

přejíti na nemocenskou pokladnu nebo ústav, který by v případě zrušení neb sloučení pokladny její práva i povinnosti převzal, má žalobkyně právní zájem na brzkém zjištění, že jest po právu odstavec dekretu ze dne 27. ledna 1925 »Byl-li i služební poměr mezi žalovanou a žalobkyní přerušen dříve, nežli nastane pojistný případ, vypočte se výše důchodu, jenž by žalobkyni připadl, kdyby tato v době přerušení služebního poměru stala se invalidní, neb jejímu vdovci a sirotkům, kdyby v době té zemřela, jednak podle této listiny a jednak podle zajištění získaného u pensijního ústavu. Žalobkyni případně jejím pozůstalým se pak zachová pro pojistný případ nárok na výplatu rozdílů mezi oběma výpočty«. První soud uznal podle žalobního žádání. Odvolací soud nevyhověl odvolání.

Nejvyšší soud nevyhověl dovolání.

#### Důvody:

Žalovaná uzavřela smlouvu ze dne 27. ledna 1925 za platnosti kolektivní smlouvy zaměstnanců nemocenských pojišťoven sjednané dne 2. listopadu 1920 a zrevidované dne 4. července 1924, tedy v době, kdy platilo ustanovení čl. XX., odst. 2 této kolektivní smlouvy, že definitivita zemských zaměstnanců se ruší automaticky provdáním. Přesto pojala do dekretu o smlouvě ustanovení o příplatcích k pensii žalobkyně, odpovídající zásadě čl. XXI. dotčené kolektivní smlouvy, podle níž mají zaměstnanci nárok, aby byli buď přihlášení u náhradního pensijního ústavu pro zaměstnance nemocenských pojišťoven anebo aby jim pojišťovna při pojištění u Všeobecného pensijního ústavu doplácela pensijní požitky do výše důchodu prvního, a dále ustanovení pro případ, že její služební poměr se skončí před dosažením 35 služebních let, a má také výslovně ustanovení o jejím vdovci a sirotcích. Umluva ta podle toho předpokládala provdání se žalobkyně a správně poukazuje soud na důvodovou zprávu k čl. XX. kolektivní smlouvy, podle níž nemusilo dojít k propuštění žalobkyně z důvodu ztráty definitivy. V dotčeném dekretu není však ani podkladu pro náhled, že poskytnutá výhoda platí jen, když se žalobkyně provdá až po uplynutí celé služební doby.

#### Čís. 15515.

**K nabytí živnostenského oprávnění u živnosti svobodné stačí opověď živnosti; vzal-li živnostenský úřad opověď na vědomí a vydal-li živnostenský list, jde o rozhodnutí správního úřadu, které nemohou soudy po věcné stránce přezkoumati.**

**Podstatné znaky služební smlouvy.**

**Zaměstnancova odměna (plat) nemusí záležeti v určité hotovosti; zaměstnavatel může odměnit zaměstnance i tak, že mu poskytuje příležitost k jistému výdělku.**

(Rozh. ze dne 16. října 1936, Rv II 539/36.)

Žalobkyně byla zaměstnána u žalované jako vedoucí mlékárny v B. od 1. do 30. září 1935 za ujednaný měsíční plat 150 Kč a 3% provisi z obratu. K tomu přednesla žalobkyně, že výdělek její na provisi činil v září 1935 pouze 28 Kč 50 h a že jí vzhledem k tomu, že žalovaná jest řádným členem obchodního gremia v B. a žalobkyně byla členem Pomocnické hromady, příslušel plat podle platové úmluvy Obchodního gremia v B., a to vzhledem k tomu, že má plných 15 služebních roků a platí za prodavačku nevyučenou, v částce 800 Kč měsíčně, jakož i nárok na novoročné (§ 4 vlád. nař. čís. 89/35 Sb. z. a n.). Poněvadž dostala za září 1935 pouze 178 Kč 50 h, žádá doplatek 621 Kč 50 h a poměrný díl novoročného částkou 66 Kč 65 h, celkem 688 Kč 15 h. Žalovaná namítla, že platová úmluva uzavřená mezi Obchodním gremiem v B. a Pomocnickou hromadou na žalobkyni se nevztahuje, poněvadž, i když žalovaná má živnostenské oprávnění a jest u obchodního gremia vedena jako člen, jest toto členství vzhledem k ustanovení čl. V. uvoz. zák. k živn. řádu a § 3, odst. 2 živn. řádu neplatné. Poměr mezi žalobkyní a žalovanou nebyl ve skutečnosti čistým poměrem služebním, poněvadž odměna jest stanovena tak, že ve většině případů jsou převážnou částí výdělku provise prodavači přiznané, které namnoze dosahují výše 400—600 Kč a někdy 1.000 až 1.200 Kč měsíčně podle zdatnosti prodavače. Kromě toho prodávají vedoucí filiálek a prodávala i žalobkyně v mlékárně různé zboží na svůj účet. Nelze tudíž uvedenou platovou úmluvu vztahovati na poměr mezi stranami. Ale i kdyby šlo o poměr služební podle zákona o soukromých zaměstnancích, nelze zde použití ustanovení § 4 vlád. nař. čís. 89/35 proto, že podle § 4, odst. 2 zák. čís. 154/34 platí hromadné smlouvy jen tam, kde nebylo ujednáno nic jiného. Se žalobkyní byla však ujednána individuální smlouva, podle které měla míti jako vedoucí mlékárny 150 Kč měsíčního platu a 3% provise z obratu, při čemž měla prodávati různé zboží na svůj účet. Novoročné žalobkyni nepatřilo, poněvadž nebylo ujednáno, u žalované není obvyklé a její prodavači je nedostávají. Služební dobou podle platové úmluvy jest služební doba ztrávená u téhož zaměstnavatele. Nižší soudy uznaly podle žaloby.

Nejvyšší soud nevyhověl dovolání.

### Důvody :

Podle § 107 živn. řádu stává se členem společenstva živnostník nastoupením živnosti, t. j. dnem opovědi, a členství nastává následkem živnostenského oprávnění nuceně. Nastoupením živnosti jest rozuměti onen formální akt, jenž oprávnňuje podnikatele k provozování. V souzené věci jde o živnost svobodnou a u takové stačí k nabytí živnostenského oprávnění, že podnikatel živnost opověděl úřadu (§ 11, odst. 2 živn. řádu a § 144, odst. 1 živn. řádu), načež živnostenský úřad přezkoumá opověď a vydá opovídajícímu živnostenský list (§ 13, odst. 1 živn. řádu) nebo mu zapoví, by provozování počal neb aby v něm pokračoval (§ 13, odst. 2 živn. řádu). Žalovaná strana opověděla živnost živnostenskému úřadu v B. a byl jí vydán živnostenský list, pročež jest opodstatněn

závěr nižších soudů, že se tak stala členkou příslušného společenstva, v jehož obvodě provozovala živnost (§ 107, odst. 1 živn. řádu). Vzal-li živnostenský úřad opověď žalovaného družstva na vědomí a vydal-li mu živnostenský list, šlo o rozhodnutí správního úřadu vydané v mezích jeho zákonné působnosti, které nelze přezkoumávatí soudem po hmotné stránce (Sb. n. s. čís. 2198, 4690 a j.). Nesejde na tom, že žalované společenstvo teprve za sporu se vzdalo živnostenského oprávnění (§ 144, odst. 5 živn. řádu), ježto vzdání se živnosti působí teprve dnem, kterého bylo živnostenskému úřadu prvé stolice prohlášeno pokud se týče, kdy k úřadu tomu došlo (předposlední odstavec § 144 živn. řádu). Rozhodnými znaky služební smlouvy jsou, že jde o osobní a hospodářské podřazení zaměstnaného v organismu podniku zaměstnavatelova, zvláště o práci podle nařízení a dispozic zaměstnavatelových s jeho prostředky pracovními, o osobní povinnost zaměstnancovu a o jeho osobní nárok na práci (Sb. n. s. čís. 7845 a 10402). Všechny tyto složky vyplývají ze skutečností nižšími soudy zjištěných. Z tohoto zjištění je též patrné, že žalobkyně neměla podílu na zisku a ztrátě v podniku žalované strany a že jí naopak byla odměna upravena mimo pevný peněžní plat ještě další částkou podle rozsahu práce žalobkyní samou v podniku tom vykonané (3% provise z obratu) a proto tu nelze mluvit o společenské smlouvě podle § 1175 obč. zák. Nejvyšší soud odůvodnil v rozhodnutí ve Sb. n. s. čís. 13588, k němuž se poukazuje, že zaměstnancova odměna nemusí záležeti jen v určité hotovosti a že je též možným, že zaměstnavatel poskytuje zaměstnanci příležitost k jistému výdělku, jež podle okolností lze očekávat. Tomu tak bylo v souzené věci, neboť bylo zjištěno, že žalobkyni bylo žalovaným společenstvem též dovoleno, aby vedle prodeje zboží jí společenstvem dodávaného zavedla si v místnostech podniku prodej housek, chleba, vajec atd. na vlastní účet. Tato zvláštní výhoda nezměnila však nic na povaze její smlouvy jako smlouvy služební. Nezáleží na tom, byla-li tato výhoda odměnou za hodiny přes čas a za nevyčerpanou dovolenou čili nic. Ustanovení zákona čís. 154/34 Sb. z. a n. platí mezi jinými pro osoby, které při provozování obchodu jsou ustanoveny, aby převážně konaly buď kupecké služby neb služby vyšší, nikoli kupecké (§ 1 a) cit. zák.). »Kupeckými službami« jsou služby, jichž řádný výkon předpokládá aspoň v průměrných případech školenost a dovednost s hlediska kupeckého odboru; nemusí to býti činnost rázu vyššího, vyloučeny jsou jen případy, kde jde o činnost záležející v úkonech podřízených (Sb. n. s. čís. 10300). Žalobkyně byla přijata žalovanou jako vedoucí nově zřízené filiálky v B. a zvláště náleželo k jejím služebním povinnostem, aby si získala přiměřený okruh odběratelů, starala se o včasné opatření předpokládaného množství zboží, je přijímala, neprodané zboží včas vrátila, prodané zboží řádně vyúčtovala a odváděla utržené peníze. Ježto služební činnost žalobkyně souvisela s prodejem zboží a organizací podniku a vyžadovala zřejmě jisté školenosti, dovednosti a určitých zkušeností s hlediska kupeckého odborných a nejde tu o úkony zcela podřadné, nelze odvolacímu soudu ani vytýkati nesprávné právní posouzení věci (čís. 4 § 503 c. ř. s.), měl-li za to, že žalobkyně podléhá zákonu čís. 154/34 Sb. z. a n.