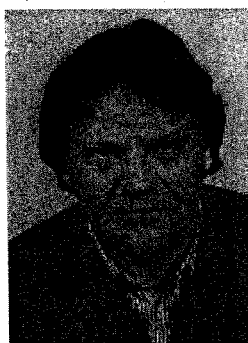


Závislá práce, nelegální práce a „švarcsystém“ od 1. 1. 2012 – I. část

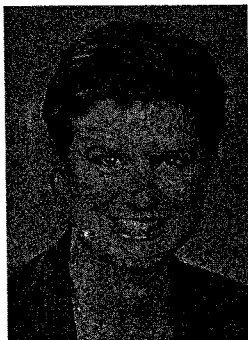
Pracovněprávní a daňové aspekty

Od 1. ledna 2012 má nabýt účinnosti novela zákona č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti, ve znění pozdějších předpisů (dále „zákon o zaměstnanosti“ nebo zkratka „ZZ“), která v současné době problematický a hojně využívaný „švarcsystém“ posouvá jednoznačně za hranice výkonu legální práce a výrazně zpřísňuje postihy za jeho využití. Tato novelizace je propojena s novelou zákoníku práce (ZP), pokud jde o vymezení závislé práce. Ve smyslu novely zákona o zaměstnanosti bude od 1. ledna 2012 považován „švarcsystém“ za výkon nelegální práce, tj. shodně jako práce „na černo“. Současně se také významně zvyšují sankce za nelegální práci, a to pokutou až do 10 000 000 Kč za umožnění výkonu nelegální práce, minimálně však 250 000 Kč pro objednatele práce a pokuta až 100 000 Kč pro fyzickou osobu za výkon takové práce.



JUDr. Bořivoj Šubrt

Předseda AKV – Asociace pro rozvoj kolektivního vyjednávání a pracovních vztahů.



JUDr. Ing. Dana TREZZIOVÁ

Partnerka společnosti BDO Tax, s. r. o.

Cílem novely zákona o zaměstnanosti je upravit definici nelegální práce a posílit tak odstrašující účinek hrozících pokut a tím omezit využití „švarcsystému“, tj. praktik, kdy fyzické osoby vykonávají práci pro jinou osobu mimo pracovněprávní vztahy jako osoby samostatně výdělečně činné (dále též „OSVČ“), a to na základě obchodněprávních nebo občanskoprávních smluv.

Co je švarcsystém a jeho historie

Švarcsystém je označení pro způsob ekonomické činnosti, při které osoby vykonávající pro zaměstnavatele **závislou práci** nejsou jeho zaměstnanci, ale **formálně** vystupují jako **samostatní podnikatelé**. Jde o výkon činnosti fyzické osoby samostatně výdělečně činné, např. s živnostenským oprávněním pro jiného („objednatel“ či „odběratel“) na základě obchodněprávních nebo občanskoprávních smlouv, kdy činnost OSVČ vykazuje znaky závislé činnosti.

Švarcsystém¹ vznikl v České republice počátkem 90. let, hojně se rozmohl a jeho využití ještě zesílilo v době ekonomické krize

v posledních letech. Hlavním motorem využití švarcsystému je jeho ekonomická výhodnost. OSVČ ušetří při použití výdajových paušálů na dani z příjmů. Objednatel služby i OSVČ ušetří na pojistném na veřejnoprávní pojištění. Nevýhodou může být zvýšená administrativa na straně OSVČ, která na rozdíl od zaměstnance musí podávat daňová přiznání, přehledy o pojistném, vystavovat faktury apod. Zásadním je však výkon činnosti mimo zákoník práce, tzn. OSVČ nese plně odpovědnost za provedenou činnost bez omezení výše náhrady škody podle zákoníku práce, nemá nárok na dovolenou, příplatky za práci přesčas, doplatky do minimální mzdy či nejnižší úrovně zaručené mzdy, nemusí být ani nemocensky pojištěn a obecně se jeho vztah k objednateli neřídí zákoníkem práce, se všemi z toho plynoucími důsledky.

¹ Tento způsob využívání práce získal svůj název po podnikateli Miroslavu Švarcovi, který jej již v roce 1990 uplatňoval v okresech Kutná Hora a Benešov mimo jiné při provozování obchodního domu – prodáváči a další personál se stali podnikateli, ačkoliv se na jejich pracovních podmínkách nic nezměnilo a šlo o klasickou závislou práci.

Do konce roku 2006 hrozila ve smyslu tehdejšího znění zákona o zaměstnanosti pokuta od úřadů práce až do 2 000 000 Kč za porušení povinnosti zajišťovat **plnění tzv. běžných úkolů** zaměstnanci v pracovněprávním vztahu (povinnost byla zakotvena v § 13 zákona o zaměstnanosti v tehdejšího znění a v době do 30. 9. 2004 v § 1 odst. 6 dřívějšího zákona č. 1/1991 Sb., o zaměstnanosti).

Běžnými úkoly vyplývajících z předmětu činnosti se pro tyto účely rozuměly zejména úkoly přímo související se zajištěním výroby nebo poskytováním služeb a obdobnou činností při podnikání podle zvláštních právních předpisů (například živnostenského zákona), které právnická osoba nebo fyzická osoba provádí v zařízeních určených pro tyto činnosti nebo na místech obvyklých pro jejich výkon, pod vlastním jménem a na vlastní odpovědnost. A contrario z toho plynulo rovněž, že v jiných vztazích (občanskoprávních, obchodních) by mohl podnikatel zajišťovat doplňkové, respektive jiné než běžné činnosti. Pro rozlišení „běžných úkolů“ od doplňkových činností bylo určující, zda je zde přímá souvislost se zajištěním výroby a služeb, tedy s předmětem jeho podnikatelské činnosti, a tedy bez plnění takového úkolu by nebylo možno činnost samu zajistit, tj. zapsaný konkrétní předmět podnikání provozovat. Slovy Nejvyššího správního soudu: *„Skutečnost, kdy fyzická osoba na základě svých živnostenských listů vykonává pracovní činnost, jež je předmětem činnosti „odběratele“, je latentní formou „švarcsystému.“*

Dále bylo určujícím znakem i to, zda jde o úkol prováděný v zařízeních nebo místech obvyklých pro zapsanou činnost. (Nejvyšší správní soud: sp. zn. 3 Ads 82/2005-53). Zákon tehdy nezmiňoval závislou práci. Naopak stanovoval, že plnění běžných úkolů mohl podnikatel svěřit jiné fyzické osobě, která má příslušné činnosti zahrnuté v předmětu činnosti a svěřené úkoly nebude zajišťovat v **zastřeném pracovněprávním vztahu**. Právě tento pojem implicitně závislou práci vyjadřoval.

Od roku 2007 však již neplatí pravidlo „běžné činnosti vykonávejte zaměstnáváním zaměstnanců, doplňkové činnosti mohou dělat OSVČ“. Úplně však toto pravidlo nemusíme zatracovat. Je totiž velmi pravděpodobné, že management ve společnosti je schopen v rámci obchodního vedení poskytovat kvalifikované pokyny právě k běžné činnosti společnosti, jen stěží však bude moci poskytovat kvalifikované pokyny fyzickým osobám provádějícím doplňkové činnosti, například v oblasti účetnictví, IT, marketingu apod.

Poznámka: Ještě k dřívější úpravě zákona o zaměstnanosti se váže judikát Nejvyššího soudu z 16. června 2011 sp. zn. 21 Cdo 920/2010, v němž tento soud prohlásil za neplatnou výpověď, kterou zaměstnavatel ukončil pracovní poměr některých svých zaměstnanců z důvodu nadbytečnosti vzniklé v důsledku přijetí rozhodnutí o organizační změně. Nejvyšší soud v tomto konkrétním případě konstatoval, že rozhodnutí zaměstnavatele o zrušení pracovních míst řidičů a následného uzavření smluv o přepravě osob a věcí s těmito propuštěnými řidiči, na základě kterých tito řidiči pracovali v roli OSVČ, není rozhodnutím zaměstnavatele o organizační změně, na jehož základě by mohla být dána platná výpověď.

V průběhu řízení zastávaly soudy nižší instance názor, že zaměstnavatel byl oprávněn rozvázat pracovní poměr výpovědí pro nadbytečnost vzhledem k rozhodnutí o organizační změně s tím, že přeprava osob a věcí nespadała právě pod běžné činnosti zaměstnavatele. Nejvyšší soud sice souhlasil, že tento konkrétní zaměstnavatel může jiné než běžné činnosti mít zajištěny dodavatelským způsobem, avšak pouze za předpokladu, že by se jednalo o podnikání dodavatele. Nejvyšší soud označil dojednanou smlouvu o přepravě osob a věcí za simulovaný právní úkon zastírající platnou pracovní smlouvu na základě konstatování, že činnost řidičů není možné považovat za činnost podnikatele vlastním jménem a na vlastní odpovědnost. Toto konstatování založil na posouzení skutkového stavu, kdy řidiči vykonávali svoji činnost na základě koncesní listiny, ale činnost prováděli pomocí vozidel původního zaměstnavatele, opatřených jeho logem a za okolností, kdy tato firma nesla náklady na údržbu těchto vozů, jejich pojištění, na pohonné hmoty a další náklady.

Spolu s přijetím současného zákoníku práce (zákona č. 262/2006 Sb.), který je v účinnosti od roku 2007, **bylo zrušeno ustanovení § 13 zákona o zaměstnanosti**, neboť **zákoník práce upravil povinnost, aby závislá práce byla vykonávána výlučně v pracovněprávním vztahu (§ 3 ZP)**. V zákoně č. 251/2005 Sb., o inspekci práce však nebyla vymezena skutková podstata přestupku nebo správního deliktu, která by umožňovala uložit za porušení této povinnosti pokutu.

Proto postih „švarcsystému“ dosud provádějí pouze správci daně, a to v případech výkonu práce, pokud příjmy z ní mají být ve smyslu ustanovení § 6 zákona č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění pozdějších předpisů (dále „zákon o daních z příjmů“ nebo „ZDP“) zdaněny jako **příjmy ze závislé činnosti**. Správce daně zjišťuje v rámci své kontrolní činnosti **skutečný charakter vztahu mezi objednatelům práce a fyzickou osobou podle**

objektivních skutkových okolností. Za léta snahy České daňové správy o potírání švarcsystému a k identifikaci právní povahy a charakteru švarcsystému existuje bohatá judikatura, ve které se prolíná soukromoprávní a daňový pohled na vztahy uzavřené mezi objednatelem práce a fyzickou osobou ji vykonávající.

Dalo by se konstatovat, že současný právní stav nastolený v roce 2007 by byl v podstatě vyhovující, neboť zákaz „švarcsystému“ je zahrnut v právní úpravě závislé práce, která musí být vykonávána v pracovněprávním vztahu. Problémem však je, že **není v zákonech, upravujících správní trestání, vymezena skutková podstata správního deliktu, kterým by orgány inspekce práce mohly švarcsystém pokutovat, pokud se jim jeho existenci podaří prokázat.** Švarcsystém je sice nelegální, nicméně se v praxi uplatňuje a dosud i toleruje. V roce 2011 však MPSV vyhlásilo „válku“ švarcsystému a rozhodlo se ostře vystoupit proti současné toleranci švarcsystému, a to prostřednictvím již zmíněné a dále podrobněji vysvětlené novely zákona o zaměstnanosti.

Je účelné připomenout, že postoj všech předchozích vlád od roku 1990 byl ve vztahu k tzv. švarcsystému zcela nekonzistentní, a to bez ohledu na to, zda šlo o vlády spíše levicové nebo pravicové. Byly vyslovovány četné názory, že švarcsystém by měl být tolerován, neboť dává lidem alespoň nějakou zaměstnanost. Proto i řešení byla polovičatá a spíše přijímaná „naoko“. Skutečné negativní důsledky pro veřejné rozpočty a pojistné systémy a na ochranu pracovníků byly přehlíženy.

Důvody změny právní úpravy jsou v zásadě dva. Jednak jde o úniky na dani z příjmu ze závislé činnosti a na odvodu pojistného na sociální a zdravotní pojištění (což při deficitu prostředků veřejných rozpočtů nabylo na významu). Odběratel práce za OSVČ totiž neodvádí pojistné do veřejnoprávního pojištění a samy OSVČ minimalizují svoji daňovou povinnost, a to eventuálně i prostřednictvím výdajů na soukromou spotřebu (např. automobilů), které vykazují jako daňové výdaje. Dochází tak ke značným daňovým únikům. Druhým důvodem je skutečnost, že tyto fyzické osoby nepožívají při práci ochrany dané zákoníkem práce, včetně například omezení délky pracovní doby či odškodňování pracovních úrazů (jejich úraz není úrazem pracovním).

Je třeba zdůraznit, že nejde o omezení svobody podnikání a možnosti najímání OSVČ jako dodavatelů. Musí ale jít o legitimní plnohodnotnou dodávku v rámci svobodného právního vztahu, nikoliv o zastírání závislé práce. Musí jít o podnikání, nikoliv o předstírané podnikání. V tomto směru (po změně právní úpravy od roku 2007) již nemů-

že uspět ani argumentace Nejvyššího správního soudu, že je třeba účastníkům soukromoprávního vztahu ponechat volnost volby typu právního vztahu. Současný zákoník práce možnost volby u závislé práce výslovně zakazuje. Vůle smluvních stran je tak zákonem omezena.

Nelze ovšem v tomto směru vyloučit diskuse, nakolik je omezením výběru formy právního vztahu porušeno ústavní právo na svobodnou volbu povolání a právo podnikat a provozovat jinou hospodářskou činnost (článek 26 odst. 1 Listiny základních práv a svobod). Tato otázka bývá kladena tehdy, jestliže sama OSVČ odmítá k výkonu závislé práce uzavřít pracovněprávní vztah. Jak již dříve judikoval Nejvyšší správní soud, za žádoucí nemůže být považováno uzavírání pracovních vztahů i tehdy, jestliže na jejich uzavření není dán oboustranný zájem.

Jde-li o práci, u které je její závislá povaha významně oslabena (viz výklad v oddílu 3), lze tomu jistě přisvědčit. Avšak nelze s tím souhlasit v případech, kdy jde zcela jednoznačně o závislou práci a nezájem jednoho nebo obou účastníků o pracovněprávní vztah je dán ve skutečnosti jen finanční výhodností, vyplývající z úspory na dani z příjmu a pojistném na veřejnoprávní pojištění, tj. obcházením veřejnoprávní úpravy. **Legitimitu právní úpravy obsažené v ustanovení § 2 a 3 zákoníku práce a § 5 písm. e) bod 1 zákona o zaměstnanosti (oba zákony se rozumějí ve znění platném od 1. 1. 2012), příkazující u závislé práce její výkon výlučně v pracovněprávním vztahu, se opírá o článek 26 odst. 2 ústavní Listiny základních práv a svobod. Podle něj může zákon stanovit podmínky a omezení pro výkon určitých povolání nebo činností.**

Závislá práce a nelegální práce

Závislá práce

Současná právní úprava účinná do 31. 12. 2011 vymezuje závislou práci v ustanovení § 2 odst. 4 zákoníku práce, a to následujícím způsobem:

„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.“

Všechny tyto znaky závislé práce musí být splněny kumulativně, jinak by se o závislou práci nejednalo. Vadou této

právní úpravy je skutečnost, že směřuje skutečné znaky závislé práce s jejími důsledky, takže za znaky považuje i důsledky. To napraví novela zákoníku práce s účinností od 1. 1. 2012 (sněmovní tisk 411). Napříště bude závislá práce vymezena v § 2 zákoníku práce, přičemž jeho odstavec 1 bude uvádět znaky této práce, zatímco odstavec 2 její důsledky. Viz k tomu dále výklad na straně 21 a 22.

Za závislou práci se dále považují případy, kdy zaměstnavatel na základě povolení podle zvláštního právního předpisu, tj. zákona o zaměstnanosti, který je **agenturou práce, dočasně přiděluje svého zaměstnance** k výkonu práce k jinému zaměstnavateli (uživateli) na základě ujednání v pracovní smlouvě nebo dohodě o pracovní činnosti, kterým se agentura práce zaváže zajistit svému zaměstnanci dočasný výkon práce na základě uvedených právních úkonů u uživatele a zaměstnanec se zaváže tuto práci konat podle pokynů uživatele a na základě dohody o dočasném přidělení zaměstnance agentury práce, uzavřené mezi agenturou práce a uživatelem (nyní § 2 odst. 5, od 1. 1. 2012 § 307a ZP).

Závislá práce může být vykonávána **vylučně v základním pracovněprávním vztahu** (§ 3 ZP), tj. podle zákoníku práce, není-li vykonávána podle zvláštních právních předpisů (např. v případě služebních poměrů příslušníků armády nebo bezpečnostních sborů). **Základními pracovněprávními vztahy**, tj. právními formami, v nichž musí být závislá práce vykonávána, jsou **pracovní poměr a dohody o pracích konaných mimo pracovní poměr, tedy dohoda o provedení práce nebo dohoda o pracovní činnosti**.

Nelegální práce

Podle právního stavu platného do 31. 12. 2011, zakotveného v ustanovení § 5 písm. e) bodu 1 zákona o zaměstnanosti, je nelegální prací, **pokud fyzická osoba nevykonává práci pro právnickou nebo fyzickou osobu na základě pracovněprávního vztahu nebo jiné smlouvy, nejde-li o manžela nebo dítě této fyzické osoby**. Je to tedy práce bezesmluvní, tj. „na černo“. Tzv. švarcsystem tak v současnosti nelegální prací není, neboť při něm má fyzická osoba ji provádějící s odběratelem (faktickým zaměstnavatelem) smluvní vztah uzavřen, ačkoliv nejde o vztah pracovněprávní, ale obchodněprávní či občanskoprávní.

Nelegální prací je také práce cizince, který musí mít podle zákona o zaměstnanosti povolení k zaměstnání a nemá jej nebo práci vykonává v rozporu s vydaným povolením, respektive v rozporu s tzv. zelenou nebo modrou kartou – pro účely tohoto článku ale tento typ nelegální práce není významný. V praxi však dochází k tomu, že cizinci

z tzv. třetích zemí, kteří mohou v České republice práci vykonávat jen na základě povolení k zaměstnání (nejde o občany Evropské unie, ani jejich rodinné příslušníky či rodinné příslušníky občana ČR a ani o cizince, u nichž § 98 ZZ umožňuje výkon práce bez povolení k zaměstnání) z důvodu, že by jim Úřad práce ČR povolení k zaměstnání zřejmě nevydal, vykonávají práci jako OSVČ. Právě v těchto případech jde často o výkon závislé práce mimo pracovněprávní vztah.

Případy nelegální práce, podle současného právního stavu, jako práce bezesmluvní, jsou tak (nejde-li o již uvedené případy cizinců) obtížně postižitelné kontrolním orgánem, kterým je do 31. 12. 2011 Úřad práce ČR. Pokud například „odběratel“ takové práce tvrdí, že má ústně uzavřenou obchodní smlouvu (např. smlouvu o dílo nebo smlouvu mandátní) nebo občanskoprávní smlouvu (např. příkazní) a i druhý účastník tomu přisvědčí, nejde o bezesmluvní vztah a tudíž ani o nelegální práci.

Vzniká ještě otázka o eventualitě posouzení věci podle ustanovení § 41a odst. 2 občanského zákoníku, podle něhož je dáno, že má-li být **právním úkonem zastřehn právní úkon jiný**, platí tento jiný úkon odpovídá-li to vůli účastníků a jsou-li splněny všechny náležitosti. To znamená, že pokud by takovouto obchodní či občanskoprávní smlouvou byla zastřena závislá práce, bylo by možné právní vztah k ní vzniklý prohlásit za pracovní poměr či některou z dohod o pracích konaných mimo pracovní poměr (právní úkon simulovaný a dissimulovaný).

V takovém případě by inspekce práce mohla uložit takto definovanému zaměstnavateli **pokutu za naplnění správního deliktu na úseku pracovního poměru nebo dohod o pracích konaných mimo pracovní poměr** podle ustanovení § 25 zákona o inspekci práce, a to do částky 300 000 Kč. Jde však o postup s výsledkem dosti nejistým, neboť uvedené ustanovení občanského zákoníku vylučuje dovolat se neplatnosti simulovaného právního úkonu vůči účastníku, který jej považoval za nezastřehný. Navíc otázka platnosti či neplatnosti právních úkonů není předmětem posuzování kontrolních orgánů státu, ale je věcí účastníků právního vztahu.

Novela zákona o zaměstnanosti (sněmovní tisk 373) s účinností od 1. 1. 2012 mění vymezení nelegální práce v ustanovení § 5 písm. e) bodu 1 zákona o zaměstnanosti. Napříště bude nelegální prací výkon závislé práce fyzickou osobou mimo pracovněprávní vztah. Zákon zde bude odkazovat pod čarou na ustanovení § 2 a 3 zákoníku práce. Dochází tím k propojení vymezení závislé a nelegální práce. Nelegální prací se tak kromě práce „na černo“ stane i tzv. švarcsystem.