

**Judikát NS 21 Cdo 3980/2016**

Soud:	Nejvyšší soud
Datum rozhodnutí:	07/12/2017
Spisová značka:	21 Cdo 3980/2016
ECLI:	ECLI:CZ:NS:2017:21.CDO.3980.2016.1
Typ rozhodnutí:	USNESENÍ
Heslo:	Výpověď z pracovního poměru Obchodní rejstřík Živnostenské podnikání
Dotčené předpisy:	§ 52 písm. g) předpisu č. 262/2006Sb. ve znění do 29.12.2011 § 304 odst. 1 předpisu č. 262/2006Sb. ve znění do 29.12.2011 § 10 předpisu č. 455/1991Sb. ve znění do 31.12.2011
Kategorie rozhodnutí:	B

21 Cdo 3980/2016

**U S N E S E N Í**

Nejvyšší soud České republiky rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Jiřího Doležalky a soudců JUDr. Pavla Malého a JUDr. Zdeňky Novotné v právní věci žalobkyně Ing. L. B., zastoupené Mgr. Romanou Náhlíkovou Kaletovou, advokátkou se sídlem v Písku, Žižkova třída č. 335/12, proti žalovanému ESTHESIA s. r. o. se sídlem v Praze 1, Opletalova č. 1013/59, IČO 26775808, o neplatnost výpovědi z pracovního poměru, vedené u Obvodního soudu pro Prahu 1 pod sp. zn. 23 C 144/2011, o dovolání žalobkyně proti usnesení Městského soudu v Praze ze dne 1. února 2016 č. j. 62 Co 343/2015-152, takto:

Dovolání žalobkyně se zamítá.

O d ů v o d n ě n í:

Dopisem ze dne 27. 6. 2011 žalovaný sdělil žalobkyni, že jí dává výpověď z pracovního poměru podle § 52 písm. g) zákoníku práce, neboť tu jsou důvody, pro které může zaměstnavatel se zaměstnancem okamžitě zrušit pracovní poměr. „Zvlášť závažné“ porušení povinností vyplývajících z právních předpisů vztahujících se k žalobkyni vykonávané práci výkonného manažera spatřoval žalovaný v tom, že:

1) žalobkyně porušuje povinnosti vyplývající zejména z ustanovení § 301 a § 304 zákoníku práce, neboť jedná v rozporu se zájmy zaměstnavatele, jestliže oslovuje klienty společnosti Esthesia s. r. o. a nabízí jim služby konkurenční společnosti, kontaktuje další zaměstnance společnosti Esthesia s. r. o. a Esthesia - centrum krásy a péče o tělo s. r. o. s nabídkou zaměstnání v konkurenční společnosti, která má stejný předmět podnikání jako zaměstnavatel, vykonává jinou výdělečnou činnost, která je shodná s předmětem činnosti zaměstnavatele bez jeho předchozího písemného souhlasu a uvádí nepravdivé informace o svém zaměstnavateli,

2) ze strany žalobkyně došlo k neoprávněným výběrům hotovosti z pokladny zaměstnavatele pro její osobní spotřebu, a to dne 13. 5. 2010 ve výši 31 500 Kč, dne 23. 6. 2010 ve výši 25 000 Kč a dne 22. 7. 2010 ve výši 25 000 Kč.

Žalobkyně se domáhala, aby bylo určeno, že výpověď z pracovního poměru ze dne 27. 6. 2011 je neplatná. Namítala neurčitost použitého výpovědního důvodu, neboť zákoník práce nezná „zvlášť závažné porušování pracovních povinností“. Nesouhlasila s tím, že by se dopustila porušení povinností zaměstnance podle § 304 zákoníku práce. Nevykonávala a ani v současné době nevykonává výdělečnou činnost, která by byla shodná s předmětem činnosti žalovaného. Popřela, že by nabízela služby konkurenční společnosti, resp. subjektu konkurujícího žalovanému v oboru „praktické zubní lékařství“, který má žalovaný jako jediný předmět podnikání zapsaný v obchodním rejstříku. Nečinila ani jakékoliv nabídky, které by byly v rozporu s oprávněnými zájmy žalovaného, a ani o něm nepravdivě neinformovala jiné osoby. Za nepravdivé označila, že by žalovanému zpronevěřila nějaký

finanční obnos. Žalobkyně požadovala, aby soudem bylo přihlédnuto též k tomu, že k výpovědi z pracovního poměru žalovaný přistoupil v době, kdy čerpala mateřskou dovolenou.

Obvodní soud pro Prahu 1 rozsudkem ze dne 4. 3. 2013 č. j. 23 C 144/2011-43 žalobě vyhověl a uložil žalovanému zaplatit žalobkyni na náhradě nákladů řízení 21 472,39 Kč k rukám advokáta Mgr. Ludovíta Pavely. Vyšel ze zjištění, že společnost ESTHESIA s. r. o. má v živnostenském rejstříku od 18. 9. 2008 zapsaný předmět podnikání „masérské, rekondiční a regenerační služby“, což ale není v souladu se zápisem v obchodním rejstříku, ve kterém má společnost ESTHESIA s. r. o. jako předmět podnikání zapsané jen „praktické zubní lékařství“. V počátcích byly masérské služby fakturovány na společnost ESTHESIA s. r. o., v roce 2008 však byla založena samostatná společnost se zaměřením na masáže a v době výpovědi již byly masáže fakturovány na společnost ESTHESIA - centrum péče o tělo s. r. o. Žalobkyně si v průběhu mateřské dovolené založila „salon J.“, kde vykonávala masérské a rekondiční služby; bývalá spolupracovnice J. C. poskytovala „externí služby“, nikoliv služby „na základě pracovní smlouvy“ v době, kdy již nepracovala u žalovaného. Na základě těchto zjištění soud prvního stupně shledal, že žalobkyně se masérskou činností nedopustila výkonu konkurenční činnosti, neboť předmětem podnikání zaměstnavatele byla „stomatologická činnost“. Ohledně „neoprávněných výběrů“ dospěl k závěru, že žalovaný neprokázal, že by k nim fakticky došlo, že by žalobkyně byla za ně „stíhána“, a navíc k tomuto skutku uplynula prekluzivní lhůta podle § 58 zákoníku práce.

K odvolání žalovaného Městský soud v Praze usnesením ze dne 15. 1. 2014 č. j. 62 Co 510/2013-67 rozsudek soudu prvního stupně zrušil a věc vrátil tomuto soudu k dalšímu řízení. Odvolací soud shledal nepřezkoumatelnost rozsudku, neboť soud prvního stupně se nezabýval otázkou způsobu vzniku pracovního poměru účastníků a tím, zda „v rozhodné době“ trval, ani otázkou, zda výpověď z pracovního poměru byla doručena „po nástupu na mateřskou dovolenou či v době rodičovské dovolené“ [jedná se o podstatnou otázku pro posouzení základu výpovědi ve smyslu „§ 53 písm. d) zákoníku práce“]. Ve vztahu k závěru, který učinil o tom, že se žalobkyně nedopustila výkonu konkurenční činnosti, odvolací soud vytkl soudu prvního stupně, že se nevypořádal se zjištěním, že žalovaný měl v rozhodné době „vystaveno“ živnostenské oprávnění na „masérské, rekondiční a regenerační služby“, a že se nezabýval ani okolnostmi, za nichž u žalobkyně pracovala bývalá zaměstnankyně žalovaného J. C. (neověřeno tak zůstalo tvrzení žalobkyně, že jmenovaná osoba do „salonu J.“ nastoupila až po „odchodu u žalovaného“). V případě neoprávněných výběrů hotovosti bylo tvrzení prvního stupně vytknuto neúplné skutkové zjištění o době, kdy se žalovaný o nich dozvěděl. Pokud by se tak stalo až v červnu 2011, jak tvrdí žalovaný, byla by subjektivní i objektivní propadná lhůta podle § 58 odst. 1 zákoníku práce zachována „minimálně“ u posledního výběru ze dne 22. 7. 2010.

Obvodní soud pro Prahu 1 následně rozsudkem ze dne 21. 11. 2014 č. j. 23 C 144/2011-120 žalobě znovu vyhověl a žalovanému uložil, aby žalobkyni na náhradě nákladů řízení zaplatil 50 781,39 Kč k rukám advokáta Mgr. Jana Pacovského, LL.M. Vyšel ze zjištění, že žalobkyně pracovala u žalovaného na základě pracovní smlouvy ze dne 7. 11. 2005 (změněné dodatkem ze dne 2. 5. 2006 ve sjednané době pracovního poměru z doby určité na dobu neurčitou) jako „výkonný manažer“ a že v době od 4. 12. 2010 do 17. 6. 2011 žalobkyně čerpala mateřskou dovolenou a ode dne 18. 6. 2011 rodičovskou dovolenou. V době od srpna 2010 masérské služby vykonávala jen sesterská společnost žalovaného ESTHESIA - centrum relaxace a rehabilitace s. r. o. (pro tento účel také vznikla, ke dni 30. 10. 2010 měla v obchodním rejstříku zapsaný předmět podnikání „masérské, rekondiční a regenerační služby“), u které však žalobkyně zaměstnaná nebyla. Soud prvního stupně při posuzování, zda žalobkyně porušila povinnost podle § 304 zákoníku práce, vyšel z úvahy, že významné jsou jen údaje, které jsou o předmětu podnikání zaměstnavatele zapsané v obchodním rejstříku (odkázal přitom na „rozhodnutí Nejvyššího soudu sp. zn. 2 Cdon 1628/97“), a že smyslem základu konkurenční činnosti ve smyslu § 304 zákoníku práce je zabránit tomu, aby jejím výkonem „nevznikla zaměstnavateli škoda“. Žalovaný žádnou škodu netrdil a bylo prokázáno, že J. C. ukončila pracovní činnost u žalovaného ještě před navázáním smluvní spolupráce s žalobkyní. Ve vztahu k neoprávněným výběrům hotovosti žalovaný podle soudu prvního stupně neunesl břemeno tvrzení ani břemeno důkazní a tento výpovědní důvod nebyl uplatněn ve lhůtě uvedené v § 58 odst. 1 zákoníku práce. Pokladna byla umístěna v recepci, kde k ní měly přístup jen recepční, a neoprávněný výběr se měl navíc uskutečnit v době, kdy žalobkyně čerpala dovolenou. Žalovaný navíc „netrdil ani neprokázal“, z jakého důvodu má za to, že výběr provedla žalobkyně, a proč na tuto skutečnost přišel až s odstupem jednoho roku poté, co žalobkyně společnost opustila. Soud prvního stupně shledal, že výpovědní důvody proto nejsou opodstatněné a že žalovaný navíc k výpovědi přistoupil v ochranné době podle § 53 odst. 1 písm. d) zákoníku práce.

K odvolání žalovaného Městský soud v Praze usnesením ze dne 1. 2. 2016 č. j. 62 Co 343/2015-152 rozsudek soudu prvního stupně zrušil a věc vrátil tomuto soudu k dalšímu řízení. Odvolací soud shledal nesprávným závěr soudu prvního stupně o tom, že výpověď z pracovního poměru byla dána v ochranné době podle § 53 odst. 1 písm. d) zákoníku práce, neboť žalovaný k ní přistoupil až po skončení mateřské dovolené a skutky vytykané ve výpovědi zakládají důvod, pro který by bylo možné okamžitě zrušit pracovní poměr. Neztotožnil se ani s jeho závěrem, že pro posouzení „shody výdělečné činnosti“ je rozhodný jen údaj uvedený v obchodním rejstříku. V posuzovaném případě se jedná o jinou situaci, než kterou Nejvyšší soud posuzoval v rozsudku ze dne 4. 11. 1998 sp. zn. 2 Cdon 1628/97 (ze kterého soud prvního stupně vycházel), neboť žalovaný měl ve veřejně dostupném živnostenském rejstříku jako předmět činnosti zapsanou vázanou živnost „masérské, rekondiční a regenerační služby“. K uvedeným zjištěním je podle odvolacího soudu třeba „přihlížet jako ke skutečnostem rozhodným při posuzování otázky konkurence ve smyslu § 304 zák. práce, neboť žalobkyně působila u žalovaného ve funkci výkonné manažerky a již z titulu své funkce musela být se živnostenským oprávněním zaměstnavatele seznámena“. Závěrům, které byly soudem prvního stupně učiněny k výpovědnímu důvodu spočívajícímu v neoprávněných výběrech z pokladny, odvolací soud vytkl, že byly učiněny, aniž soud přihlédl k žalovaným tvrzeným skutečnostem o provedeném auditu a aniž by provedl důkazy, které žalovaný v této souvislosti navrhl. Jednalo se přitom o důkazy relevantní (výslech svědkyň, které měly žalobkyni finanční hotovost z pokladny vyplácet), soud prvního stupně však v odůvodnění rozsudku v rozporu s ustanovením § 157 odst. 2 občanského soudního řádu nevysvětlil, proč tyto důkazy neprovedl, a rozsudek je proto v této části nepřezkoumatelný. Za předčasné odvolací soud označil závěr soudu prvního stupně, že žalovaný přistoupil k výpovědi z tohoto důvodu po uplynutí lhůty uvedené v § 58 odst. 1 zákoníku práce, neboť prokáže-li žalovaný, že se o neoprávněných výběrech dozvěděl až v červnu 2011, je zřejmé, že „minimálně“ u posledního výběru hotovosti ze dne 22. 7. 2010 je zachována jak subjektivní, tak objektivní prekluzivní lhůta, jestliže výpověď byla žalobkyni doručena dne 12. 7. 2011. Z uvedených důvodů odvolací soud postupoval podle § 219a odst. 1 písm. a), b), odst. 2 a § 221 odst. 1 písm. a) občanského soudního řádu.

Proti tomuto usnesení odvolacího soudu podala žalobkyně dovolání. Odmítla názor odvolacího soudu, že pro posouzení „shody výdělečné činnosti“ není rozhodný jen údaj uvedený v obchodním rejstříku a je třeba přihlížet též k údajům uvedeným v živnostenském rejstříku. Dovolatelka se domnívá, že pokud má zaměstnavatel pouze formálně zápis určité živnosti v živnostenském rejstříku, tuto činnost však nemá zapsanou v obchodním rejstříku ani v

aktuální společenské smlouvě, nemůže zaměstnanec porušit svou povinnost uvedenou v § 304 zákoníku práce, neboť nevykonává činnost, která je shodná s předmětem činnosti zaměstnavatele. Nesouhlasí se závěrem odvolacího soudu, že na straně žalovaného nelze sledovat neunesení břemena tvrzení a břemena důkazního ohledně neoprávněných výběrů z pokladny a že bylo třeba provést žalovaným navržené důkazy. Za situace, kdy k pokladně měly přístup recepční, které se na recepci střídaly, „vyšší částky“ se ukládaly do trezoru, k němuž měly přístup další dvě osoby (společník žalovaného V. Ch. a L. Š. nastupující na místo žalobkyně), peníze z trezoru se následně odnášely do banky (recepční, někdy žalobkyně) a předávání peněz a jednotlivé vstupy do trezoru nebyly nijak evidovány, není možné následně doložit, kdo údajný výběr učinil. Výběr ze dne 22. 7. 2010 žalobkyně nemohla učinit, neboť v té době čerpala nařízenou dovolenou. Za více než pochybné dovolatelka považuje, že žalovaný se o „neoprávněných výběrech“ dozvěděl až po roce, co byly skutečně, a pokazuje na to, že žalovaný neuplatnil tvrzenou zpronevěru v trestním řízení a že vrácení údajně vybraných částek proti žalobkyni neuplatnil v občanském soudním řízení. Žalobkyně navrhla, aby dovolací soud usnesení odvolacího soudu změnil tak, že rozsudek soudu prvního stupně se potvrzuje, popřípadě aby usnesení odvolacího soudu zrušil a věc vrátil odvolacímu soudu k dalšímu řízení.

Nejvyšší soud jako soud dovolací (§ 10a občanského soudního řádu) po zjištění, že dovolání proti pravomocnému usnesení odvolacího soudu bylo podáno oprávněnou osobou (účastníkem řízení) ve lhůtě uvedené v § 240 odst. 1 občanského soudního řádu a že věc je třeba i v současné době - vzhledem k tomu, že řízení v projednávané věci bylo zahájeno v době před 1. 1. 2014 - posoudit (srov. čl. II bod 2 zákona č. 293/2013 Sb.) podle zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů, účinném do 31. 12. 2013 (dále jen „o. s. ř.“), se nejprve zabýval otázkou přípustnosti dovolání.

Dovoláním lze napadnout pravomocná rozhodnutí odvolacího soudu, pokud to zákon připouští (§ 236 odst. 1 o. s. ř.).

Není-li stanoveno jinak, je dovolání přípustné proti každému rozhodnutí odvolacího soudu, kterým se odvolací řízení končí, jestliže napadené rozhodnutí závisí na vyřešení otázky hmotného nebo procesního práva, při jejímž řešení se odvolací soud odchýlil od ustálené rozhodovací praxe dovolacího soudu nebo která v rozhodování dovolacího soudu dosud nebyla vyřešena nebo je dovolacím soudem rozhodována rozdílně anebo má-li být dovolacím soudem vyřešená právní otázka posouzena jinak (§ 237 o. s. ř.).

Z hlediska skutkového stavu bylo v projednávané věci zjištěno (správnost skutkových zjištění soudů přezkumu dovolacího soudu – jak vyplývá z ustanovení § 241a odst. 1 a § 242 odst. 3 věty první o. s. ř. - nepodléhá), že žalobkyně pracovala u žalovaného od 7. 11. 2005 jako „výkonný manažer“ a že v době od 4. 12. 2010 do 17. 6. 2011 čerpala mateřskou dovolenou a dnem 18. 6. 2011 začala čerpat rodičovskou dovolenou, v jejímž průběhu (dne 12. 7. 2011) jí byla doručena výpověď z pracovního poměru ze dne 27. 6. 2011. Podle výpisu z obchodního rejstříku vedeného Městským soudem v Praze, oddíl C, vložka 92969, má žalovaný jako jediný předmět podnikání zapsáno „praktické zubní lékařství“. Z výpisu z veřejné části živnostenského rejstříku současně vyplývá, že žalovaný má živnostenské oprávnění v předmětu podnikání „masérské, rekondiční a regenerační služby“ (živnost ohlašovací vázaná) se zapsaným dnem zahájení provozování živnosti 1. 10. 2008. Žalobkyně v době své mateřské dovolené začala bez předchozího písemného souhlasu žalovaného provozovat „salon J.“, ve kterém poskytovala masérské služby.

Za tohoto skutkového stavu bylo pro rozhodnutí soudů v projednávané věci (mimo jiné) významné vyřešení otázky hmotného práva, spočívající v posouzení shodnosti výdělečné činnosti zaměstnance s předmětem činnosti zaměstnavatele ve smyslu ustanovení § 304 zákoníku práce za situace, kdy výdělečná činnost zaměstnance se shoduje s předmětem činnosti, k jejímuž výkonu má zaměstnavatel - společnost s ručením omezeným (právnícká osoba zapisovaná do obchodního rejstříku) živnostenské oprávnění, nemá však tento předmět činnosti zapsaný v obchodním rejstříku. Vzhledem k tomu, že tato právní otázka, předestřená dovolatelkou v podaném dovolání, dosud nebyla v rozhodovací činnosti dovolacího soudu vyřešena (neřešil ji ani rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 4. 11. 1998 sp. zn. 2 Cdon 1628/97, uveřejněný pod č. 22 v časopise Soudní judikatura, roč. 1999, o který opřel své závěry soud prvního stupně) a že její posouzení bylo v projednávané věci pro rozhodnutí soudů významné (určující), dospěl Nejvyšší soud k závěru, že dovolání žalobkyně proti usnesení odvolacího soudu je podle § 237 o. s. ř. přípustné. Námitky žalobkyně, které směřují proti závěru odvolacího soudu o potřebě provedení dalších důkazů ke zjištění skutkového stavu a které jsou založeny jen na polemice se skutkovými závěry, k nimž odvolací soud dospěl ohledně neoprávněných výběrů hotovosti z pokladny, naopak přípustnost dovolání - jak vyplývá z ustanovení § 237 a § 241a odst. 1 o. s. ř. - založit nemohou.

Po přezkoumání usnesení odvolacího soudu ve smyslu ustanovení § 242 o. s. ř., které provedl bez jednání (§ 243a odst. 1 věta první o. s. ř.), Nejvyšší soud České republiky dospěl k závěru, že dovolání žalobkyně není opodstatněné.

Projednávanou věc je třeba i v současné době posuzovat - vzhledem k tomu, že žalobkyně se domáhá určení neplatnosti výpovědi z pracovního poměru ze dne 27. 6. 2011, doručené jí dne 12. 7. 2011 - podle právních předpisů účinných v té době, zejména podle zákona č. 262/2006 Sb., zákoníku práce, ve znění zákonů č. 585/2006 Sb., č. 181/2007 Sb., č. 261/2007 Sb., č. 296/2007 Sb. a č. 362/2007 Sb., nálezů Ústavního soudu č. 116/2008 Sb. a zákonů č. 121/2008 Sb., č. 126/2008 Sb., č. 294/2008 Sb., č. 305/2008 Sb., č. 306/2008 Sb., č. 382/2008 Sb., č. 286/2009 Sb., č. 320/2009 Sb., č. 326/2009 Sb., č. 347/2010 Sb., č. 427/2010 Sb., č. 73/2011 Sb., č. 180/2011 Sb. a č. 185/2011 Sb., tedy podle zákoníku práce ve znění účinném do 29. 12. 2011 (dále jen „zák. práce“). Otázku předmětu podnikání (činnosti) žalovaného v době výpovědi z pracovního poměru bylo třeba posuzovat též podle zákona č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníku, ve znění účinném do 14. 7. 2011, tj. v době před nabytím účinnosti zákona č. 188/2011 Sb. (dále jen „obch. zák.“), a podle zákona č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání (živnostenský zákon), ve znění účinném do 31. 12. 2011, tj. v době před nabytím účinnosti zákonů č. 350/2011 Sb., č. 351/2011 Sb., č. 355/2011 Sb. a č. 420/2011 Sb.

Podle ustanovení § 52 písm. g) zák. práce zaměstnavatel může dát zaměstnanci výpověď, jsou-li u zaměstnance dány důvody, pro které by s ním zaměstnavatel mohl okamžitě zrušit pracovní poměr, nebo pro závažné porušení povinností vyplývajících z právních předpisů vztahujících se k zaměstnancem vykonávané práci; pro soustavné méně závažné porušování povinností vyplývajících z právních předpisů vztahujících se k vykonávané práci je možné dát zaměstnanci výpověď, jestliže byl v době posledních 6 měsíců v souvislosti s porušením povinností vyplývajících z právních předpisů vztahujících se k vykonávané práci písemně upozorněn na možnost výpovědi.

Dodržování povinností vyplývajících z právních předpisů vztahujících se k zaměstnancem vykonávané práci patří k základním povinnostem

zaměstnanec vyplývající z pracovního poměru [srov. § 38 odst. 1 písm. b) zák. práce] a spočívá v plnění povinností, které jsou stanoveny právními předpisy (zejména ustanoveními § 301 a § 302 - 304 zák. práce), pracovním řádem nebo jiným vnitřním předpisem zaměstnavatele, pracovní nebo jinou smlouvou nebo pokynem nadřízeného vedoucího zaměstnance. Má-li být porušení povinnosti vyplývající z právních předpisů vztahujících se k zaměstnancem vykonávané práci (dále též jen „pracovní povinnosti“) právně postižitelné jako důvod k rozvázání pracovního poměru ze strany zaměstnavatele, musí být porušení pracovní povinnosti zaměstnancem zaviněno (alespoň z nedbalosti) a musí dosahovat určitý stupeň intenzity. Zákoník práce rozlišuje - jak vyplývá z ustanovení § 52 písm. g) a § 55 odst. 1 písm. b) zák. práce - mezi méně závažným porušením pracovní povinnosti, závažným porušením pracovní povinnosti a porušením pracovní povinnosti zvlášť hrubým způsobem. Porušení povinnosti vyplývající z právních předpisů vztahujících se k zaměstnancem vykonávané práci nejvyšší intenzity (zvlášť hrubým způsobem) je důvodem k okamžitému zrušení pracovního poměru nebo k výpovědi z pracovního poměru [§ 55 odst. 1 písm. b), § 52 písm. g) část věty před středníkem zák. práce].

Podle ustanovení § 304 odst. 1 zák. práce zaměstnanci mohou vedle svého zaměstnání vykonávaného v pracovněprávním vztahu vykonávat výdělečnou činnost, která je shodná s předmětem činnosti zaměstnavatele, u něhož jsou zaměstnání, jen s jeho předchozím písemným souhlasem.

Zaměstnanci obecně mohou vykonávat výdělečnou činnost vedle svého zaměstnání, nicméně tato jejich další výdělečná činnost nesmí zasahovat do oprávněných zájmů jejich zaměstnavatele. Výkon této další činnosti by neměl vést k případné možnosti zneužití informací nabytých v souvislosti s výkonem zaměstnání a ke konkurenčnímu střetu zájmů mezi zaměstnavatelem a zaměstnancem, případně třetí osobou, pro niž zaměstnanec výdělečnou činnost vykonává. Citované ustanovení představuje zákonné omezení zaměstnance vykonávat výdělečnou činnost, která je shodná s předmětem činnosti zaměstnavatele, po dobu trvání pracovního poměru.

Předmět činnosti zaměstnavatele lze zjistit u subjektů zapisovaných do obchodního rejstříku z tohoto rejstříku, u osob podnikajících na základě živnostenského oprávnění z tohoto oprávnění a u osob podnikajících na základě zvláštních právních předpisů z těchto právních předpisů. U organizačních složek státu vyplývá předmět činnosti zpravidla z příslušných zákonů a u příspěvkových organizací a dalších subjektů zpravidla buď ze zřizovacích listin, nebo ze zvláštních zákonů. Přitom není rozhodující, aby se výdělečná činnost zaměstnance kryla s celým předmětem činnosti zaměstnavatele (který může být i velmi rozsáhlý). Postačí, jestliže výdělečná činnost zaměstnance pokrývá alespoň určitou dílčí část předmětu činnosti zaměstnavatele. Pro posouzení shodnosti výdělečné činnosti s předmětem činnosti zaměstnavatele není rozhodující vlastní činnost, kterou zaměstnanec pro zaměstnavatele vykonává. Shodnost výdělečné činnosti se vztahuje k předmětu činnosti zaměstnavatele (např. zapsanému v obchodním rejstříku), nikoli k druhu práce, který má zaměstnanec uveden v pracovní smlouvě či v dohodách o pracích konaných mimo pracovní poměr. Jinými slovy, předmět činnosti daného zaměstnavatele je shodný pro všechny jeho zaměstnance, bez ohledu na to, jaký druh práce pro zaměstnavatele vykonávají (srov. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 22. 4. 2015 sp. zn. 21 Cdo 1132/2014).

Výdělečnou činností je každá právem dovolená činnost, která je vykonávána za účelem získání majetkového prospěchu. Přitom není podstatné, zda nakonec k dosažení takového majetkového prospěchu (zisku) skutečně dojde, či nikoliv; podstatné je, že se jedná o činnost, která je s dosažením majetkového prospěchu obvykle spojena (srov. též právní názor vyjádřený v rozsudku Nejvyššího soudu ze dne 1. 10. 2002 sp. zn. 21 Cdo 1714/2001, který byl uveřejněn pod č. 9 v časopise Soudní judikatura, roč. 2003). Za výdělečnou činnost je třeba například považovat jakýkoli pracovněprávní vztah (a to včetně dohod o pracích konaných mimo pracovní poměr), podnikání na základě živnostenského oprávnění nebo podnikání na základě jiného než živnostenského oprávnění podle zvláštních předpisů či činnost ve prospěch obchodní společnosti, jíž je zaměstnanec společníkem, anebo členství ve statutárních či kontrolních orgánech právnických osob provozujících podnikatelskou činnost.

S názorem dovolatelky, že „pokud má zaměstnavatel pouze formálně zápis určité živnosti v živnostenském rejstříku, tuto činnost však nemá zapsanu v obchodním rejstříku ani v aktuální společenské smlouvě, nemůže zaměstnanec porušit svou povinnost uvedenou v § 304 zákoníku práce, neboť nevykonává činnost, která je shodná s předmětem činnosti zaměstnavatele“, dovolací soud nesouhlasí.

Zákonné omezení zaměstnance podle ustanovení § 304 odst. 1 zák. práce týkající se výkonu výdělečné činnosti, která je shodná s předmětem činnosti zaměstnavatele, se vztahuje na všechny činnosti, k jejichž vykonávání má zaměstnavatel živnostenské nebo jiné oprávnění, jakož i na činnosti, k jejichž vykonávání zvláštní předpisy takové oprávnění nevyžadují. Porušení tohoto zákonného omezení je dáno již samotnou shodou výdělečné činnosti zaměstnance s předmětem činnosti zaměstnavatele, aniž by bylo významné, jakým způsobem, v jakém rozsahu, popř. zda vůbec zaměstnavatel (výdělečnou činností zaměstnance dotčený) svůj předmět činnosti vykonává. Tyto okolnosti proto nemohou vést k závěru, že zaměstnanec, který shodnou výdělečnou činnost vykonává bez předchozího písemného souhlasu zaměstnavatele, povinnost podle ustanovení § 304 odst. 1 zák. práce neporušil; mohou však být významné při posuzování intenzity porušení této povinnosti zaměstnance, zejména s přihlédnutím k tomu, zda výkon výdělečné činnosti zaměstnance za situace, kdy zaměstnavatel možnosti vykonávat shodnou činnost, k níž má oprávnění, nevyužívá nebo ji využívá v omezeném rozsahu, mohl vést (při zvážení všech okolností konkrétního případu) ke zneužití informací nabytých v souvislosti s výkonem zaměstnání a ke konkurenčnímu střetu zájmů mezi zaměstnavatelem a zaměstnancem, popřípadě třetí osobou, pro niž zaměstnanec výdělečnou činnost vykonává.

Z ustanovení § 10 živnostenského zákona vyplývá, že oprávnění provozovat živnost právnickým osobám již zapsaným do obchodního rejstříku, právnickým osobám, které se do obchodního rejstříku nezapisují, a fyzickým osobám vzniká – jde-li o ohlašovací živnost - zásadně dnem ohlášení živnosti živnostenskému úřadu a v případě koncesované živnosti dnem právní moci rozhodnutí o udělení koncese; právnickým osobám, které se zapisují do obchodního rejstříku, ale nejsou v něm dosud zapsané, vzniká živnostenské oprávnění až dnem jejich zápisu do obchodního rejstříku.

Soudní praxe dospěla k závěru (srov. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 7. 2. 2001 sp. zn. 29 Cdo 113/2000), že zápisy do obchodního rejstříku mají konstitutivní povahu, pokud to výslovně stanoví právní norma. V ostatních případech mají zápisy pouze deklaratorní povahu, což znamená, že účinky zapisovaných skutečností nastávají nezávisle na zápisu do obchodního rejstříku. Z výše uvedeného vyplývá, že konstitutivní povahu má zápis předmětu podnikání (činnosti) jen u těch právnických osob, které se zapisují do obchodního rejstříku, ale nejsou v něm dosud zapsané. Ve všech ostatních případech je třeba za předmět podnikání (činnosti) právnické osoby zapisované do obchodního rejstříku považovat živnost (jinou podnikatelskou činnost), k jejímuž výkonu právnické osobě vzniklo příslušné oprávnění, bez ohledu na to, zda má tento předmět činnosti zapsaný též v obchodním rejstříku. Je též nevýznamné, že právnická osoba, která je společností s ručením omezeným, neuvedla předmět podnikání ve své společenské smlouvě,

tj. že po získání živnostenského nebo jiného oprávnění společenskou smlouvou nezměnila postupem podle ustanovení § 141 obch. zák., neboť ani tato skutečnost nemůže na vzniku oprávnění právnické osoby k podnikatelské činnosti nic změnit; společenská smlouva je výrazem vůle zakladatelů společnosti s ručením omezeným zřídit společnost a upravit její vnitřní poměry, není však právním důvodem vzniku oprávnění společnosti k výkonu podnikatelské nebo jiné činnosti.

Skutečnost, že zaměstnavatel v obchodním rejstříku nemá zapsaný předmět činnosti, k jehož výkonu mu vzniklo příslušné oprávnění, by však mohla být významná při posuzování otázky zavinění. Zaměstnanci by nebylo možné vytýkat zaviněné porušení povinnosti dodržovat právní předpisy vztahující se k jím vykonávané práci ani ve formě nevědomé nedbalosti, kdyby zaměstnanec nechtěl porušit své pracovní povinnosti a ani nevěděl, že je svým jednáním porušit může, a vzhledem k okolnostem a svým osobním poměrům o tom ani vědět nemohl a neměl. O takovou situaci by se mohlo jednat v případech, kdy by zaměstnanec vzhledem ke svému pracovnímu zařazení u zaměstnavatele nezískal a ani nemohl získat poznatky, z nichž by mohl usuzovat na oprávnění zaměstnavatele vykonávat dotčenou činnost nezapsanou v obchodním rejstříku. Za těchto okolností by zaměstnanci nebylo možné důvodně vytýkat, že se před zahájením konkurující výdělečné činnosti spokojil s obsahem zápisu v obchodním rejstříku, ve kterém zaměstnavatel (v rozporu se skutečností a ustanovením § 35 obch. zák.) nemá dotčený předmět činnosti zapsán (zápis obsahuje jen údaje o jiných předmětech činnosti zaměstnavatele). Postup zaměstnance by naopak bylo třeba shledávat v souladu s principem materiální publicity skutečností zapsaných v obchodním rejstříku, z jehož negativní stránky vyplývá, že proti tomu, kdo jedná v důvěře v zápis v obchodním rejstříku, nemůže ten, jehož se takový zápis týká, namítat, že tento zápis neodpovídá skutečnosti (§ 29 odst. 1 obch. zák.).

Uvedené vztaheno na posuzovanou věc znamená, že žalovanému [obchodní společnosti zapisované do obchodního rejstříku - srov. § 34 odst. 1 písm. a) obch. zák.] vzniklo oprávnění provozovat živnost „masérské, rekondiční a regenerační služby“, která je živností ohlašovací, dnem ohlášení této živnosti živnostenskému úřadu. Od tohoto dne je proto třeba považovat uvedenou živnost za předmět činnosti žalovaného, jemuž jeho zaměstnanci nesmí bez jeho předchozího písemného souhlasu výkonem své výdělečné činnosti konkurovat, bez ohledu na to, že tento předmět činnosti neměl v rozhodné době zapsaný v obchodním rejstříku; tato skutečnost by mohla být významná jen při posuzování otázky zavinění v závislosti na zjištění, zda žalobkyně vzhledem ke svému pracovnímu zařazení na pozici „výkonný manažer“, kterou u žalovaného vykonávala již od 7. 11. 2005, získala nebo mohla získat takové poznatky, z nichž by mohla usuzovat na oprávnění žalovaného vykonávat činnost odpovídající uvedené živnosti nezapsané v obchodním rejstříku, již konkurovala poskytováním masérských služeb v „salonu J.“. Z hlediska tohoto závěru není podstatné, že žalobkyně s výkonem své výdělečné činnosti začala v době, kdy čerpala mateřskou dovolenou (§ 195 zák. práce), a že v něm pokračovala v době čerpání rodičovské dovolené (§ 196 zák. práce), neboť povinnost uvedenou v ustanovení § 304 odst. 1 zák. práce je zaměstnanec povinen plnit po celou dobu pracovního poměru, tedy i v době, kdy je zaměstnavatel povinen omluvit nepřítomnost zaměstnance v práci po dobu trvání důležitých osobních překážek na jeho straně (§ 191 zák. práce); skutečnost, že žalobkyně v době výpovědi z pracovního poměru čerpala rodičovskou dovolenou, však bude - v závislosti na závěru o intenzitě porušení pracovních povinností [tj. po vymezení relativně neurčité hypotézy ustanovení 52 písm. g) zák. práce] - významná při posuzování otázky, zda výpověď nebyla žalobkyni dána v ochranné době z důvodu podle ustanovení § 53 odst. 1 písm. d) zák. práce, resp. zda se na žalobkyni vztahovala výjimka ze zákazu výpovědi podle ustanovení § 54 písm. c) zák. práce.

Z uvedeného vyplývá, že usnesení odvolacího soudu je z hlediska uplatněných dovolacích důvodů věcně správné. Protože nebylo zjištěno, že by bylo postiženo některou z vad uvedených v ustanovení § 229 odst. 1 o. s. ř., § 229 odst. 2 písm. a) a b) o. s. ř. nebo v § 229 odst. 3 o. s. ř. anebo jinou vadou, která by mohla mít za následek nesprávné rozhodnutí ve věci, Nejvyšší soud České republiky dovolání žalobkyně podle ustanovení § 243d písm. a) o. s. ř. zamítl.

Vzhledem k tomu, že tímto rozhodnutím dovolacího soudu se řízení o věci nekončí, bude rozhodnuto i o náhradě nákladů vzniklých v tomto dovolacím řízení v konečném rozhodnutí soudu prvního stupně, popřípadě soudu odvolacího (§ 243b, § 151 odst. 1 část věty před středníkem o. s. ř.).

Proti tomuto usnesení není přípustný opravný prostředek.

V Brně dne 12. července 2017

JUDr. Jiří Doležilek

předseda senátu

[www.nsoud.cz](http://www.nsoud.cz)