

## d ů v o d ů:

Po právní stránce nesdílí dovolací soud plně důvody napadeného rozsudku, přesto však uznal, že aspoň potud nebyla sporná věc posouzena v napadeném rozsudku po právní stránce nesprávně, pokud bylo vyhověno žalobě a jejímu žádání. Podle § 27 b) trest. zák. byla s odsouzením k trestu smrti nebo do těžkého žaláře spojena ztráta způsobilosti k právním činům potud, že odsouzený nemohl podniknouti ani mezi živými právní jednání zavazující, ani učiniti poslední pořízení. Proto bylo zapotřebí ke správě jeho jmění zříditi opatrovníka, a té potřebě vyhovoval předpis § 279 obč. zák. Když však § 5 zákona ze dne 15. listopadu 1867 čís. 131 ř. zák. byl zrušen předpis § 27 b) tr. zák. a ono omezení k právním činům pominulo, stalo se i opatření podle § 279 obč. zák. zcela bezpředmětným. Dovolatel, byť i byl odsouzen do těžkého žaláře na deset roků, mohl i mezi živými i pro případ smrti volně nakládati svým jměním, mohl si tedy sám zříditi správce svého jmění, a nenáležel k osobám, které jsou podle § 21 obč. zák. pod zvláštní ochranou zákona. Ustanovení § 279 obč. zák. nemá účinnosti. Nejde o dovolatelovo opatrovnictví ani podle obdoby § 276 obč. zák., jak se odvolací soud domnívá. Obdoba má podle § 7 obč. zák. platnost jen tehdy, »nelze-li právní případ rozhodnouti ani podle slov, ani z přirozeného smyslu zákona« a tu jest »hleděti k podobným v zákoně zřejmě rozhodnutým případům a k důvodům jiných příbuzných zákonů«. Bylo-li ustanovení § 279 obč. zák. učiněno § 5 zákona ze dne 15. listopadu 1867 čís. 131 ř. zák. vědomě bezúčinným, nesmí býti obživováno obdobou ustanovení § 276 obč. zák. a výkladem, že »nepřítomný jest ten, kdo není v místě«. To je nemožné odůvodnění zvláště v souzeném případě, v němž si nepřítomný dovolatel, jak to bylo známo podle opatrovnických spisů, odpykával trest v trestnici, kde byl dokonce vyslýchán na dožádání opatrovnického soudu. Bylo tedy opatrovnictví zřízeno neprávem, leč tato okolnost nemá pro rozhodnutí rozepře významu, přikládaného jí soudy nižších stolic.

## Čís. 9617.

**Obchodního cestujícího nelze považovati za obchodního pomocníka ve smyslu zákona ze dne 16. ledna 1910, čís. 20 ř. zák., měla-li podle úmyslu stran disponovati firma výsledkem jeho práce (zakázkami), nikoliv jeho službami.**

(Rozh. ze dne 6. února 1930, Rv I 1028/29.)

Obchodní cestující domáhal se na firmě, pro niž cestoval, zaplacení provise a diet. Žaloba byla zamítnuta soudy všech tří stolic, Nejvyšším soudem z těchto

## d ů v o d ů :

Dovolatel napadá odvolací rozsudek pro nesprávné posouzení právní, protože ho nižší soudy nepokládají za obchodního pomocníka. Dovolatel míní, že ho nutno pokládati za obchodního pomocníka proto, že se zavázal býti činným pro žalovanou a žalovaná mu slíbila platiti odměnu ve formě provise, což podle názoru dovolatelova stačí k založení poměru obchodního pomocníka, proto, že 1. byl nucen řídit se dispozicemi žalované, nemaje možnost nakládati svým časem jak by chtěl, 2. že neměl možnosti docílit konjunkturálních zisků a neměl podnikatelského rizika, 3. že šlo o poměr trvalý, 4. že byl oprávněn za souhlasu žalované pracovati i pro jiné firmy. Prvý soud zjistil, že žalobce měl cestovati pro žalovanou na provisi, nikoli jako úředník, že provise byla splatná po efektuování faktur, že měl dostávati cestovní příspěvek 350 Kč za 14 dní splatný pozadu. Ohledně kalendářů že měl dostati to, co docílí přes limitované ceny, a později, že mu bylo slíbeno, že dostane 5%ní provisi, by šel s cenou dolů. Odvolací soud vychází z názoru, že cestující na provisi jest jen tehdy obchodním pomocníkem, je-li ustanoven pro určitý obvod za určitý měsíční plat, odvolává se na nálezn nejvyššího soudu čís. 5556 sb. n. s. Otázka, zda obchodního cestujícího lze považovati za obchodního pomocníka, musí býti řešena podle okolností případu. Obchodním pomocníkem jest podle § 1 zák. o obch. pom. ten, kdo jest v závodě kupce sjednán převážně k výkonu kupeckých služeb nebo vyšších služeb nekupeckých. Slovem sjednání zákon naznačuje, že předpokladem poměru obchodního pomocníka jest poměr služební ve smyslu § 1151 obč. zák. Takový služební poměr není vyloučen již tím, že obchodní pomocník v e d l e svého služebního poměru vyvinuje také činnost samostatného podnikatele neb obchodníka. Pod zákon ten však nespádají osoby, které, nejsouce ve služebním poměru, jsou samostatnými obchodníky nebo podnikateli, na příklad ti, kdo jsou činni jako samostatní sprostředkovatelé nebo samostatní zmocněnci. Jak bylo vyloženo v nálezu nejvyššího soudu 5451 sb. n. s., jest podstatným rysem smlouvy služební zejména v poměru ke smlouvě o dílo a i ke smlouvě sprostředkovatelské, zda předmětem smlouvy jsou služby osobní, zda jde o mzdu vyměřenou podle času za práci, či zda jest předmětem výsledek práce, zda jde o mzdu úhrnkovou za dílo hotové neb o mzdu sprostředkovatelskou. Pro úvahu, zda jde o ten či onen způsob prací, jest podle motivů hleděti k tomu, zda jde o trvalý poměr závazkový mezi zaměstnancem a zaměstnavatelem, o práci za řízení a za dispozic zaměstnavatelových, s jeho pracovními prostředky, o osobní povinnost pracovní a o osobní nárok na práci, o závazek ručiti za péči, nikoli za zdar nebo nezdar práce, jenž jde na účet zaměstnavatelův, tedy úhrnem o to, zda jde o osobní hospodářskou závislost zaměstnaného v podniku zaměstnavatelově. Pro smlouvu o dílo rozhoduje, zda jde o závazek k výkonu, o jeho zdar na účet zjednaného, podle vlastního jeho plánu, s vlastními prostředky, s pomocníky nebo

substituty, se zárukou nejen za péči, nýbrž i za správu za vady díla, s převzetím nebezpečí zdaru, tedy, zda jde o samostatného podnikatele. Podobně jest tomu i při smlouvě sprostředkovatelské. Motivy k třetí dílčí novele zdůrazňují, že hospodářský život sebou přináší různé kombinace popsanych znaků, že zákon nemůže zvlášť každý případ upravit a musí ponechati výkladu případu, k čemu se nesl úmysl stran. Podle toho může i při cestujícím na pouhou provisi jíti o vstup do služebního poměru, ovšem jen tehdy, nese-li se úmysl stran k tomu, by byly získány služby, nejen výsledek práce. Pravidelně nese se při agentech na pouhou provisi úmysl stran k tomu, by objednatel získal již hotové zakázky, a proto z pravidla jde o jinou smlouvu, než o smlouvu služební. O smlouvu služební může jíti jen, když účelem zjednání byly podle uvedených hledisek samy služby agentovy, jeho podřízenost, jeho nárok na práci bez možnosti pomocníků a substitutů, bez rizika zdaru. Posuzuje-li se sporný případ s těchto hledisek, nelze pokládati žalobce za obchodního pomocníka. Úmyslem stran nebylo podříditi dispozici žalované firmy žalobcovy služby, disponovati s jeho službami, nýbrž s výsledkem jeho práce, se zakázkami: nebyla mu uložena pracovní povinnost a nebyli vyloučeni pomocníci a substituti, mohl pracovati i pro jiné firmy, odměna vyměřena mu byla podle výsledku a podle získaných zakázek a podle skutečných pracovních dnů, jeho odměna závisela od docíleného výsledku, nikoliv od toho, kolik vynaložil práce. Mohl pracovati podle vlastního plánu, vlastními prostředky, zdar jeho práce nešel na účet žalované, nýbrž na účet jeho vlastní. Proto převažují znaky rozhodné pro to, že nejde o smlouvu služební, žalobce nelze považovati za zřízence žalované, nýbrž za samostatného podnikatele. Uvádí-li dovolatel, že nemohl nakládati volně svým časem, nepřednesl to jednak v první stolici, naopak sám doznal, že byl původně zaměstnán u firmy H., že převzal s jejím svolením v únoru 1927 také zastoupení žalované a že teprve v červenci od této firmy vystoupil. V rozporu se spisy není tedy odvolací rozsudek, vycházející z toho, že žalobce cestoval pro jinou firmu. Proto mohl dovolatel nakládati svým časem i pro tuto firmu, nepodléhal dispozicím žalované v tom, jak si práci rozdělí, nýbrž jen v tom, zač má prodávati. Není správné, že neměl možnost zisku a nenesl riziko, protože jeho zisk závisel od toho, zač prodal, kolik na přescenách docílí, nesl sám riziko, kde mu cestovní příspěvek nestačil. Za tohoto stavu věci nešlo o to, že žalovaná, vědouc o žalobcově zaměstnání u firmy H-ovy, svolila k jinak zakázané činnosti žalobce jako obchodního pomocníka podle § 7 zákona o obch. pom., nýbrž o to, že žalobce byl činný pro ni jinak, než její zaměstnanec, aniž by bylo třeba řešiti, zda šlo u něho o činnost samostatného sprostředkovatele či jiného podnikatele. Dovolatel se neprávem domnívá, že předpisů zákona o obchodních pomocnících lze použiti obdobně i na samostatné cestující, kteří jsou k principálovi v jiném smluvním poměru. Tento jiný služební poměr jest posuzovati podle předpisů pro dotyčné smlouvy platných, na př. podle zásad o smlouvě o dílo, o smlouvě sprostředkovatelské, obstaravatelské nebo zmocněnecké.