸

V oblasti vlastní organizace práce je zaměstnavatel povinen rozvrhovat zaměstnanci pracovní dobu, a to s ohledem na její maximální týdenní délku a maximální délku směny, nepřetržitý odpočinek mezi jednotlivými směny a v týdnu, případnou práci přesčas, noční práci nebo pracovní pohotovost a poskytovat zaměstnanci přestávku v práci na jídlo a oddech.⁸⁹

V oblasti odměňování za práci je zaměstnavatel povinen za práci přesčas a ve svátky vyplácet zaměstnanci příplatky nebo poskytovat náhradní volno a za práci o sobotách a nedělích, noční práci a práci ve ztíženém pracovním prostředí vyplácet příplatky, v případě pracovní pohotovosti potom odměnu.⁹⁰

Vedle mzdových nároků zaměstnance, přímo souvisejících s vykonáváním práce, tvoří významnou skupinu práva zaměstnance na finanční zabezpečení v případě jeho nemoci či úrazu. Zaměstnanec má nárok na náhradu mzdy nebo platu ze strany zaměstnavatele

⁸⁶ BĚLINA, Miroslav a kol. *Pracovní právo*. 4. vydání. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 7–8.

⁸⁷ § 38 odst. 1 písm. a) zákona č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů.

⁸⁸ Srov. §§ 101–108 zákona č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů.

⁸⁹ Srov. §§ 78–100 zákona č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů.

⁹⁰ Srov. §§ 114–118 zákona č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů.

po dobu prvních tří týdnů dočasné pracovní neschopnosti (dále „DPN“) nebo karantény, vyjma tzv. karenční doby – prvních tří dnů DPN – a v následujícím období má nárok na dávky nemocenského vypláčené státem.⁹¹ V případě trvalých následků (škody) způsobených pracovním úrazem nebo nemocí z povolání má zaměstnanec vůči zaměstnavateli právo na náhradu za ztrátu na výdělků po dobu a po skončení pracovní neschopnosti, za bolestné a ztížení společenského uplatnění, účelně vynaložené náklady spojené s léčením, věcnou škodu a pozůstalí mají v případě smrti zaměstnance právo na výplatu dalších náhrad, přičemž zaměstnavatel za tuto škodu odpovídá zaměstnanci objektivně, bez ohledu na vlastní zavinění a porušení předpisů o BOZP.⁹²

Poměrně významně je zaměstnanec chráněn v oblasti skončení pracovního poměru. Zaměstnavatel může se zaměstnancem rozvázat pracovní poměr jen z taxativně stanovených důvodů, přičemž každý z těchto důvodů má své další specifické podmínky, které je k úspěšnému rozvázání pracovního poměru třeba naplnit.⁹³ Patrně nejmarkantněji je tato ochrana vidět u výpovědi: zaměstnavatel ji zaměstnanci může dát jen ze zákonem taxativně vypočtených důvodů, přičemž ochrana zaměstnance je dále prohloubena institutem výpovědní doby a odstupného.⁹⁴ Rozvázaný pracovní poměr skončí až uplynutím nejméně dvouměsíční výpovědní doby a nehrozí tak, že se zaměstnanec ze dne na den ocitne v existenčně tísnivé situaci bez práce a tím pádem bez pravidelného příjmu v určité výši, se kterým třeba dlouhodobě počítal při financování svých záležitostí (např. hypotečního úvěru, leasingu na auto), a může již za trvání končícího zaměstnání aktivně hledat zaměstnání jiné a při troše štěstí kontinuálně přejít z jednoho zaměstnání do druhého. Odstupné, poskytované zaměstnanci v případě některých výpovědních důvodů nebo rozvázání pracovního poměru vzájemnou dohodou ze stejných důvodů, pro zaměstnance zase může představovat relativně slušnou finanční kompenzaci a zabezpečení pro bezprostředně následující období po skončení pracovního poměru, kdy hned nemusí najít nové zaměstnání nebo zaměstnání oproti tomu předchozímu stejně dobře honorované.

Zaměstnanecký poměr je komfortní i z hlediska odpočinku a jeho financování: zaměstnanci je zákonem garantován nárok na dovolenou v délce nejméně čtyř týdnů v kalendářním roce, za kterou od zaměstnavatele dostává i náhradu mzdy ve výši jeho

⁹¹ Srov. §§ 192 a 193 zákona č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů, a § 23 zákona č. 187/2006 Sb., o nemocenském pojištění, ve znění pozdějších předpisů.

⁹² Srov. §§ 365–390 zákona č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů.

⁹³ Podle § 48 odst. 1 písm. a)–d) zákoníku práce jsou to dohoda, výpověď, okamžité zrušení a zrušení ve zkušební době.

⁹⁴ Srov. §§ 50–54 a §§ 67 a 68 zákona č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů.

průměrného výdělku; stejně tak zaměstnavatel proplácí zaměstnanci svátky, které případnou na pracovní dny a ve kterých nepracuje.⁹⁵

Výše uvedený výčet je samozřejmě demonstrativní, vedle uvedených povinností v zákonech nalezneme další povinnosti zaměstnavatelů, které zde ale již uvádět nebudu, protože pro názornost a vykreslení situace stačí stávající výčet. Tyto (a další) povinnosti však faktickým zaměstnavatelům odpadají, pokud zaměstnávají místo zaměstnanců OSVČ. Formálně se totiž jedná o obchodněprávní vztahy mezi dvěma na sobě nezávislymi podnikateli, které se řídí obchodním zákoníkem a ve kterých nelze uplatňovat práva a povinnosti podle zákoníku práce. To pro uvedené zaměstnavatele představuje finanční, organizační a časovou úsporu.

Samozřejmě, v konkrétním případě se zainteresované strany mohou domluvit i tak, že faktický zaměstnavatel bude zaměstnané OSVČ (některé) zaměstnanecké výhody poskytovat, ale v praxi bude nejčastěji jejich vztah pracovněprávnímu vztahu odpovídat pouze u těch zaměstnaneckých oprávnění, která jsou svou povahou základní a obvyklá i v případech jiných činností (např. právě v případě samostatné výdělečné činnosti nebo dobrovolnické činnosti) než výkonu závislé práce a z hlediska výhodnosti Švarc-systému pro zaměstnavatele nejsou klíčová a je tak ochoten je zaměstnanci poskytnout.⁹⁶ Z výše podaného je totiž zřejmé, že ve svém souhrnu jsou výše uvedená zaměstnanecká oprávnění (a to nebyla uvedena všechna) pro většinu faktických zaměstnavatelů natolik zatěžující, že je nebudou ochotni všechna poskytnout. Jinými slovy, i klasická pracovněprávní oblast, kde zákoník práce a zákon o zaměstnanosti zaměstnavatelům ukládají řadu povinností, je podle mne natolik významný faktor, že řadu podnikatelů vede k volbě raději si najmout OSVČ namísto přijmout zaměstnance.

Jaké výhody potom pracovněprávní oblast může představovat pro zaměstnané OSVČ? Z výše uvedeného se zdá, že neexistující ochrana zákoníkem práce spíše přináší nevýhody než výhody. Určitě bychom ale našli živnostníky a jiné OSVČ, kteří spatřují výhody i zde. Aby tomu tak bylo, je podle mne nutné konkrétní pracovní situaci z hlediska OSVČ nazírat komplexně, tedy spolu s finančními výhodami, jež jí Švarc-systém může přinášet. Bude se nejčastěji jednat o situace, kdy podnikatelé naváží vzájemnou spolupráci formou Švarc-systému dobrovolně, tzn. závislé OSVČ k takovéto formě spolupráce nejsou faktickými poměry a stanoviskem obchodních partnerů nuceny, mají na vybranou a po dohodě s nimi

⁹⁵ Srov. §§ 211–223 a § 115 zákona č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů.

⁹⁶ Klasicky se jedná např. o pauzu (slovy zákona přestávku v práci na jídlo a oddech) nebo o poskytnutí vlastního nářadí k výkonu práce apod.

se svobodně rozhodnou z určitých důvodů raději pro status OSVČ. Může tomu tak být například v případě, kdy faktický zaměstnavatel své „zaměstnance“ dobře odměňuje⁹⁷ a poskytuje jim zaměstnanecká práva alespoň v určitém dohodnutém kompromisním rozsahu, který dodržuje, takže výsledný celkový status je pro ně vyhovující. Chybějící právní status zaměstnance a ochranu zákoníkem práce mohou v konkrétních případech po domluvě s ním kompenzovat například možnostmi tzv. „bokovek“, tj. menších prací i pro jiné obchodní partnery. Pokud jsou dobří a žádání, vydělávají si tak nepoměrně více než v zaměstnaneckém poměru a ten se jim pak logicky může jevit jako pouto příliš svazující jejich pracovní příležitosti.⁹⁸

3.2.2. Rizika

Podnikatelé zaměstnávající OSVČ se vystavují riziku postihu na úseku správního trestání v podobě pokut ukládaných inspektoráty práce podle zákona o zaměstnanosti, jestliže jejich pověřeni pracovníci u nich při kontrole Švarc-systém odhalí. Nově, od 1. ledna 2012, lze právnické nebo podnikající fyzické osobě uložit pokutu za správní delikt umožnění výkonu nelegální práce, místo dosavadních 5 000 000,- Kč, až do výše 10 000 000,-Kč, přičemž je nově stanovena i minimální výše pokuty – 250 000,- Kč⁹⁹ – pod níž nelze při ukládání sankce za tento správní delikt jít. Další riziko pro tyto podnikatele představuje možnost překvalifikování jejich spolupráce s OSVČ ze vztahu Švarc-systém na vztah pracovní poměr v případech navenek obchodněprávními vztahy zastřených pracovních poměrů, tedy v případech, kdy pod rouškou formální obchodní spolupráce bylo skutečnou vůlí podnikatelů uzavřít pracovní smlouvu a založit tím klasický pracovní poměr (takto ovšem oprostěný od zatěžujících odvodů státu). V takových případech by se totiž fiktivní zaměstnanci mohli na svých zaměstnavatelích zřejmě s úspěchem soudně domáhat všech zákonných nároků plynoucích pro ně z pracovního poměru.¹⁰⁰

Zaměstnaným OSVČ za odhalený Švarc-systém rovněž hrozí pokuty. Zákon o zaměstnanosti od 1. ledna 2012 umožňuje fyzické osobě za přestupek výkonu nelegální

⁹⁷ Srov. pozn. č. 73.

⁹⁸ Zde se může nabízet otázka, zda-li by se u těchto šikovných živnostníků a jiných OSVČ ještě vůbec dalo hovořit o Švarc-systému, pokud by takové menší zakázky (kšefty) pro jiné obchodní partnery měli pravidelně po delší dobu a ve větším množství. Vše by zřejmě záleželo na posouzení konkrétní situace a případ od případu bychom potom mohli dojít k různým názorům a výsledkům.

⁹⁹ § 140 odst. 1 písm. c), odst. 4 písm. f) zákona č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁰⁰ ERÉNYI, Tereza. Švarcsystém – pomoc i právní rizika. *Personální a sociálně právní kartotéka*, 2010, roč. 13, č. 3, s. 3.

práce uložit pokutu, místo dosavadních 10 000,-Kč, až do výše 100 000, Kč.¹⁰¹ Další rizika potom pro ně plynou již z výše popsanych faktů, na tomto místě proto učiním pouze jejich stručné shrnutí: ač tedy tyto OSVČ pracují de facto jako zaměstnanci, tedy vykonávají závislou práci, de iure jimi nejsou a nevztahuje se na ně tudíž poměrně silná ochrana zaměstnanců zákoníkem práce. Z toho plyne, že sice mají většinu povinností běžných zaměstnanců, ale oproti nim jejich oprávněními nebo určitou jejich množinou již nedisponují.

Jako příklad si můžeme představit živnostníka, který denně dlouhodobě dochází v určitou hodinu na pracoviště a v určitou hodinu jej opouští, přidělenou práci provádí podle pokynů zaměstnavatele (jeho mistra), částečně svým vybavením, jinak vybavením zaměstnavatele, odměňován je hodinově v pravidelných měsíčních intervalech; pracovní dobu ovšem oficiálně pevně stanovenou nemá a práci přesčas si proto nevykazuje a ani za ni nedostane příplatky, stejně jako za práci ve ztíženém pracovním prostředí a v jiných případech, dále nemá garantován povinný odpočinek ani dovolenou, a tak když si konečně vezme volno, musí mít nadděláno, aby si jej zaplatil, stejně tak i svátky; při nemoci a úrazu nedostane od zaměstnavatele žádnou finanční náhradu, nemá dostatečnou jistotu ohledně trvalosti práce, protože jeho faktický zaměstnavatel s ním může ukončit spolupráci takřka z hodiny na hodinu, etc.

¹⁰¹ § 139 odst. 1 písm. c), odst. 3 písm. c) zákona č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti, ve znění pozdějších předpisů. Za přestupek umožnění výkonu nelegální práce lze fyzické osobě uložit pokutu až do výše 5 000 000,- Kč podle § 139 odst. 1 písm. d), odst. 3 písm. e) zákona o zaměstnanosti.

4. Kdy půjde o Švarc-systém?

Výše jsem popsal, že Švarc-systém s sebou přináší vícero pozitivních i negativních důsledků pro obě strany této formy spolupráce. Z teoretického i praktického hlediska je potom stěžejní posouzení, zda se v konkrétním případě jedná o Švarc-systém, a to není vůbec jednoduché. Proto se v této kapitole na základě v předchozích kapitolách popsané definice a vývoje zákonného zákazu Švarc-systému podrobně zaměřím na pojem závislé práce (činnosti) v zákoně, judikatuře, německé doktríně a praxi i na poli judikatury Evropského soudního dvora, abych rozbořem a srovnáním závislé práce v uvedených oblastech mohl dospět k jejím klíčovým identifikačním znakům, jejichž přítomnost v případě práce OSVČ pro objednatele ukazuje na Švarc-systém.

4.1. Dvojití pojetí Švarc-systému v pracovněprávní legislativě

Zatímco v podnikatelské praxi bylo vždy jasné, v čem spočívá podstata Švarc-systému, protože z tohoto prostředí také vzešel, a viděno mnou to muselo být posléze zřejmé i zákonodárci, první legální zákaz v zákoně o zaměstnanosti jako výsledek snahy vyloučit jeho praktikování v praxi a v rámci něj i pojetí Švarc-systému jeho podstatu podle mne vůbec nevystihoval a byl od samého počátku formulačně chybný. Nejasné uchopení vymezení Švarc-systému bylo zajisté zapříčiněno i tím, že se po 40 letech éře totality a nemožnosti svobodného podnikání jednalo o zcela nový fenomén se zásadními dopady pro stát, se kterým se tak bylo nutno v poměrně krátkém čase nějakým způsobem vypořádat.

Chybou původního pojetí Švarc-systému z kraje 90. let coby zajišťování plnění běžných úkolů vyplývajících z předmětu činnosti podnikatele jinými osobami než zaměstnanci v pracovněprávních vztazích nebralo v potaz hledisko závislosti vykonávané činnosti, charakterizující pracovněprávní vztahy. Svou roli sehrálo zřejmě i to, že závislá práce nebyla ve starém zákoníku práce¹⁰², přestože se s tímto pojmem v právní, legislativní i soudní praxi operovalo¹⁰³, nikterak vymezena a zákonodárce se pouze v souvislosti s postihem Švarc

¹⁰² Zákon č. 65/1965 Sb., zákoník práce, ve znění zákona č. 308/2006 Sb. účinném ke dni 18. srpna 2006.

¹⁰³ Srov. např. článek Marie Kalenské: KALENSKÁ, Marie. Švarcsystém nezanikne ani v roce 2005. *Právní rádce*, 2005, roč. 13, č. 3, s. 40; Důvodovou zprávu k návrhu zákona č. 262/2006 Sb., zákoník práce, s. 6–7

-systému k tomuto ve své podstatě fundamentálnímu pracovněprávnímu počínu neodhodlal a přenechal jej až novému zákoníku práce. U Švarc-systému jde přitom principiálně o zaměstnávání OSVČ, tedy o práci OSVČ pro obchodního partnera ve vztahu obdobném vztahu pracovněprávnímu, vykazujícím jeho podstatné rysy, ve kterém tudíž nutně dochází k výkonu závislé práce. Přestože původní pojetí s pojmem závislé práce neoperovalo, z dikce zrušeného § 13 zákona o zaměstnanosti podle mne lze dovodit, že plnění běžných úkolů vyplývajících z předmětu činnosti mělo indikovat závislou práci a zákonodárci tak musela být podstata Švarc-systému zřejmá. Problém však spočíval v tom, že tomu tak nemuselo být, čehož si byl zákonodárce rovněž posléze vědom a za účelem zmírnění dopadů neúčelného zákazu přijímal zákonné výjimky. Poslední z nich, umožňující subdodavatelské vztahy, pak uvedené přímo potvrdila, když § 13 odst. 3 písm. c) bod druhý umožnil podnikatelům svěřit plnění běžných úkolů jiným OSVČ za podmínky, že nebudou „svěřené úkoly zajišťovat v zastřené pracovněprávní vztahu“¹⁰⁴, neboť „právě tento pojem implicitně závislou práci vyjadřoval“.¹⁰⁵

S uvedeným problémem, dříve než jej vyřešil zákonodárce, byly nuceny vypořádat se správní soudy při přezkumech rozhodnutí finančních úřadů o doměření daně z příjmů fyzických osob ze závislé činnosti. Nejvyšší správní soud v jednom z těchto případů konstatoval, že „pro posouzení této otázky (zda jde, či nejde o závislou činnost – pozn. autora) pak není relevantní, zda došlo k porušení uvedeného ustanovení (§ 1 odst. 6 – pozn. autora) zákona o zaměstnanosti. I kdyby však k tomuto porušení došlo – a Nejvyšší správní soud tímto v žádném případě nehodnotí, zda se tak stalo – neměla by tato skutečnost vliv na posouzení, zda jsou předmětné vztahy závislou činností či nikoliv. Podle tohoto ustanovení je právnická nebo fyzická osoba povinna plnění běžných úkolů vyplývajících z předmětu její činnosti zajišťovat svými zaměstnanci, které k tomu účelu zaměstnává v pracovních vztazích podle zákoníku práce. Pokud tak nečiní, neznamená to, že smluvní vztahy, na základě kterých plnění těchto úkonů zajišťuje, jsou automaticky zastřenými právními úkony maskujícími závislou činnost“.¹⁰⁶

S tímto nelze než souhlasit. Běžné úkoly vyplývající z předmětu činnosti podnikatele a jiné úkoly prakticky vždy fyzické osoby mohly, nebýt zákonného zákazu, a v tom spočívala už od počátku jeho problematičnost, a i nyní mohou vykonávat jak v postavení závislém coby

a rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 7 Afs 143-2005 ze dne 14. 12. 2006 nebo usnesení Ústavního soudu sp. zn. III. ÚS 697/07 ze dne 14. 2. 2008.

¹⁰⁴ Zákon č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti, ve znění zákona č. 202/2005 Sb. účinném ke dni 27. května 2005.

¹⁰⁵ ŠUBRT, TREZZIOVÁ: Závislá práce, nelegální práce a „švarcsystém“..., s. 17.

¹⁰⁶ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. července 2006, sp. zn. 2 Afs 173-2005, s. 6–7.

zaměstnanci, tak zcela nezávislém jako podnikatelé-OSVČ. Pokud úkoly vykonávají v postavení nezávislém, nemůžeme mluvit o Švarc-systému a nelze je jakkoliv postihovat, neboť se bude jednat o řádnou a dovolenou obchodní spolupráci mezi dvěma na sobě nezávislými podnikateli, která je pro trh práce i stát prospěšná. V opačném případě by se totiž jednalo o nepřijatelnou státní šikanu likvidující samostatné podnikání. Bez akceptace a dodržování uvedené premisy si v současnosti nelze řádné fungování podnikání vůbec představit, protože by nebyla umožněna realizace subdodávek. Odtud pak i zmiňovaná výjimka umožňující subdodávky a v konečném důsledku vedoucí až k vypuštění § 13 ze zákona o zaměstnanosti.¹⁰⁷

Druhé pojetí, obsažené v zákoníku práce v podobě definice závislé práce a povinnosti ji vykonávat výlučně v pracovněprávních vztazích, je proto jediné správné, protože na podstatu Švarc-systému přesně dopadá. Dnes navíc máme v zákoně o zaměstnanosti i ustanovení přísně sankcionující nedodržování této koncepce, které tak markantně zvyšuje její skutečný význam a dopad do podnikatelské sféry. Proto starou i novou definici závislé práce na následujících řádcích podrobněji rozeberu.

4.2. Problematické aspekty staré definice závislé práce

Účelem legální definice závislé práce obsažené v tehdejší odst. 4 § 2 zákoníku práce¹⁰⁸ bylo jasně vymezit předmět pracovního práva, tj. výkon závislé práce. Zákonodárce tímto krokem sledoval nápravu nedostatku dřívějšího zákoníku práce, který „nedostatečně vymezoval předmět své působnosti“.¹⁰⁹ Přitom se však nevyvaroval chyb vedoucích k výkladové nejistotě ohledně této definice. Domnívám se, že zákonodárce starou definicí zamýšleného účelu nedosáhl.

Prvním problematickým aspektem bylo, že dřívější definice směřovala dohromady znaky a podmínky pro výkon závislé práce, což bylo následně pro svou nekonceptnost

¹⁰⁷ Srov. podrobněji kapitulu Vývoj právní úpravy zákazu Švarc-systému, podkapitoly Švarc-systém v letech 2004–2006 a Švarc-systém v letech 2007–2011.

¹⁰⁸ Stará definice závislé práce zněla následovně: „za závislou práci, která je vykonávána ve vztahu nadřízenosti zaměstnavatele a podřízenosti zaměstnance, se považuje výlučně osobní výkon práce zaměstnance pro zaměstnavatele, podle pokynů zaměstnavatele, jeho jménem, za mzdu, plat nebo odměnu za práci, v pracovní době nebo jinak stanovené nebo dohodnuté době na pracovišti zaměstnavatele, popřípadě na jiném dohodnutém místě, na náklady zaměstnavatele a na jeho odpovědnost“.

¹⁰⁹ MINISTERSTVO PRÁCE A SOCIÁLNÍCH VĚCÍ ČESKÉ REPUBLIKY. *Důvodová zpráva k návrhu zákona č. 262/2006 Sb., zákoník práce*. Praha, 2005, s. 6–7.

kritizováno v teorii i praxi.¹¹⁰ Jako znaky závislé práce tak byly uváděny i „následky výkonu nesamostatné práce“.¹¹¹

Druhý problematický aspekt musíme vnímat v úzké souvislosti s prvním. Spočíval v kogentnosti dřívější definice, neboť ve smyslu tehdejšího § 2 odst. 1 zák. práce z povahy a významu¹¹² definičního ustanovení vyplývalo, že se od něj není možné odchýlit.¹¹³ Logicky bychom proto měli dospět k závěru, že pro existenci závislé práce by měly být naplněny všechny její tehdejší znaky, tedy i podmínky pro výkon. Nicméně, i přesto se v odborných článcích můžeme setkat s různými názory na nutnost naplnění všech znaků dřívější definice. Zatímco Šubrt a Trezziová tvrdí, že „všechny tyto znaky závislé práce musí být splněny kumulativně, jinak by se o závislou práci nejednalo“¹¹⁴, Erényi naproti tomu konstatuje, že „ačkoli existují názory, že pro naplnění pojmu závislé práce je třeba, aby byly naplněny všechny výše uvedené znaky, nelze vyloučit, že v případě kontroly nebo soudního sporu by stačilo, pokud by byly naplněny jen některé z nich“.¹¹⁵ Nadto Bezouška se ve svém článku vůbec snaží od legální definice závislé práce oprostít, protože ji vidí jako lichý počin zákonodárce, a svůj názor přenechat tuto definici nauce a právní praxi argumentačně podporuje rozbořem vymezení závislé práce v německé doktríně.¹¹⁶

Různost názorů na dřívější definici závislé práce, respektive na to, který znak by měl být tím zcela základním pro její vymezení, vyčteme i z komentářové literatury. Jakubka nejprve vychází při vymezení hlavních znaků obecně z definice, dále se blíže pozastavuje u právní a ekonomické odpovědnosti zaměstnavatele za výkon závislé práce zaměstnancem a právě tu uvádí jako rozhodující prvek pro její určování.¹¹⁷ Bělina se zase snaží základní znaky vymežit na základě odlišení závislé práce od občanskoprávních a obchodněprávních vztahů a v návaznosti na to za základní definiční znaky považuje zejména vztah nadřízenosti a podřízenosti mezi zaměstnavatelem a zaměstnancem a „zvláštní osobní vztah mezi zaměstnancem a zaměstnavatelem se zvláštními právy a povinnostmi na obou stranách“, dále pak uvádí znaky judikované již dříve Nejvyšším správním soudem.¹¹⁸ V nejnovějším vydání svého komentáře k zákoníku práce, zahrnujícím i novelizaci definice závislé práce

¹¹⁰ MINISTERSTVO PRÁCE A SOCIÁLNÍCH VĚCÍ ČESKÉ REPUBLIKY: *Návrh pro meziresortní...*, s. 58.

¹¹¹ BEZOUŠKA, Petr. *Závislá práce. Právní rozhledy*, 2008, roč. 16, č. 16, s. 579.

¹¹² BĚLINA: *Pracovní právo...*, s. 21.

¹¹³ Zákon č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění zákona č. 185/2011 Sb. účinném ke dni 8. července 2011.

¹¹⁴ ŠUBRT, TREZZIOVÁ: *Závislá práce, nelegální práce a „švarcsystém“...*, s. 18.

¹¹⁵ ERÉNYI: *Švarcsystém – pomoc...*, s. 1.

¹¹⁶ BEZOUŠKA: *Závislá práce...*, s. 579–583.

¹¹⁷ JAKUBKA: *Zákoník práce...*, s. 34–35.

¹¹⁸ BĚLINA, Miroslav. In BĚLINA, Miroslav (ed). *Zákoník práce. Komentář*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 15–16 (§ 2 Zákoník práce). O znacích vytvořených judikaturou srov. podrobněji níže.

od 1. 1. 2012, pak Bělina tyto znaky opakuje.¹¹⁹ Uvedené rozdílné názory jsou zcela pochopitelně zapříčiněny hledáním ratic dřívejší nejasné definice závislé práce za účelem předejití účelovým a zavádějícím výkladům.

Na základě výše uvedeného dospívám k závěru, že prezentované rozdílné názory akademiků i praktiků na klíčové definiční znaky a právě i na otázku nutnosti naplnění všech zákonem uváděných znaků pro vyslovení existence či neexistence závislé práce v konkrétním případě, jakož i problematická formulace této definice a (v následujících kapitolách rozebíraná) judikatura správních soudů k problematice Švarc-systému a německá nauka a praxe vyvracejí závěr o nezbytnosti naplnění všech (tehdejších) zákonných znaků pro podřazení konkrétní činnosti pod pojem závislá práce. Podle mne by bylo formalistické a nepraktické, a tudíž interpretačně chybné, vykládat tuto definici čistě gramaticky a vždy lpět na přítomnosti všech tehdejších znaků, tedy i dnešních podmínek pro výkon, v konkrétním případě, protože tak by i situace jinak zcela jasné a nepochybné závislé práce nemohly být pod ni podřazeny kvůli absenci pouhých jednoho nebo dvou v daném případě třeba i méně podstatných znaků (dnešních podmínek pro výkon). Uvedené implicitně potvrzuje právě i samotné nové vymezení závislé práce na znaky na straně jedné a podmínky pro výkon na straně druhé, neboť výslovně stanoví, že o závislou práci se bude vždy jednat již při existenci zákonem taxativně stanovených opravdových znaků, bez ohledu na tehdejší další legální znaky závislé práce – v současnosti podmínky pro její výkon – které jsou implikovány nynějšími znaky.

4.3. Definiční znaky a podmínky pro výkon v nové definici závislé práce

Při srovnání dřívejší definice závislé práce s nynější úpravou zjistíme, že byla obsahově takřka shodně přejata.¹²⁰ Jediný významnější rozdíl spočívá v tom, že pro větší srozumitelnost a přehlednost byly nově zvlášť vymezeny a od sebe odděleny definiční znaky závislé práce a podmínky pro její výkon.¹²¹

Z nové definice závislé práce v § 2 odst. 1 zák. práce¹²² se podávají tyto její znaky:

¹¹⁹ BĚLINA, Miroslav. In BĚLINA, Miroslav (ed). *Zákoník práce. Komentář*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 34 (§ 2 Zákoníku práce).

¹²⁰ Srov. obě definice v kapitole Úvod do problematiky Švarc-systému, podkapitole Závislá práce versus podnikání.

¹²¹ MINISTERSTVO PRÁCE A SOCIÁLNÍCH VĚCÍ ČESKÉ REPUBLIKY. *Návrh pro meziřesortní připomínkové řízení ze dne 4. 3. 2011: důvodová zpráva*. Praha: Ministerstvo práce a sociálních věcí České republiky, 2011, s. 58.

¹²² Zákon č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů.

- vztah nadřízenosti zaměstnavatele a podřízenosti zaměstnance,
- zaměstnanec práci vykonává jménem zaměstnavatele,
- zaměstnanec práci vykonává podle pokynů zaměstnavatele,
- osobní výkon práce zaměstnancem pro zaměstnavatele.

Závislá práce pak s sebou podle § 2 odst. 2 zák. práce nese tyto důsledky týkající se podmínek jejího výkonu:

- práce za mzdu, plat nebo odměnu,
- na náklady zaměstnavatele,
- na odpovědnost zaměstnavatele,
- v pracovní době stanovené zaměstnavatelem,
- na pracovišti zaměstnavatele nebo na jiném dohodnutém místě.

Příčinou a účelem novelizace definice závislé práce bylo vnést do minulé definice jasno ohledně toho, které z dosud uváděných znaků jsou těmi skutečnými pro vymezení závislé práce a odstranit tak trvající právní nejistotu v této věci, která otevírala prostor pro zavádějící spekulace o tom, která kritéria a popřípadě kolik by jich mělo být splněno. Objevil se však i názor, že tato změna, ač systémově správná, je svou podstatou marginální a v důsledku nic nemění.¹²³

Současná úprava závislé práce v § 2 zák. práce, tedy její definice a podmínky, za kterých musí být vykonávána, je taktéž kogentní¹²⁴, protože podle § 4b odst. 1 zák. práce z povahy a významu tohoto ustanovení vyplývá, že se od něj není možné odchýlit.¹²⁵

Na základě výše uvedených faktů si pokládám otázku: jaký je praktický význam současné novelizované definice závislé práce ve vztahu ke Švarc-systému a v čem konkrétně tento význam můžeme spatřovat?

Na základě kogentnosti úpravy bychom měli dospět k závěru, na rozdíl od dřívější definice závislé práce, ve prospěch nutnosti naplnění všech zákonných znaků pro klasifikaci dané činnosti jako závislé práce, a tím pádem k nutnosti aplikace všech podmínek pro její výkon.¹²⁶ Předně bychom měli vycházet z toho, že současné skutečné definiční znaky, zákonodárcem záměrně vyselektované z předchozího bohatšího výčtu, jsou už těmi určujícími, protože závislou práci osobitě vystihují, a měly by proto být naplněny opravdu

¹²³ BĚLINA, Miroslav, PICHRT, Jan. Nad návrhem novelizace zákoníku práce (včetně vazby na návrh nového občanského zákoníku). *Právní rozhledy*, 2011, roč. 19, č. 17, s. 609.

¹²⁴ MINISTERSTVO PRÁCE A SOCIÁLNÍCH VĚCÍ ČESKÉ REPUBLIKY: *Návrh pro meziresortní...*, s. 58. JAKUBKA, Jaroslav. In ANDRAŠČÍKOVÁ, Mária (ed). *Zákoník práce, prováděcí nařízení vlády a další související předpisy s komentářem k 1. 1. 2012*. 6. vydání. Olomouc: Anag, 2012, s. 40. ŠUBRT, TREZZIOVÁ: *Závislá práce, nelegální práce a „švarcsystém“...*, s. 21.

¹²⁵ Zákon č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů.

¹²⁶ Shodně též ŠUBRT, TREZZIOVÁ: *Závislá práce, nelegální práce a „švarcsystém“...*, s. 21.

všechny, aby se jednalo o závislou práci a v důsledku toho o Švarc-systém. A nazíráno z opačného pohledu, jsou-li v dané situaci naplněny právě jen základní znaky, potom to jistě postačuje a žádné další již pro identifikaci závislé práce a Švarc-systému nejsou třeba. Nynější znaky jsou takto uváděny i v aktuálních dokumentech z dílny právní praxe zabývajících se problematikou Švarc-systému.¹²⁷ Nicméně, z následujících kapitol podle mne vyplývá, že praktický význam současné definice ve vztahu k posuzování Švarc-systému je relativní.

4.4. Švarc-systém v rozhodovací praxi soudů

Výše je popsáno, že Švarc-systém státu začal vadit a stal se tak předmětem zákonného zákazu především z důvodu daňových úniků a úniků odvodů pojistného na sociální a zdravotní pojištění. Daňová oblast pro stát představuje jednu z nejvýznamnějších příjmových položek, a proto je zde jakýkoliv eventuální výpadek příjmů citelně vnímán. S tím souvisí, že Švarc-systém byl soustavně kontrolován a postihován právě v souvislosti s výběrem daní, konkrétně ze strany finančních úřadů jako správců daně na základě výsledků kontrol řádného placení daně z příjmů fyzických osob ze závislé činnosti a z funkčních požitků. V návaznosti na to se vytvořila poměrně bohatá judikatura správních soudů¹²⁸ podrobně řešící tuto problematiku.

Z hlediska pracovněprávního bylo možno Švarc-systém postihovat do konce roku 2006, od 1. ledna 2007 byl zrušen zákaz Švarc-systému obsažený v dosavadním § 13 zákona o zaměstnanosti a současně s tím vypadla z tohoto zákona i skutková podstata správního deliktu vymezující porušení tohoto ustanovení, za niž bylo možno uložit pokutu.¹²⁹ V období od 1. 1. 2007 do 1. 1. 2012 připadala snad v úvahu pouze sankce ze strany orgánů inspekce práce za správní delikt na úseku pracovního poměru nebo dohod o pracích konaných mimo

¹²⁷ Srov. např. příručku Jak na švarcsystém, vypracovanou Hospodářskou komorou České republiky, dostupnou na <http://www.podnikatel.cz/specialy/svarcsystem/prirucka-ke-stazeni/> nebo Informace Státního úřadu inspekce práce k záležitosti výkonu závislé práce dostupné na <http://www.suip.cz/pracovnepravni-vztahy/kompetence-organu-inspekce-prace/>.

¹²⁸ Srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 2 Afs 62-2004 ze dne 24. 2. 2005 nebo sérii nedávných rozsudků Nejvyššího správního soudu „AGRA Deštná I – III“ (soudní zkratka předmětných rozsudků kvůli přehlednosti věci) v kauze společnosti AGRA Deštná, a.s. sp. zn. 1 Afs 124/2009 ze dne 13. 4. 2010 („AGRA Deštná I“), sp. zn. 1 Afs 71/2010 ze dne 13. 10. 2010 („AGRA Deštná II“) a sp. zn. 1 Afs 9/2011 ze dne 2. 3. 2011 („AGRA Deštná III“).

¹²⁹ Srov. podrobněji kapitolu Vývoj právní úpravy zákazu Švarc-systému, podkapitoly Švarc-systém v letech 2004–2006 a pozn. č. 57 a kapitolu Švarc-systém v letech 2007–2011.

pracovní poměr podle § 25 odst. 1 písm. a) zákona o inspekci práce¹³⁰, za který lze podle odst. 2 písm. a) téhož ustanovení uložit pokutu až do výše 300 000,-Kč.¹³¹ Jinak platilo, že Švarc-systém, zakázaný pouze nepřímo novou definicí závislé práce a povinností tuto práci konat výlučně v pracovněprávních vztazích, neměl v pracovněprávních ani jiných předpisech svoji vlastní skutkovou podstatu a jí odpovídající sankci¹³² a nebyl tak, s výjimkou výše uvedeného, ze strany inspekce práce nebo úřadů práce postižitelný.

Z možnosti účinného postihu v oblasti daňové ve formě doměření daně z příjmů finančním úřadem na straně jedné a problematičnosti, protože ustanovení sankcionující porušení § 13 zákona o zaměstnanosti platilo pouze pro právnické osoby, a následně, po zrušení § 13, i nemožnosti účinného postihu v oblasti pracovněprávní na straně druhé potom pramení zcela zjevný nepoměr v judikатурní činnosti v těchto oblastech, kdy judikatura řešící Švarc-systém výhradně mimo daňový rozměr, tedy čistě z pracovněprávního hlediska, je poměrně vzácná.¹³³

Ke Švarc-systému obecněji a v rámci toho k závislé práci se vyjádřil také Ústavní soud v rámci řízení o ústavních stížnostech.¹³⁴

4.4.1. Závislá činnost a její charakteristika v judikatuře Nejvyššího správního soudu

K vymezení závislé činnosti a tím Švarc-systému se podrobně v řadě svých rozsudků¹³⁵ vyjádřil Nejvyšší správní soud (dále „NSS“), a to na základě přezkumu rozsudků krajských soudů v řízení o kasačních stížnostech ve věcech správy daní. V rozsudku „AGRA Deštná II“ přitom NSS hovoří již o „aplikaci (své) ustálené judikatury k problému ‚švarcsystému‘“.¹³⁶

Klíčovým pojmem, obsaženým v ustanovení § 6 zákona o daních z příjmů¹³⁷ pro účely zdanění příjmů fyzických osob ze závislé činnosti, který judikatura NSS zkoumá, je závislá činnost. Aby nedošlo k matení, pojmy závislá činnost a závislá práce nejsou totožné¹³⁸, závislá činnost je termínem daňovým, zatímco závislá práce termínem pracovněprávním.

¹³⁰ Zákon č. 251/2005 Sb., o inspekci práce, ve znění pozdějších předpisů.

¹³¹ ERÉNYI: Švarcsystém – pomoc..., s. 3.

¹³² ŠUBRT, TREZZIOVÁ: Závislá práce, nelegální práce a „švarcsystém“..., s. 17–18.

¹³³ Viz. např. rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 21 Cdo 920/2010 ze dne 16. 6. 2011.

¹³⁴ Viz. např. nálezy Ústavního soudu sp. zn. II. ÚS 69/03 ze dne 31. 8. 2004 a usnesení Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 352/04 ze dne 12. 1. 2005 a sp. zn. III. ÚS 697/07 ze dne 14. 2. 2008.

¹³⁵ Srov. pozn. č. 128.

¹³⁶ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 13. 10. 2010, sp. zn. 1 Afs 71/2010, bod 5.

¹³⁷ Zákon č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění pozdějších předpisů.

¹³⁸ To zdůrazňuje i Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 24. 2. 2005, sp. zn. 2 Afs 62-2004, s. 4.

Závislá činnost je širší pojem, tzn. zákonodárce pod „příjmy ze závislé činnosti“ v § 6 odst. 1 písm. a) zahrnul nejen příjmy z poměru pracovněprávního nebo služebního, kde vždy dochází k výkonu závislé práce buď podle zákoníku práce nebo podle zvláštních zákonů¹³⁹, a dále z poměru členského a poměru těmto poměrům obdobného, kdy všem těmto poměrům je dle uvedené zákonné dikce společné to, že „poplatník při výkonu práce pro plátce příjmu je povinen dbát příkazů plátce“¹⁴⁰, ale obecně i příjmy plynoucí z jiných právních vztahů¹⁴¹, ve kterých k výkonu závislé práce nutně nemusí docházet.

Z uvedeného plyne, že závislá činnost, i když s ní není totožná, jako širší pojem svým rozsahem v případech uvedených v § 6 odst. 1 písm. a) závislou práci pokrývá. Dochází zde k setkání úpravy daňové s úpravou pracovněprávní a otevírá se tak možnost vzájemné inspirace při posuzování případů možného Švarc-systému.

Nutno ovšem podotknout, že správní soudy musely poskytnout vodítka k správnému odhalování Švarc-systému dříve, než se do zákoníku práce dostala definice závislé práce (od 1. 1. 2007), jíž by v opačném případě zákonodárce těmto soudům nabídl svá zcela konkrétní vodítka. Jediným, pro kvalifikaci závislé činnosti (a tím pádem Švarc-systému) ovšem nikoli dostačujícím, zákonným vodítkem proto byla výše zmiňovaná povinnost OSVČ řídit se příkazy svého obchodního partnera. Správní soudy v čele s Nejvyšším správním soudem proto ve své judikatuře musely interpretací pojem závislé činnosti dotvořit tak, aby byl aplikovatelný na jimi posuzované případy. Zákon o daních z příjmů pak tím, že operoval s termínem závislá činnost, umožnil soudům v daňové judikatuře Švarc-systém v rámci jejího vymezení podrobně vystihnout, protože se mohly zabývat jeho podstatou, na rozdíl od zákona o zaměstnanosti a jeho § 13, který Švarc-systém nevymezoval správně.

NSS uceleně shrnuje svou dosavadní judikaturu k výkladu závislé činnosti a posuzování Švarc-systému v rozsudku sp. zn. 1 Afs 124/2009 („AGRA Deštná I“), prvním z celkem tří rozsudků, které řešil v případě zemědělské společnosti AGRA Deštná, a.s., jíž finanční úřad na základě daňové kontroly za kontrolovaná zdaňovací období doměřil daň z příjmů fyzických osob ze závislé činnosti a z funkčních požitků v řádech milionů Korun a navíc i daň z přidané hodnoty. Judikaturní vývoj zde podrobně popisuje citacemi z několika svých rozsudků, z nichž většinu uvádím níže.¹⁴²

¹³⁹ Srov. § 3 zákona č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů a např. zákon č. 361/2003 Sb., o služebním poměru příslušníků bezpečnostních sborů, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁴⁰ Zákon č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁴¹ Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 2. 2005, sp. zn. 2 Afs 62/2004, s. 4–5, a § 6 odst. 1 písm. a)–d) zákona č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁴² Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 13. 4. 2010, sp. zn. 1 Afs 124/2009, body 51–54.

Předně je nutno konstatovat, že NSS vychází při posuzování konkrétního vztahu mezi spolupracujícími osobami ze skutečného (materiálního) stavu věci, zda tedy splňuje charakteristiku závislé činnosti, a není proto rozhodné, na základě jakého právního úkonu (smlouvy) tento vztah vznikl, ale jaké znaky ve skutečnosti vykazuje.¹⁴³ Protože jediný, jak výše uvedeno, zákonný znak v zákoně o daních z příjmů k této charakteristice jednoduše nestačil, přišel NSS záhy s dalšími ve svém základním a zásadním¹⁴⁴ rozsudku v této věci sp. zn. 2 Afs 62/2004, a to:

- „povaha vykonávané činnosti“, kdy by mělo jít o „práci vykonávanou na jednom místě výhradně pro jednoho zaměstnavatele“,
- dlouhodobost,
- „k uzavření pracovněprávního vztahu by mělo dojít především v zájmu osoby tuto činnost vykonávající, jelikož neuzavření tohoto vztahu v konečném důsledku její právní sféru poškozují“,
- nejde o činnost specializovanou prováděnou po krátkou dobu nebo nesoustavně a
- nejde o činnost podmíněnou „faktory do značné míry nezávislými na vůli zadavatele (např. se jedná o sezónní práce, práce závislé na počasí, práce podmíněné realizací jednorázově získané zakázky apod.)“.¹⁴⁵

V dalším zásadním rozsudku sp. zn. 2 Afs 173/2005 NSS poukazuje na další skutečnosti hrající při posuzování závislé činnosti důležitou roli. NSS zde v první řadě charakterizuje pracovněprávní, služební, členský a jim obdobný poměr, přičemž vedle zákonem uváděného znaku – povinnosti řídit se pokyny smluvního partnera – dále uvádí následující znaky:

- tento poměr „vzniká mezi subjekty, jichž se týká“ (právní úkon jej zakládající – pozn. autora),
- jedná se o „vztah trvající povahy, který...není konzumován jednorázově“,
- úplatnost a ekonomická ekvivalence vztahu.¹⁴⁶

Povinnost řídit se pokyny smluvního partnera pak NSS dále rozvádí v tom smyslu, že „tato povinnost (jinými slovy podřízenost¹⁴⁷) musí být založena přímo, tj. obsahem právního vztahu mezi oběma účastníky“.¹⁴⁸ Dále do značné míry relativizuje rozhodnost kritéria dlouhodobosti neboli trvalosti vztahu poukazem na skutečnost, že dlouhodobější obchodní spolupráce mezi podnikateli je v podnikatelské praxi běžnou záležitostí, pokud je přínosná a vyhovuje jim

¹⁴³ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 2. 2005, sp. zn. 2 Afs 62/2004, s. 4.

¹⁴⁴ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 13. 4. 2010, sp. zn. 1 Afs 124/2009, bod 51.

¹⁴⁵ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 2. 2005, sp. zn. 2 Afs 62/2004, s. 5.

¹⁴⁶ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 7. 2006, sp. zn. 2 Afs 173/2005, s. 5–6.

¹⁴⁷ Tamtéž, s. 8.

¹⁴⁸ Tamtéž, s. 6.

nebo není v dosahu jiný srovnatelný partner¹⁴⁹, a tudíž nemají motivaci na dosavadním stavu ničeho měnit. A konečně také uvádí nový zásadní judikaturní znak, a to sice dobrovolnost vstupu OSVČ do obchodněprávního vztahu. NSS k tomu uvádí: „pokud se smluvní strany rozhodnou, v souladu s obecnými principy smluvního práva (smluvní svoboda, dobrá víra, nezneužívání ekonomicky silnějšího postavení apod.) do tohoto smluvního vztahu vstoupit a dojde k jeho skutečné realizaci, nejedná se o právní úkon zastřený. Jinak by tomu ovšem bylo, pokud by žalobce přiměl k uzavření tohoto typu smluv o dílo své smluvní partnery za pomoci ekonomického nátlaku, zneužívaje jejich faktické ekonomické závislosti na nich, a přiměl je tak uzavřít takovou smlouvu, kterou ve skutečnosti neměli zájem uzavřít“.¹⁵⁰ Jinými slovy řečeno jde o to, zda je daná osoba osobou samostatně výdělečně činnou, protože jí chce být neboli skutečně chce podnikat, nebo jí být musí, protože jí nic jiného či spíše nic lepšího momentálně nezbyvá. NSS význam a ochranu svobodné vůle smluvních stran zdůrazňuje i v rozsudku sp. zn. 2 Afs 62/2004, ve kterém konstatuje, že stát nemůže podnikatele nutit k uzavírání pracovněprávních vztahů v případech, kdy na jejich uzavření tito nemají zájem, neboť by tím byla popřena „samotná soukromoprávní podstata pracovního práva“.¹⁵¹

Význam zjištění skutečné vůle smluvních stran NSS potvrdil ve své novější judikatuře, kdy v návaznosti na výše uvedenou dřívější základní judikaturu detailním přezkoumáním konkrétního případu na základě důkazů provedených správci daně a zhodnocených krajskými soudy, např. obsahu listin¹⁵², výpovědí svědků – dotčených OSVČ¹⁵³ nebo konkludentního chování smluvních stran¹⁵⁴ došel k závěru buď o dobrovolnosti, či nedobrovolnosti sjednání obchodněprávního vztahu.

Vedle výše uvedených základních judikaturních znaků správní soudy v rámci posuzování závislé činnosti v konkrétních případech rovněž vycházejí z řady tzv. dílčích neboli pomocných znaků¹⁵⁵, které ji s různou intenzitou odvíjející případ od případu, ale většinou významně, napomáhají identifikovat.¹⁵⁶

¹⁴⁹ Tamtéž, s. 7.

¹⁵⁰ Tamtéž, s. 9.

¹⁵¹ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 2. 2005, sp. zn. 2 Afs 62/2004, s. 5.

¹⁵² Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 1. 2009, sp. zn. 7 Afs 72/2008, s. 5–6.

¹⁵³ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 13. 4. 2010, sp. zn. 1 Afs 124/2009, body 55–58.

¹⁵⁴ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 8. 9. 2011, sp. zn. 1 Afs 53/2011, bod 35.

¹⁵⁵ ŠUBRT, TREZZIOVÁ: Závislá práce, nelegální práce a „švarcsystém“..., s. 21.

¹⁵⁶ Jedná se např. o poskytování výrobního materiálu, nářadí, ochranných pracovních pomůcek OSVČ objednatelům, školení OSVČ z BOZP objednatelům, pravidelnou měsíční fakturaci OSVČ objednateli, pravidelné měsíční odměňování OSVČ na základě hodinové sazby a výkazu odpracovaných hodin, zaznamenávání pracovní docházky OSVČ např. na tzv. píchačkách etc. Viz. Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 8. 9. 2011, sp. zn. 1 Afs 53/2011, body 29 a 33.

NSS podle mne uvedenými znaky charakterizoval závislou činnost velmi výstižně, a to ještě v době, kdy se nemohl inspirovat zákonnou definicí závislé práce. Naopak, judikatura NSS k problematice závislé činnosti a Švarc-systému mohla inspirovat zákonodárce při jeho snaze definovat závislou práci.

Při srovnání znaků judikатурních a zákonných zjistíme, že se většina z nich skutečně shoduje: vztah nadřízenosti a podřízenosti, soudem interpretovaný jako povinnost řídit se pokyny, která je založená přímo, pak samotná povinnost jednat podle pokynů smluvní strany, dále osobní výkon práce, soudem popisovaný jako vztah vznikající nejčastěji na základě smlouvy mezi subjekty, jichž se daná smlouva týká, dále úplatnost práce a konečně i výkon práce na pracovišti zaměstnavatele plynoucí z charakteristiky práce vykonávaná na jednom místě.

Dalšími znaky, zejména otázkou svobody vstupu do obchodněprávního vztahu, pak soudní praxe pracovněprávní vědu jednoznačně obohatila. Některé judikатурní znaky indikující závislou činnost jsou pak ve smyslu zákonné charakteristiky závislé práce podmínkami pro její výkon, a nikoliv vlastními definičními znaky (srov. úplatnost a výkon práce na jednom místě).

4.5. Švarc-systém ve Spolkové republice Německo

Jak už je popsáno výše, Švarc-systém se u nás zrodil a rozvinul až v 90. letech minulého století současně s umožněním a postupným rozvojem samostatného podnikání, které bylo po nástupu komunismu v roce 1948 zlikvidováno a v období 40 let vlády jedné strany nebylo uskutečnitelné. Stát se tedy musel vypořádat se zcela novým jevem, který byl v zahraničních svobodných demokratických zemích znám a jeho problematičnost řešena už několik desetiletí. Jednou z nich byla a je Spolková republika Německo (dále „Německo“).¹⁵⁷

4.5.1. Pojetí a definice

V Německu Švarc-systém nenazývají jménem potenciálního německého objevitele jako u nás, nýbrž zde nese označení „Scheinselbstständigkeit“, do češtiny přeloženo jako „zdanlivé samostatné podnikání“. To „se vyskytuje, když někdo vykonává samostatné služby

¹⁵⁷ BEZOUŠKA: Závislá práce..., s. 579 a 582.

či plnění ze smlouvy o dílo pro cizího podnikatele sice na základě této smlouvy, avšak ve skutečnosti vykonává nesamostatné práce v pracovním poměru“.¹⁵⁸ Uvedená charakteristika se v podstatě shoduje s charakteristikou Švarc-systému v naší teorii i praxi. Označení „zdánlivé samostatné podnikání“ pak podle mne přesně vystihuje podstatu Švarc-systému a je snad i škoda, že se neužívá i u nás. Určitě by nedocházelo v takové míře ke ztotožňování významu českého názvu Švarc-systém s prací na černo. Dále německý název nejenže vystihuje podstatu Švarc-systému, ale současně také potvrzuje správnost posunu jeho českého vnímání od zajišťování plnění běžných úkolů jinak než zaměstnanci v pracovněprávním vztahu k závislosti či nezávislosti (samostatnosti či nesamostatnosti) práce vykonávané podnikateli-OSVČ pro jejich obchodní partnery.

4.5.2. Charakteristika zdánlivého samostatného podnikání a samostatného podnikání

Znaky charakterizující zdánlivé samostatné podnikání se i v Německu opírají o vymezení závislé práce („abhängigen Beschäftigung“, „nichtseltständige Arbeit“). Vypracovala je zdejší nauka, následně je převzaly a začaly s nimi operovat soudy.¹⁵⁹ Závislá práce v německém zákonodárství není definována¹⁶⁰, hlavní těžiště znaků závislé práce zde tak nenalezneme v zákoně, ale, kromě vzápětí uvedené výjimky, v teorii a judikatuře.

V německém sociálním zákoníku, svazku čtvrtém (Sozialgesetzbuch IV – dále „SGB IV“), totiž základní znaky závislé práce nalezneme v legální definici termínu „zaměstnání“ („Beschäftigung“) a interpretací této definice je potom můžeme vztáhnout i na závislou práci. Zaměstnání je definováno v § 7 odst. 1 SGB IV jako „nesamostatná (doslova nikoli nezávislá) práce, vykonávaná zejména v pracovním¹⁶¹ poměru. Hlavními znaky zaměstnání jsou vázanost pokyny a začlenění do organizační struktury toho, kdo dává pokyny“.¹⁶² Uvedené základní znaky mají svůj původ ovšem taktéž v německé doktríně a jsou jí považovány za klíčová vodítka pro identifikaci zastřešujícího a rozhodujícího znaku závislé práce – osobní

¹⁵⁸ INDUSTRIE – UND HANDELSKAMMER FRANKFURT AM MAIN. *Scheinselbstständigkeit* [online]. Industrie – und Handelskammer Frankfurt am Main, [cit. 1. října 2012]. Dostupné na <<http://www.frankfurt-main.ihk.de/recht/themen/arbeitsrecht/scheinselbststaendigkeit/>>.

¹⁵⁹ BEZOUŠKA: Závislá práce..., s. 580–581.

¹⁶⁰ TOMAN, Jozef. *Pracovní právo v evropské perspektivě*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 138–139.

¹⁶¹ BRITZ, Thomas. *Platnost živnostenských oprávnění v Německu* [online]. epravo.cz, 5. srpna 2011 [cit. 2. října 2012]. Dostupné na <<http://www.epravo.cz/top/clanky/platnost-zivnostenskych-opravneni-v-nemecku-75640.html>>.

¹⁶² § 7 odst. 1 Sozialgesetzbuch, viertes Buch. Originální znění je následující: „Beschäftigung ist die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.“

závislosti – na kterou, abychom ji mohli dovést, musíme usuzovat z dalších kritérií (okolností) bližších konkrétnímu případu.¹⁶³

Zdánlivé samostatné podnikání, resp. závislá práce jsou dále charakterizovány pěti tzv. základními znaky, které jsou děleny na dva výše uvedené tzv. zřejmé základní znaky, kterými se rozumí

- „vázanost pokyny“ („Tätigkeit nach Weisungen“) a
- „začlenění do organizační struktury osoby, která dává pokyny“ („Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers“)

a (ostatní) tři základní znaky, jež jsou následující:

- „podnikatel nevlastní žádné firemní logo, štít nebo žádné vlastní obchodní prostory,
- podnikatel nemá žádné vlastní obchodní listiny (s logem apod.) nebo vlastní vizitky nebo
- podnikatel vystupuje v pracovním oblečení objednatele“.¹⁶⁴

Uvedený výčet byl dříve obsažen v § 7 odst. 4 SGB IV a současně s ním byla stanovena domněnka existence zaměstnání, pokud byly u OSVČ naplněny tři z těchto znaků. Toto ustanovení však bylo vypuštěno, a tudíž zmíněná domněnka již nadále neplatí, nicméně uvedené znaky tímto neztratily na významu a při posuzování zdánlivého samostatného podnikání se uplatňují, vedle znaků dalších, i v současnosti. Ostatně, jak výše uvedeno, tzv. zřejmé základní znaky jsou, byť v rámci definice nikoli závislé práce, ale s ní přímo souvisejícího pojmu zaměstnání, v SGB IV uvedeny doposud.

Další znaky indikující závislý neboli nesamostatný poměr jsou následující:

- podnikatel-OSVČ nemá „žádné pravidelné zaměstnance“ („keine regelmäßig Beschäftigten“), přičemž zaměstnanecké poměry do 400 euro nejsou uznávány; rodinní příslušníci, oproti předchozí právní úpravě, jsou uznáváni jako zaměstnanci,
- podnikatel-OSVČ vykonává „činnost dlouhodobě a v podstatě pouze pro jednoho objednatele“ („Tätigkeit auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber“),
- stejnou činnost jako podnikatel-OSVČ pro objednatele vykonávají jeho vlastní zaměstnanci,
- nedochází k jakémukoliv podnikatelskému jednání („kein unternehmerisches Handeln“) coby projev „podřízenosti“ neboli „vázanosti příkazy“ („Weisungsgebundenheit“) a začlenění do organizační struktury objednatele (viz. výše tzv. zřejmé opěrné znaky) a

¹⁶³ POTTSCHMIDT, Daniela. *Arbeitnehmerähnliche Personen in Europa*. 1. Auflage. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2006, s. 405–410, 428–430, citováno dle BEZOUŠKA: *Závislá práce...*, s. 580.

¹⁶⁴ INDUSTRIE – UND HANDELSKAMMER FRANKFURT AM MAIN: *Scheinselbstständigkeit...*, dostupné na <<http://www.frankfurt-main.ihk.de/recht/themen/arbeitsrecht/scheinselbststaendigkeit/>>.

- podnikatel-OSVČ „dříve činnost vykonával u objednatele jako jeho zaměstnanec“ („Selbstständiger hat Tätigkeit beim Auftraggeber zuvor als dessen Arbeitnehmer verrichtet“).

Při výkladu pojmu „v podstatě“ („im Wesentlichen“) u znaku výkonává činnost dlouhodobě a výhradně pro jednoho objednatele se vychází z podílu pěti šestin obratu s tímto objednatelem; pro popření tohoto znaku potom nestačí smluvně stanovit přípustnost dalších obchodních vztahů, nýbrž musí být prokázána existence dalších konkrétních obchodních partnerů.¹⁶⁵

Stejně jako u nás i v Německu existují také znaky vymezující „samostatné podnikání“ („Selbstständigkeit“).

Ukazateli ve prospěch samostatného podnikání jsou

- „stupeň svobody rozhodování,
 - míra podnikatelského rizika,
 - míra vnímání podnikatelských možností či šancí a
 - jakou měrou je za tímto účelem podporována nebo nabízena například vlastní propagace“;
- dále jsou typickými znaky podnikání „poskytování plnění vlastním jménem a na vlastní účet“ a dále by měl podnikatel samostatně rozhodovat o
- „nákupních a prodejních cenách, o odběru zboží,
 - personálních otázkách (přijetí a propouštění),
 - využití kapitálu a vlastních pracovních nástrojů,
 - podmínkách nákupu a prodeje,
 - vlastní propagaci zákazníkům a
 - propagačních prostředcích a vlastním vystupování v pozici samostatného jedince v obchodním světě (záhlaví dopisů, inzertní noviny)“.¹⁶⁶

4.5.3. Posuzování, kontrola a sankce za zdánlivé samostatné podnikání

Švarc-systém v Německu není povolen¹⁶⁷ a za jeho provozování hrozí sankce. Pro závěr, zda se v případě spolupráce smluvních partnerů tyto nacházejí v postavení samostatných podnikatelů, nebo v pozicích zaměstnavatel versus zaměstnanec, rozhoduje posouzení celkové

¹⁶⁵ Tamtéž.

¹⁶⁶ Tamtéž.

¹⁶⁷ STUDENTOVÁ, Nina, ERÉNYI, Tereza. Co hrozí za švarcsystém v zemích EU? *Personální a sociálně právní kartotéka*, 2010, roč. 13, č. 4, s. 13.

situace¹⁶⁸, za které vzájemná spolupráce probíhá. Dokud byla v německém sociálním zákoníku stanovena domněnka presumpce zaměstnaneckého poměru při naplnění tří z pěti zákonných kritérií, mohly z ní příslušné úřady (správy sociálního zabezpečení, zdravotní pojišťovny¹⁶⁹, finanční úřady¹⁷⁰) vycházet za předpokladu, že si nemohly vytvořit dostatečně přesný celkový náhled na hodnocenou činnost z důvodu nedostatečné spolupráce s posuzovanými osobami. V současnosti, kdy zmíněná pomocná domněnka již neexistuje, musí příslušné úřady při kontrolách zaměstnavatelů, neboť na nich spočívá důkazní břemeno¹⁷¹, pro zjištění celkové situace vždy zvažovat všechna relevantní kritéria pro samostatné i zdánlivě samostatné podnikání, a nejen oněch pět dříve v zákoně uvedených kritérií.

Pokud jde o oblast sociálního zabezpečení, obdobně jako u nás má zaměstnavatel povinnost odvádět za své zaměstnance platby (pojistné) na sociální a zdravotní pojištění. Objasnění skutečného postavení spolupracujících osob se provádí v tzv. „řízení o stanovení právního statusu“, které probíhá před Německou správou důchodového zabezpečení.¹⁷² V případě, že příslušná správa sociálního zabezpečení nebo zdravotní pojišťovna dojde k závěru o faktickém zaměstnání, potom může dotyčnému zaměstnavateli pojišťovna jako nositel sociálního pojištění uložit povinnost doplatit neuhrazené pojistné a pokutu.¹⁷³

Co se týče daňověprávní oblasti, výkon závislé práce zejména v pracovním poměru je v Německu, obdobně jako u nás, předmětem daně z příjmů ze závislé činnosti. Kontrolu řádného odvádění daní provádí finanční úřady. V případě zjištění faktického zaměstnání je finanční úřad oprávněn zaměstnavateli dodatečně vyměřit dlužnou daň z příjmů, eventuelně i daň z přidané hodnoty.¹⁷⁴ Finanční úřady přitom provádějí kontroly nezávisle na orgánech sociálního zabezpečení a ve výsledku tak mohou dojít k odlišnému právnímu posouzení statusu kontrolou dotčených osob.¹⁷⁵

¹⁶⁸ Tamtéž.

¹⁶⁹ BRITZ: *Platnost živnostenských oprávnění...*, dostupné na <<http://www.epravo.cz/top/clanky/platnost-zivnostenskych-opravneni-v-nemecku-75640.html>>.

¹⁷⁰ INDUSTRIE – UND HANDELSKAMMER FRANKFURT AM MAIN: *Scheinselbstständigkeit...*, dostupné na <<http://www.frankfurt-main.ihk.de/recht/themen/arbeitsrecht/scheinselbstaendigkeit/>>.

¹⁷¹ Tamtéž.

¹⁷² BRITZ: *Platnost živnostenských oprávnění...*, dostupné na <<http://www.epravo.cz/top/clanky/platnost-zivnostenskych-opravneni-v-nemecku-75640.html>>.

¹⁷³ BRITZ, Thomas. *Hrozící sankce provozovateli „švarcsystému“ v Německu* [online]. epravo.cz, 18. srpna 2011 [cit. 2. října 2012]. Dostupné na <<http://www.epravo.cz/top/clanky/hrozici-sankce-provozovateli-svarcsystemu-v-nemecku-76291.html>>.

¹⁷⁴ Tamtéž.

¹⁷⁵ INDUSTRIE – UND HANDELSKAMMER FRANKFURT AM MAIN: *Scheinselbstständigkeit...*, dostupné na <<http://www.frankfurt-main.ihk.de/recht/themen/arbeitsrecht/scheinselbstaendigkeit/>>.

A konečně v trestněprávní oblasti může být zaměstnavatel za úmyslné praktikování Švarc-systému obviněn a souzen za naplnění skutkové podstaty trestného činu „neuhrazení a zpronevření odměn za výkon práce“ podle § 266a německého trestního zákoníku.¹⁷⁶

Na závěr je třeba podotknout, že vedle uvedené možnosti řízení o určení statusu, které může být zahájeno nejenom na žádost dodavatele (potenciálního zaměstnance), nýbrž i objednatele (potenciálního zaměstnavatele) má faktický zaměstnanec také možnost vznést žalobu u pracovního soudu na určení svého faktického statusu, přičemž uspěje-li se svou žalobou, získá tím práva a povinnosti skutečného zaměstnance.¹⁷⁷

4.6. Švarc-systém na poli Evropské unie

V právu Evropské unie (dále „EU“) není problematika Švarc-systému zvlášť upravena.¹⁷⁸ Ve zdrojích věnujícím se uvedenému tématu jsem nenašel sebemenší odkaz na jakoukoliv unijní úpravu Švarc-systému nebo závislé práce. Neznamená to však, že by EU tuto problematiku ztratila zcela ze zřetele a nikdy se jí alespoň v širších souvislostech nevěnovala.¹⁷⁹

Právo EU se Švarc-systému obecněji dotýká v rámci unijního konceptu „pracovníka“ („worker“). Pojem pracovník charakterizoval tehdejší Soudní dvůr Evropských společenství (dnes Soudní dvůr Evropské unie, běžně nazývaný jako Evropský soudní dvůr – dále „ESD“) ve svém rozsudku Deborah Lawrie-Blum v Land Baden-Württemberg. Skutkový základ zmíněného případu není pro naše účely důležitý, ESD na jeho podkladě ovšem formuluje závěry, které nás již mohou zajímat. Ve stručnosti lze shrnout, že rozsudek byl vydán v řízení

¹⁷⁶ BRITZ: *Hrozící sankce provozovateli...*, dostupné na <<http://www.epravo.cz/top/clanky/hrozici-sankce-provozovateli-svarc systemu-v-nemecku-76291.html>>.

¹⁷⁷ INDUSTRIE – UND HANDELSKAMMER FRANKFURT AM MAIN: *Scheinselbstständigkeit...*, dostupné na <<http://www.frankfurt-main.ihk.de/recht/themen/arbeitsrecht/scheinselbststaendigkeit/>>.

¹⁷⁸ To nepřímou potvrzují i Studentová a Erényi, když se ve svém článku věnujícím se postihu Švarc-systému v zemích EU jeho úpravou zabývají výhradně z národního hlediska každé vybrané země. Srov. STUDENTOVÁ, ERÉNYI: *Co hrozí za švarcsystém...*, s. 13.

¹⁷⁹ EU se Švarc-systému dotkla v rámci problematiky nastíněné Evropskou komisí v Zelené knize: *Modernizace pracovního práva*, jejímž cílem je řešit výzvy 21. století, z roku 2006. Základním účelem Zelené knihy bylo nastolit veřejnou diskusi ohledně současného a budoucího vývoje pracovního práva v evropském kontextu s ohledem na snahu dosáhnout udržitelného růstu ekonomiky a s tím související lepší zaměstnanosti a konkurenceschopnosti EU. Jako jedno z témat k diskusi Komise uvedla nejasné hranice mezi závislými a nezávislými činnostmi, resp. mezi zaměstnanci a OSVČ, a konstatovala, že pracovníprávní teorie zde již neodpovídá realitě. Dále se Komise zmiňuje právě o problému Švarc-systému neboli skrytého zaměstnávání, ke kterému „dochází tehdy, když je zaměstnanec klasifikován jako osoba v jiném než zaměstnaneckém postavení s cílem skrýt jeho skutečný právní status, a tak se vyhnout nákladům, jako jsou daně nebo příspěvky na sociální zabezpečení. Tato nezákonná praxe může mít podobu zneužití občanskoprávních nebo obchodněprávních ujednání“. EVROPSKÁ KOMISE. *Zelená kniha: Modernizace pracovního práva, jejímž cílem je řešit výzvy 21. století*. Brusel, 2006, s. 4 a 12.

o předběžné otázce vznesené k ESD ze strany německého soudu ohledně postavení paní Lawrie-Blum coby učitelky na praxi, zda musí být považována za pracovníka ve smyslu (tehdy) komunitárního práva, či nikoliv.

ESD zde konstatuje, že „termín ‚pracovník‘ ...nemůže být interpretován rozdílně podle práva každého členského státu, nýbrž má význam na úrovni Společenství“ a dále, že „komunitární pojem ‚pracovník‘ musí být interpretován extenzivně“.¹⁸⁰ Následně při interpretaci tohoto pojmu hledá klíčová vodítka, ze kterých je třeba vycházet. Dochází přitom k závěru, že „tento pojem musí být definován v souladu s objektivními kritérii, která odlišují zaměstnanecký poměr na základě práv a povinností dotčených osob“ a vzápětí specifikuje tři základní kritéria indikující existenci „zaměstnaneckého poměru“ („employment relationship“), a to sice, že daná osoba pro jinou osobu

- po určitou dobu vykonává práce
- pod vedením (v podřízenosti, podle pokynů) této osoby a
- za tyto práce pobírá odměnu.¹⁸¹

Na základě aplikace uvedených tří kritérií ESD došel v předmětném rozsudku k závěru, že paní Deborah Lawrie-Blum jako učitelka – praktikantka je pracovníkem podle (tehdy) komunitárního práva, neboť po dobu praxe (po určitou dobu) vyučovala na škole (vykonávala práci) pod vedením a dozorem této školy (v podřízenosti) a v rámci praxe dostávala praktikantský plat (pobírala odměnu), a to bez ohledu na právní povahu (důvod) zaměstnaneckého poměru.¹⁸²

Uvedený rozsudek považuji pro rozebíranou problematiku Švarc-systému za důležitý ve dvou ohledech.

Za prvé, ESD se zde dobral zcela jasných určujících znaků pojmů zaměstnanecký poměr a pracovník na poli práva EU (tehdy ES), kteréžto svým vymezením, jako širší pojmy, zahrnují i české termíny pracovní poměr (a jemu obdobný neboli faktický pracovní poměr) a zaměstnanec (faktický zaměstnanec). Tyto znaky tak mohou být pro naši teorii i praxi inspirací při úvahách, která kritéria jsou pro určení závislého poměru a v důsledku toho Švarc-systému klíčová. Z charakteristiky podané ESD můžeme zcela jasně dovodit, že i v unijním (tehdy komunitárním) kontextu je pro oba

¹⁸⁰ Rozsudek ze dne 3. července 1986, *Deborah Lawrie-Blum v Land Baden-Württemberg*, C-66/85, Sb. rozh. 1986-02121, body 10 a 16.

¹⁸¹ Tamtéž, bod 17.

¹⁸² Tamtéž, body 18 a 22

pojmy významný, pro zaměstnanecký poměr podle mne nejdůležitější¹⁸³ vztah závislosti, nesamostatného vystupování, vyjádřený zejména prostřednictvím znaku „pod vedením jiné osoby“ („under the direction of another person“) neboli nadřízenosti a podřízenosti (nebo též povinnosti respektovat pokyny), přičemž Evropská komise k tomuto znaku podotýká, že „umožňuje rozlišovat mezi pracovníky a samostatně výdělečnými osobami“.¹⁸⁴

Za druhé, ESD jednoznačně potvrdil, a to už v době naší nesvobody, kdy jsme Švarc-system nebyli nuceni řešit, že při zjišťování existence závislého poměru musíme vycházet z materiálního posouzení, tzn. nehraje roli (formální) právní povaha či důvod vzniku dotčeného vztahu, ale skutečnost, zda tento vztah naplňuje konkrétní specifická kritéria. K výše uvedenému lze konstatovat, že jak uvedené znaky, tak i způsob posuzování závislé práce v konkrétních případech v současnosti jsou českým zákonodárcem a v návaznosti na to správními orgány i soudy v jejich rozhodovací praxi zohledněny, i když tomu tak v minulosti vždy nebylo, jak je podrobněji popsáno v předchozích kapitolách.

4.7. Klíčové identifikační znaky závislé práce a Švarc-systému

Na základě výše podaného výkladu, analýzy a komparace problematiky Švarc-systému dospívám k závěru, že základem pro jeho identifikaci je identifikace závislé práce mezi spolupracujícími OSVČ a jejich smluvními partnery. Abychom určili závislou práci, musíme se opřít o zkoumání přítomnosti znaků závislé práce v konkrétních případech. A právě v tomto momentu spočívá klíčová fáze celé věci. Ptáme se: které ze znaků jsou ty klíčové pro určení závislé práce?

Domnívám se, že na položenou otázku neexistuje zcela jednoznačná a vyčerpávající odpověď. Základní vodítka představují nepochybně definiční znaky poskytnuté zákonodárcem v podobě kogentní definice závislé práce. Ty jsou však dále doplněny podmínkami pro výkon závislé práce, které nám rovněž významně pomohou k jejímu určení. Vedle toho existuje ustálená daňová judikatura Nejvyššího správního soudu, která na základě posuzování závislé činnosti v konkrétních případech přišla s dalšími originálními pohledy

¹⁸³ Evropská komise uvádí jako klíčové kritérium pro identifikaci statusu pracovníka povahu vykonávané práce, která musí mít ve smyslu judikatury ESD hospodářskou hodnotu a musí být skutečná a efektivní. Viz. EVROPSKÁ KOMISE. *Sdělení Komise Radě, Evropskému parlamentu, Evropskému Hospodářskému a sociálnímu výboru a Výboru regionů. Potvrzení volného pohybu pracovníků: práva a hlavní vývojové změny.* Brusel, 2010, s. 5.

¹⁸⁴ Tamtéž.

na problematiku Švarc-systému, zejména s nutností zjištění skutečné vůle spolupracujících osob na základě detailního vyhodnocení každého jednotlivého případu a z toho plynoucím závěrem o dobrovolnosti či nedobrovolnosti vstupů OSVČ do obchodněprávních vztahů. Při pohledu do německé nauky a praxe zjistíme, že i ta může významně obohatit náš pohled na základní vodítka závislé práce, a za důležitá vodítka musíme považovat i znaky zaměstnaneckého poměru judikované Evropským soudním dvorem.

Nicméně, na základě analýzy definice závislé práce a komparace definičních znaků s judikturními znaky vymezujícími závislou činnost (práci), se znaky vymezujícími závislou práci v Německu a se znaky vymezujícími zaměstnanecký poměr v právu EU a na základě vlastních učiněných poznatků jsem dospěl ke zjištění, že lze obecně dospět ke klíčovým identifikačním znakům. Považuji za ně vztah nadřízenosti zaměstnavatele (objednatele) a podřízenosti zaměstnance (OSVČ-dodavatele), osobní výkon práce zaměstnancem (OSVČ-dodavatelem) pro zaměstnavatele (objednatele) a výkon práce zaměstnancem (OSVČ-dodavatelem) výlučně pro jednoho zaměstnavatele (objednatele).

Zastavme se nejprve u prvního z nich. Vztah nadřízenosti a podřízenosti představuje zákonný definiční znak závislé práce, jako základní znak závislé činnosti je uváděn i judikaturou správních soudů. V naší odborné literatuře¹⁸⁵ i soudní praxi¹⁸⁶ je vztah nadřízenosti a podřízenosti vyjádřen povinností zaměstnance dbát pokynů zaměstnavatele. Stejně je subordinační vztah charakterizován i v Německu.¹⁸⁷ Povinnost dbát pokynů zaměstnavatele je přitom uvedena jako jediný zákonný znak závislé činnosti (a tím i závislé práce) podle § 6 odst. 1 písm. a) zákona o daních z příjmů.¹⁸⁸ Německé a unijní právo subordinační vztah taktéž považuje za základní znak zaměstnání, resp. závislé práce. Domnívám se, že uvedená shoda napříč právními řády není náhodná a plyne ze samotné podstaty pracovního práva, které se vyznačuje faktickou nerovností mezi zaměstnancem a zaměstnavatelem a z toho plynoucí převahou zaměstnavatele nad zaměstnancem. Tato skutečnost se dá jinak vyjádřit také tak, že pracovní právo se pojí výlučně s výkonem závislé práce zaměstnance pro zaměstnavatele. Z toho plyne, že klíčovými znaky pro její identifikaci by potom měly být právě ty, které nejlépe vystihují převahu zaměstnavatele

¹⁸⁵ BĚLINA: *Pracovní právo*, s. 10. BĚLINA, Miroslav. In BĚLINA, Miroslav (ed). *Zákoník práce. Komentář*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 32–33 (§ 2 Zákoníku práce).

¹⁸⁶ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 7. 2006, sp. zn. 2 Afs 173/2005, s. 8.

¹⁸⁷ Německé slovo „Weisungsgebundenheit“ můžeme přeložit jako „podřízenost“ nebo „vázanost pokyny“. Dále viz. kapitola Švarc-systém ve Spolkové republice Německo, podkapitola Charakteristika zdánlivého samostatného podnikání a samostatného podnikání.

¹⁸⁸ Zákon č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění pozdějších předpisů.

nad zaměstnancem. Zmíněnou převahu podle mne nejlépe vyjadřuje právě vztah nadřízenosti zaměstnavatele a podřízenosti zaměstnance.

Vztah nadřízenosti a podřízenosti za klíčový znak závislé práce považuji i proto, že podle mne představuje zastřešující znak pro ostatní definiční znaky – práci dle pokynů zaměstnavatele, jeho jménem a osobní výkon práce pro zaměstnavatele. Jak je uvedeno výše, nadřízenost a podřízenost je charakterizována povinností zaměstnance řídit se pokyny zaměstnavatele. Podřízenost zaměstnance ale také znamená, že ve vnějších vztazích se zákazník jedná a za práci vůči nim zodpovídá zaměstnavatel a zaměstnanec se při komunikaci s nimi ohledně prováděné práce zaštiťuje jeho jménem, a nikoli svým jménem. Z podřízenosti zaměstnance (a nutnosti řídit se příkazy) podle mne můžeme dovodit i jeho povinnost vykonávat přidělenou práci osobně, protože zaměstnavatel má oprávnění dávat příkazy ohledně práce právě svému zaměstnanci (řídit jej) a ten je tak musí osobně splnit (vykonat), za což ve vztahu ke svému zaměstnavateli nese odpovědnost. Judikatura to vyjadřuje tak, že povinnost řídit se pokyny je mezi zaměstnancem a zaměstnavatelem „založena přímo, tj. obsahem právního vztahu mezi oběma účastníky“.¹⁸⁹

Znak osobního výkonu práce zaměstnancem patří mezi zákonné definiční znaky závislé práce. Považuji jej za klíčový za prvé z důvodu, že rovněž vyjadřuje dominanci zaměstnavatele v pracovněprávních vztazích, ten má právo užívat pracovní sílu svého zaměstnance a zaměstnanec je povinen mu svou pracovní sílu poskytovat. Za druhé, v důsledku toho se zaměstnanec nemůže nechat v rámci výkonu práce zastoupit třetí osobou.¹⁹⁰ To podle mne představuje zcela zásadní omezení zaměstnance, které u skutečného podnikatele zpravidla odpadá¹⁹¹ a ten tak sjednané dílo (zakázku) může přenechat k provedení třetím osobám (svým subdodavatelům).

Není náhodou, že tyto dva znaky jsou také stěžejními charakteristickými znaky římské námezdní smlouvy, tedy prapůvodní pracovní smlouvy. To jejich význam jenom podtrhuje.¹⁹²

Konečně znak výkonu práce buď pro výhradního objednatele, nebo pro více objednatelů považuji za klíčový na základě mých vlastních poznatků získaných z rozhovorů se dvěma lidmi dlouhodoběji fungujícími ve Švarc-systému v pozicích závislých OSVČ. Tito lidé shodně vnímali míru své závislosti na svých faktických zaměstnavatelích a tím i své fungování ve Švarc-systému v prvé řadě na základě skutečnosti, nakolik jsou činní pro jednoho, nebo více objednatelů. Z uvedeného samozřejmě automaticky neplyne,

¹⁸⁹ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 7. 2006, sp. zn. 2 Afs 173/2005, s. 6.

¹⁹⁰ BĚLINA: *Zákoník práce...*, s. 34 (§ 2 Zákoníku práce).

¹⁹¹ Srov. § 538 zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁹² Podrobněji viz. kapitola Stručný historický exkurz do oblasti výkonu závislé práce.

že činnost prováděná pro více jak jednoho smluvního partnera vždy automaticky vylučuje závislý poměr ke kterémukoliv z nich. Podle mne však činnost prováděná OSVČ pro více zákazníků, obzvláště když je pravidelná a dlouhodobá, představuje významný indikátor pro závěr, že se o Švarc-systém v takovém případě nejedná. Ostatně i judikatura NSS uvádí jako významný znak závislé činnosti dlouhodobý výkon práce výlučně pro jednoho objednatele a tento znak se při posuzování Švarc-systému bere v potaz i v Německu.

Co tedy z výše rozebírané problematiky a závěrů v předchozích odstavcích vyplývá? Jednoznačně nutnost zvláště detailně posoudit každý jednotlivý případ se všemi jeho v úvahu přicházejícími specifiky a na základě takto zjištěného skutkového stavu naň aplikovat všechny zákonné a judikaturní (základní i pomocné) znaky závislé práce, popřípadě i další znaky důležité v zahraničí a učiněné Evropským soudním dvorem. To také znamená a vyžaduje, a potvrzuje to i německý přístup a přístup ESD, zkoumání skutečného vztahu a interakce mezi (formálními) podnikateli, jinými slovy materiální posouzení jejich spolupráce. Jedině tak můžeme dospět k jednoznačnému uspokojivému závěru, že se jedná, nebo nejedná o Švarc-systém.

Pokud však tímto postupem zjistíme mezi spolupracujícími OSVČ a jejich smluvními partnery přítomnost tří výše uvedených klíčových znaků – nadřízenosti a podřízenosti, osobního výkonu práce a výkonu práce výhradně pro jednoho objednatele, bude se podle mne vždy jednat o výkon závislé práce OSVČ pro objednatele a v důsledku toho o Švarc-systém. Jinak samozřejmě platí úměra, že čím více znaků (nejen zákonných) a podmínek pro výkon závislé práce je v konkrétním případě naplněno, s tím větší mírou jistoty ve výsledku budeme moci konstatovat, že vykonávaná činnost je závislou prací, a naopak.¹⁹³

4.8. Význam současné legální definice závislé práce ve vztahu ke Švarc-systému

Jak je uvedeno v předchozích kapitolách, současná definice závislé práce nám poskytuje klíčová vodítka pro identifikaci Švarc-systému. Komparací definičních znaků se znaky judikaturními jsem však zjistil, že tyto se shodují a NSS k nim racionálním uchopením a výkladem pojmu závislá činnost dospěl naprosto nezávisle na zákonodárcově definici ještě předtím, než ta se do zákoníku práce dostala a současná svébytná propracovaná judikatura

¹⁹³ Srov. ERÉNYI: Švarcsystém – pomoc..., s. 2.

NSS vedle nich závislou činnost (práci) posuzuje na základě dalších svých významných kritérií. K výše uvedeným klíčovým znakům dospěla také německá nauka a praxe a ESD, aniž měli k dispozici zákonnou definici. Dále jsem srovnáním a analýzou klíčového znaku nadřízenosti a podřízenosti dospěl k závěru, že zbylé tři zákonné definiční znaky z něj lze odvodit a tak je pod subordinační poměr podřadit.

Při pohledu na současné rozdělení úpravy závislé práce na znaky a podmínky výkonu práce, přes nesporný přínos v podobě přehlednosti a jasnosti definice závislé práce, vede k pochybnostem o jeho praktickém využití a tím i praktickém významu celé úpravy skutečnost, že soudy takovému členění nepoužívají a jako znaky závislé činnosti¹⁹⁴ tradičně uvádí některé podmínky pro výkon závislé práce. A dále, Bělina na toto dělení reaguje jako na víceméně formulační změnu bez praktického dopadu, která navíc „problematiku definice závislé práce spíše zatemňuje“, protože „definiční znaky závislé práce víceméně vyplývají z vymezení pracovněprávních smluv“¹⁹⁵, kteréžto charakterizuje právě vztahem nadřízenosti zaměstnavatele a podřízenosti zaměstnance a z toho plynoucí vázaností zaměstnance pokyny a zvláštním osobním vztahem mezi zaměstnancem a zaměstnavatelem a z toho plynoucím osobním výkonem práce zaměstnancem.¹⁹⁶ Přes rozdělení na znaky a podmínky pro výkon nelze přehlédnout, v souladu s výše uvedenou výtkou Běliny, že nová úprava závislé práce, viděno z obsahového hlediska, ve své podstatě představuje stále tutéž charakteristiku jako dřívější definice, neboť v konkrétním případě je nutno na závislou práci i nadále samozřejmě usuzovat i z podmínek pro její výkon, které mohou v konkrétním případě třeba vyvažovat eventuální nedostatek některého (ne nutně zákonného) znaku a zachovat tak závislost vztahu.

Jakubka tak i po novelizaci mezi rozhodující prvky pro identifikaci závislé práce řadí právní a ekonomickou odpovědnost zaměstnavatele za vykonávanou práci.¹⁹⁷ Obdobně bychom jako rozhodující prvek (znak) mohli posoudit další nynější podmínku výkonu – úplatnost práce, která je judikaturou NSS uváděna jako charakteristický znak pracovního a obdobného poměru (závislé činnosti) a NSS ji dokonce v jednom ze svých rozhodnutí¹⁹⁸ vyzdvihuje přímo ve dřívější definici závislé práce hned vedle klíčového znaku – subordinačního poměru. I doktrína považuje úplatnost za základní znak závislé práce, neboť

¹⁹⁴ Podrobněji viz. kapitola Závislá činnost a její charakteristika v judikatuře Nejvyššího správního soudu.

¹⁹⁵ BĚLINA: *Zákoník práce...*, s. 33–34 (§ 2 Zákoníku práce).

¹⁹⁶ Tamtéž, s. 32–33 a 34.

¹⁹⁷ JAKUBKA: *Zákoník práce, prováděcí nařízení vlády...*, s. 40.

¹⁹⁸ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 9. 2011, sp. zn. 4 Ads 75/2011, s. 5.

„v opačném případě se nejedná o pracovněprávní vztah“.¹⁹⁹ V tomto ohledu se pak ale rozdělení na současné znaky a důsledky závislé práce jeví poněkud umělé a schematické.

Uvedená zjištění mne vedou k závěru o relativnosti praktického významu současné definice závislé práce a dále k závěru, že současná nauka i praxe by si při posuzování závislé práce a Švarc-systému vystačily i bez jejího explicitního zákonného zakotvení.

Na druhou stranu, současná legální definice po minulých peripetiích konečně odstraňuje za účinnosti dřívějšího zákoníku práce a dřívější zákonné definice závislé práce přetrvávající stav právní nejistoty ohledně řádného a jasného vymezení předmětu pracovního práva a v důsledku toho důvodnosti aplikace pracovněprávních předpisů na zejména hraniční případy.²⁰⁰

Ovšem i tak její praktický význam ve vztahu k určení Švarc-systému osobně spatřuji zejména v rovině deklaratorního stvrzení zákonodárce, že znaky v ní uvedené jsou a mají být považovány za klíčové pro jeho identifikaci.

¹⁹⁹ KAHLE, Bohuslav. *Pracovní právo*. 4. vydání. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 278.

²⁰⁰ Shodně též PICHRT, Jan. *Pracovní právo...*, s. 161–162.

5. Závěr

V diplomové práci jsem se zabýval Švarc-systémem, tedy výkonem závislé práce osobami samostatně výdělečně činnými pro objednatele v obchodněprávních vztazích namísto vztahů pracovněprávních. Taková OSVČ je tak ve skutečnosti zaměstnancem a objednatel ve skutečnosti zaměstnavatelem.

V historickém úvodu do předmětné problematiky jsem vyzdvihl skutečnost, že výkon závislé práce na základě občanskoprávní námezdní (nebo též pracovní) smlouvy, tedy mimo pracovněprávní vztah, znalo už římské právo a rakouské právo v této koncepci pokračovalo v podobě služební smlouvy. Princip Švarc-systému je proto prastarý. Není se čemu divit, pracovní právo se svou ochrannou funkcí se vyvinulo až mnohem později – v 19. století. Úprava služební smlouvy byla definitivně zrušena k 1. lednu 1966 zákoníkem práce č. 65/1965 Sb. a od té doby až do současnosti je závislou práci možno konat výlučně v pracovněprávních vztazích. Švarc-systém potom můžeme chápat jako faktický návrat podnikatelské praxe k uzavírání služebních smluv za účelem vyhnutí se ochrannému pracovnímu zákonodárství.²⁰¹

Po osvětlení základních pojmů a definice Švarc-systému jsem podrobně popsal jeho vznik včetně příčin, které byly ekonomické, a historický vývoj právní úpravy zákazu Švarc-systému až do současnosti a na základě definice Švarc-systému a analýzy předmětného výkladu jsem dospěl k závěru o chybnosti původní koncepce zákazu, spočívajícím v povinnosti fyzických a právnických osob zajišťovat plnění běžných úkolů vyplývajících z předmětu jejich činnosti zaměstnanci v pracovněprávních vztazích, která ve svých důsledcích nakonec vedla ke zrušení celého § 13 zákona č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti, neboť na základě této koncepce tak mohly být postihovány i případy běžného a žádoucího podnikatelského jednání (subdodavatelské vztahy), a správnosti posunu koncepce zákazu do oblasti definice závislé práce a povinnosti ji vykonávat výlučně v pracovněprávních vztazích.

Následně jsem podrobně rozebral důsledky Švarc-systému pro účastníky tohoto vztahu zvlášť pro oblast daní a sociálního zabezpečení a zvlášť pro oblast pracovního zákonodárství. Obecně vzato jsem dospěl k závěru o větší výhodnosti Švarc-systému pro podnikatele-zaměstnavatele, kteří tímto způsobem ušetří významné finanční částky na pojistném na sociální a zdravotní pojištění hrazeném za zaměstnance a za s tím spojenou administrativu

²⁰¹ RABAN: *Kurs obchodního práva...*, s. 332.

a dále administrativu spojenou s odvodou daně z příjmů zaměstnanců. Další významné částky potom ušetří odpadnutím finančních povinností plynoucích zaměstnavatelům ze zákoníku práce, jako jsou zejména proplácení dovolené, svátků a prvních tří týdnů (vyjma karenční doby) dočasné pracovní neschopnosti zaměstnance, povinnost vyplatit odstupné, příplatky za práci přesčas, o víkendech apod. Podnikatelé-zaměstnavatelé dále zejména nemusí dodržovat ustanovení zákoníku práce o skončení pracovního poměru a se zaměstnanou OSVČ mohou v důsledku toho ukončit spolupráci, např. kvůli nedostatku práce, v podstatě z hodiny na hodinu, což zvláště v době současné hospodářské krize pro řadu z nich představuje určitě velmi významnou výhodu. Zaměstnaným OSVČ se Švarc-systém vyplatí zejména v případech nadprůměrných výdělků, ze kterých si budou moci dovolit zaplatit výdaje jinak hrazené zaměstnavatelem nebo pokud mají možnost nižší výdělek u hlavního zaměstnavatele kompenzovat pracemi pro jiné (vedlejší) objednatele. V souvislosti s tím mohou pro ně být motivací pro vstup do obchodněprávního vztahu také výdajové paušály. Otázku výhodnosti pro zaměstnané OSVČ podle mne lze nejlépe uzavřít konstatováním z rozhovoru, který jsem na toto téma vedl s živnostníkem fungujícím dlouhodobě ve Švarc-systému, k této věci ve smyslu, že dobře zaplacený zaměstnanec je na tom lépe než zaměstnaná OSVČ s výdělkem o něco málo vyšším než je průměrná mzda zaměstnance.

Cílů vytčených v úvodu práce jsem dosáhl. Švarc-systémem a jeho důsledky jsem se zabýval z hledisek pracovněprávního, daňového a sociálního zabezpečení. Tímto jsem poskytl ucelený náhled na uvedenou problematiku.

Zcela zásadní poznatky a závěry jsem učinil v kapitole zabývající se vymezením a identifikací Švarc-systému. Na základě analýzy a srovnání dřívějšího a současného pojetí právní regulace Švarc-systému jsem se dobral k závěru o správnosti hypotézy o klíčové roli koncepce závislé práce při posuzování případů možného Švarc-systému.

Dále jsem rozebral problematické aspekty staré definice závislé práce a poukázal na větší systematičnost a jasnost stávající úpravy závislé práce. Srovnáním s judikturními znaky závislé činnosti (práce) a s německým přístupem k vymezení Švarc-systému, jakož i s kritérii zaměstnaneckého poměru judikovanými Evropským soudním dvorem jsem zjistil koncepční shodu na nutnosti materiálního zkoumání přítomnosti všech eventuálních znaků závislé práce (činnosti) v každém jednotlivém případě a tímto zjištěním jsem potvrdil správnost stanovené hypotézy.

Těmito metodami, historickým srovnáním s římskoprávní námezdní smlouvou a dále na základě vlastních poznatků z rozhovorů se dvěma zaměstnanými živnostníky jsem dospěl ke třem klíčovým definičním znakům Švarc-systému. Jsou jimi: vztah nadřízenosti

objednatel a podřízenosti dodavatele, osobní výkon práce dodavatelem a výkon práce dodavatelem, obzvláště dlouhodobý, výhradně pro jednoho objednatele.

Z předchozích odstavců vyplývá stěžejní závěr, že při posuzování závislé práce v konkrétních případech se nemůžeme omezit pouze na čtyři zákonné znaky, které by v ideálním případě měly vždy spolehlivě rozhraničit, kdy jde o závislou práci a kdy už se jedná o činnost nezávislou vykazující charakter podnikání, ale musíme brát v úvahu všechna pro daný případ relevantní kritéria, abychom jej posoudili v celé jeho šíři a specifičnosti. K identifikaci závislé práce a v důsledku toho Švarc-systému tak podle mě bylo lze v konkrétních případech dospět i na základě ne úplně všech nynějších zákonných definičních znaků, pokud budou přítomny zásadní klíčové znaky – vztah subordinace a osobní výkon práce zaměstnancem – v eventuelní kombinaci s dalšími judikaturními znaky a podmínkami pro výkon závislé práce. Podnikatelská praxe uvedené situace přináší a nelze se s nimi jednoduše vždy vypořádat za pomoci pouze zákonných definičních znaků.

V poslední kapitole jsem se zabýval v této práci položenou otázkou, jaký je praktický význam stávající legální definice závislé práce ve vztahu ke Švarc-systému a v čem jej můžeme spatřovat. Má odpověď na tuto otázku je ta, že skutečný význam nynější definice je zejména v odstranění právní nejistoty ohledně jasného vymezení předmětu pracovněprávních vztahů a v autoritativním stvrzení významu současných definičních znaků.

Seznam použitých zdrojů

Právní předpisy

Zákon č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů.

Zákon č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti, ve znění pozdějších předpisů.

Zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

Zákon č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění pozdějších předpisů.

Zákon č. 40/1964, občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

Zákon č. 589/1992 Sb., o pojistném na sociální zabezpečení a příspěvku na státní politiku zaměstnanosti, ve znění pozdějších předpisů.

Zákon č. 1/1991 Sb., o zaměstnanosti, ve znění zákona č. 220/2002 Sb. účinném ke dni 1. května 2004.

Zákon č. 65/1965 Sb., zákoník práce, ve znění zákona č. 308/2006 Sb. účinném ke dni 18. srpna 2006.

Zákon č. 946/1811 Sb. z. s., obecného zákoníku občanského, ve znění císařského nařízení č. 69/1916 Ř. z. účinném ke dni 1. ledna 1917.

Komentářová literatura

BĚLINA, Miroslav a kol. *Zákoník práce. Komentář*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012. 1634 s.

ANDRAŠČÍKOVÁ, Mária a kol. *Zákoník práce, prováděcí nařízení vlády a další související předpisy s komentářem k 1. 1. 2012*. 6. vydání. Olomouc: Anag, 2012. 1240 s.

BĚLINA, Miroslav a kol. *Zákoník práce. Komentář*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2010. 1146 s.

JAKUBKA, Jaroslav a kol. *Zákoník práce, prováděcí nařízení vlády a další související předpisy s komentářem k 1. 1. 2011*. 5. vydání. Olomouc: Anag, 2011. 1199 s.

JOUZA, Ladislav. *Zákon o zaměstnanosti a předpisy související s komentářem*. 1. vydání. Praha: BOVA POLYGON, 2004. 471 s.

ŠTENGLOVÁ, Ivana a kol. *Obchodní zákoník. Komentář*. 12. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009. 1375 s.

Monografie

BĚLINA, Miroslav a kol. *Pracovní právo*. 4. vydání. Praha: C. H. Beck, 2010. 612 s.

BEJČEK, Josef a kol. *Kurs obchodního práva: obchodní závazky*. 5. vydání. Praha: C. H. Beck, 2010. 594 s.

BÁRANCOVÁ, Helena a kol. *Pracovní právo v evropské perspektivě*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009. 374 s.

BAKEŠ, Milan a kol. *Finanční právo*. 5. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009. 576 s.

BIČÁKOVÁ, Olga. *Zákon o zaměstnanosti: přehled komentovaných novelizací od 1. 10. 2004 do 31. 5. 2007*. Praha: Linde, 2007. 206 s.

KNAPPOVÁ, Marta a kol. *Občanské právo hmotné: svazek II*. 4. vydání. Praha: ASPI, 2005. 612 s.

KINCL, Jaromír, URFUS, Valentin, SKŘEJPEK, Michal. *Římské právo*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 1995. 386 s.

Články:

Odborné články v časopisech

ŠUBRT, Bořivoj, TREZZIOVÁ, Dana. Závislá práce, nelegální práce a „švarcsystém“ od 1. 1. 2012 – I. část. *Práce a mzda*, 2011, roč. 59, č. 12, s. 16–22.

BĚLINA, Miroslav, PICHRT, Jan. Nad návrhem novelizace zákoníku práce (včetně vazby na návrh nového občanského zákoníku). *Právní rozhledy*, 2011, roč. 19, č. 17, s. 605–616.

STUDENTOVÁ, Nina, ERÉNYI, Tereza. Co hrozí za švarcsystém v zemích EU? *Personální a sociálně právní kartotéka*, 2010, roč. 13, č. 4, s. 12–15.

ERÉNYI, Tereza. Švarcsystém – pomoc i právní rizika. *Personální a sociálně právní kartotéka*, 2010, roč. 13, č. 3, s. 1–3.

BEZOUŠKA, Petr. Závislá práce. *Právní rozhledy*, 2008, roč. 16, č. 16, s. 579–583.

BĚLINA, Miroslav. Zrušení zákazu švarcsystému? *Právní zpravodaj*, 2005, roč. 6, č. 8, s. 8–9.

KALENSKÁ, Marie. Švarcsystém nezanikne ani v roce 2005. *Právní rádce*, 2005, roč. 13, č. 3, s. 36–40.

Internetové články

ŠTĚTKA, Jan. *Ten, který rozjel švarcsystém a skončil na dlažbě* [online]. Ekonom.iHNed.cz, 15. července 2011 [cit. 28. února 2012]. Dostupné na <<http://ekonom.ihned.cz/c1-52306170-ten-ktery-rozjel-svarcssystem-a-skoncil-na-dlazbe>>.

REDAKCE EPRAVO.CZ. *Novela zákona o zaměstnanosti – komentář a důvodová zpráva* [online]. epravo.cz, 24. října 2000 [cit. 6. března 2012]. Dostupné na <<http://www.epravo.cz/top/clanky/novela-zakona-o-zamestnanosti-komentar-a-duvodova-zprava-269.html>>.

KADLECOVÁ, Tereza. *Švarcsystém a jeho možná řešení* [online]. epravo.cz, 26. listopadu 2009 [cit. 8. března 2012]. Dostupné na <<http://www.epravo.cz/top/clanky/svarcssystem-a-jeho-mozna-reseni-59217.html>>.

NOVOTNÝ, Radek, POKORNÝ, Marek. *Video: I Klaus mi sliboval, že zachová švarcsystém, říká jeho vynálezce* [online]. iHNed.cz, 11. února 2009 [cit. 22. března 2012]. Dostupné na <<http://ihned.cz/c3->

[34247330-000000_d-video-svarcsystem-jde-k-ledu-je-to-skoda-mysli-si-jeho-vynalezce>](#).

HOVORKA, Jiří. *Švarcsystém připravuje stát o 90 % příjmů. Díky paušálu* [online]. Aktuálně.cz, 16. ledna 2012 [cit. 26. března 2012]. Dostupné na <<http://aktualne.centrum.cz/finance/podnikani/clanek.phtml?id=728824>>.

Informace Státního úřadu inspekce práce k záležitosti výkonu závislé práce dostupné na <<http://www.suip.cz/pracovnepravni-vztahy/kompetence-organu-inspekce-prace/>>.

INDUSTRIE – UND HANDELSKAMMER FRANKFURT AM MAIN.

Scheinselbstständigkeit [online]. Industrie – und Handelskammer Frankfurt am Main, [cit. 1. října 2012]. Dostupné na <<http://www.frankfurtmain.ihk.de/recht/themen/arbeitsrecht/scheinselbstaendigkeit/>>.

BRITZ, Thomas. *Platnost živnostenských oprávnění v Německu* [online]. epravo.cz, 5. srpna 2011 [cit. 2. října 2012]. Dostupné na <<http://www.epravo.cz/top/clanky/platnost-zivnostenskych-opravneni-v-nemecku-75640.html>>.

BRITZ, Thomas. *Hrozící sankce provozovateli „švarcsystému“ v Německu* [online]. epravo.cz, 18. srpna 2011 [cit. 2. října 2012]. Dostupné na <<http://www.epravo.cz/top/clanky/hrozici-sankce-provozovateli-svarcsystemu-v-nemecku-76291.html>>.

Judikatura:

Nejvyšší správní soud

Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 2. 2005, sp. zn. 2 Afs 62/2004.
Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 7. 2006, sp. zn. 2 Afs 173/2005.
Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne ze dne 15. 1. 2009, sp. zn. 7 Afs 72/2008.
Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 13. 4. 2010, sp. zn. 1 Afs 124/2009.
Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 13. 10. 2010, sp. zn. 1 Afs 71/2010.
Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 8. 9. 2011, sp. zn. 1 Afs 53/2011.
Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 9. 2011, sp. zn. 4 Ads 75/2011.

Soudní dvůr Evropské Unie

Rozsudek ze dne 3. července 1986, *Deborah Lawrie-Blum v Land Baden-Württemberg*, C-66/85, Sb. rozh. 1986-02121.

Důvodové zprávy

MINISTERSTVO PRÁCE A SOCIÁLNÍCH VĚCÍ ČESKÉ REPUBLIKY. *Návrh pro meziresortní připomínkové řízení ze dne 4. 3. 2011: důvodová zpráva*. Praha: Ministerstvo práce a sociálních věcí České republiky, 2011. 101 s.

MINISTERSTVO PRÁCE A SOCIÁLNÍCH VĚCÍ ČESKÉ REPUBLIKY. *Důvodová zpráva k návrhu zákona č. 262/2006 Sb., zákoník práce*. Praha, 2005. 128 s.

Dokumenty Evropské unie

EVROPSKÁ KOMISE. *Sdělení Komise Radě, Evropskému parlamentu, Evropskému Hospodářskému a sociálnímu výboru a Výboru regionů. Potvrzení volného pohybu pracovníků: práva a hlavní vývojové změny*. Brusel, 2010. 17 s.

EVROPSKÁ KOMISE. *Zelená kniha: Modernizace pracovního práva, jejímž cílem je řešit výzvy 21. století*. Brusel, 2006. 17 s.

Ostatní zdroje

HOSPODÁŘSKÁ KOMORA ČESKÉ REPUBLIKY. *Jak na švarcsystém*. Praha: Odbor legislativy, informací a poradenství Hospodářské komory České republiky, 2012. 8 s.

MINISTERSTVO PRÁCE A SOCIÁLNÍCH VĚCÍ ČESKÉ REPUBLIKY. *Metodický pokyn č. 2/2005: výklad ustanovení § 13 zákona č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti*. Praha: Správa služeb zaměstnanosti Ministerstva práce a sociálních věcí České republiky, 2005, 4 s.

Shrnutí

Diplomová práce se věnuje fenoménu Švarc-systému. O Švarc-systém se jedná v případech formální obchodněprávní spolupráce mezi osobami samostatně výdělečně činnými a jinými podnikateli, ve které osoby samostatně výdělečně činné ve skutečnosti pro jiné podnikatele vykonávají závislou práci jako zaměstnanci. Tento systém podnikání v naší zemi vznikl počátkem 90. let minulého století a název nese po svém českém objeviteli – Miroslavu Švarcovi. Důvodem vzniku této praxe je snaha zaměstnavatelů ušetřit na odvodech státu za zaměstnance do systému sociálního a zdravotního pojištění a vyhnout se povinností vyplývajícím pro zaměstnavatele ze zákoníku práce. Zaměstnané OSVČ tak nepožívají ochrany a výhod plynoucích zaměstnancům ze zákoníku práce a v důsledku nízkých odvodů do systému důchodového pojištění jim hrozí vyměření nízkých důchodů. Zaměstnavatelé také státu neodvádí za OSVČ daně z příjmů a protože samotné OSVČ často neplatí žádné daně, stát tak přichází o významné finanční částky. Tento důsledek vedl stát k zákazu Švarc-systému z kraje 90. let minulého století, který přetrval až do současnosti.

Zákaz Švarc-systému byl nejprve formulován v zákoně o zaměstnanosti jako povinnost právnické nebo fyzické osoby plnění běžných úkolů vyplývajících z předmětu její činnosti zajišťovat svými zaměstnanci, které k tomu účelu zaměstnává v pracovních vztazích podle zákoníku práce. Toto pojetí se v průběhu let neukázalo jako vhodné a adekvátně vystihující Švarc-systém, a tak byla nakonec tato úprava zrušena a nahrazena definicí závislé práce jakožto předmětu pracovního práva a povinností tuto práci vykonávat výlučně v pracovněprávních vztazích, obsaženými v novém zákoníku práce. Toto pojetí je koncepčně správné. Od 1. ledna 2012 je navíc Švarc-systém výslovně zakázán v zákoně o zaměstnanosti a za tímto účelem byla také zostřena výše pokut za porušení tohoto zákazu.

Za účelem identifikace Švarc-systému je třeba zjistit, zda v posuzovaném případě práce vykonávaná OSVČ pro objednatele vykazuje znaky závislé práce, či nikoliv. Závislá práce je charakterizována zákonnými definičními znaky a podmínkami, za kterých musí být vykonávána. Další znaky nalezneme v judikatuře správních soudů a inspirací nám mohou být i zahraniční právní úpravy (např. německá) nebo rozhodnutí Evropského soudního dvora. Ze specifických pracovněprávních vztahů, vyplývajících z nerovného postavení mezi zaměstnavatelem a zaměstnancem, lze odvodit klíčové definiční znaky jejich předmětu – závislé práce. Jsou jimi vztah nadřízenosti zaměstnavatele a podřízenosti zaměstnance a osobní nezastupitelný výkon práce zaměstnancem pro zaměstnavatele.

Summary

The diploma thesis deals with the phenomenon Švarc-system. Švarc-system occurs in the situations of formal commercial cooperation between self-employed and other businessmen, in which self-employed in fact are performing for other businessmen dependent work as employees. This system of doing business in our country was founded at the beginning of the nineties of the last century and is called after its czech discoverer – Miroslav Švarc. The reason of formation this practice is the effort of employers to avoid employee's payments on social and health insurance and to avoid obligations arising to employers from the Labour Code. Self-employed-employees do not enjoy the protection and benefits to employees from the Labour Code and as a result of low contributions to the pension system they risk assessment of low retirements. Employers also do not pay for the self-employed income tax and because self-employed often do not pay any taxes, so the state is losing a significant amount of money. This consequence led the state to ban Švarc-system at the beginning of the nineties of the last century and the prohibition of Švarc-system was lasting until the present days.

The prohibition of Švarc-system was originally formulated in the Employment Act as the obligation of a legal or natural person to ensure the performance of the ordinary tasks arising from the scope of their business activity by their employees that are employed in labor relations according to the Labour Code for this purpose. This concept has proved over the years to be inappropriate and as unadequately characterizing Švarc-system so this provision was finally abolished and replaced by the definition of the dependent work as the subject of labor law and also by the obligation to perform the dependent work only in employment relationships contained in new Labor Code. This conception is correct. From the 1st January 2012 Švarc-system was also expressly prohibited by the Employment Act and for this purpose there were also tightened up amounts of fines for violation of this prohibition.

In order to identification of Švarc-system is required to determine whether work performed by self-employed for the client in the case under consideration shows characteristics of dependent work or not. Dependent work is characterized by the legal definitional characteristics and by the conditions under which it must be performed. There are also other characteristics that we can found in the case law of administrative courts

and an inspiration to us may also be foreign legislations (for example in Germany) or the decisions of the European Court of Justice. From the specificity of labor relations arising from unequal status between the employer and the employee can be derived the key definitional characteristics of its subject – dependent work. These include the relationship of superiority of the employer and inferiority of the employee and personal and irreplaceable performance of work by the employee for the employer.

Seznam klíčových slov / Key words

osoba samostatně výdělečně činná / self-employed
podnikatel / businessman
zaměstnanec / employee
zaměstnavatel / employer
obchodněprávní spolupráce / commercial cooperation
výkon práce / performance of work
závislá práce / dependent work
předmět pracovního práva / subject of labor law
definice závislé práce / definition of the dependent work
zákoník práce / Labour Code
zákon o zaměstnanosti / Employment Act
zákaz Švarc-systému / prohibition of Švarc-system
platby (odvody) za zaměstnance / employee's payments
sociální a zdravotní pojištění / social and health insurance
daně / taxes
daň z příjmů fyzických osob / income tax
běžné úkoly / ordinary tasks
znaky závislé práce / characteristics of dependent work
podmínky / conditions
judikatura / case law
správní soudy / administrative courts
Evropský soudní dvůr / European Court of Justice
zahraniční právní úprava / foreign legislation
rozhodnutí / decision
nerovné postavení / unequal status
klíčové definiční znaky / key definitional characteristics
vztah nadřízenosti a podřízenosti / relationship of superiority and inferiority
osobní a nezastupitelný / personal and irreplaceable