

§ 307 [Podnikání nadace]

(1) Nadace může podnikat, pokud podnikání představuje pouhou vedlejší činnost a výtěžky podnikání slouží jen k podpoře jejího účelu; nadace však podnikat nesmí, pokud to zakladatel v nadační listině vyloučil. Za stejných podmínek může nadace převzít vedení obchodní společnosti.

(2) Nadace nesmí být neomezeně ručícím společníkem obchodní společnosti.

Související ustanovení: § 4, 5, 118, 159, § 310 písm. j), § 338 odst. 2, § 339, 349 a násl., 402 a násl., 419, § 420 odst. 1, § 421 odst. 2, § 423 a násl., 429, 430, 432 a násl., 450 a násl., 502 až 504, 1448 a násl., 2201 a násl., 2235 a násl., 2332 a násl., 2972 a násl.

Související předpisy: § 23 odst. 1 NadZ; § 51 odst. 1 ZOK; § 34, § 42 a násl. VeřRej; § 2, § 3 odst. 3 písm. a) a h) ŽZ; OchrZn; LotZ; zákon č. 117/2001 Sb., o veřejných sbírkách; ZdravSl; SocSl; ZPKT; § 1 odst. 2 PSG

Z literatury: Hulmák, M. a kol. Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055 až 3014). Komentář. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014; dále viz literaturu k § 303 a 306

I. Podnikání nadace

1. Koncepční uchopení

Občanský zákoník umožňuje podnikání nadací za zákonem stanovených podmínek a za předpokladu, že tuto možnost zakladatel nevyloučí v nadační listině.

Nadace může podnikat jednak „přímo“, tj. vyvíjet samostatně a soustavně na vlastní účet a odpovědnost výdělečnou činnost za účelem dosažení zisku. Základní podmínkou je, že tak činí jako „vedlejší činnost“ a případný zisk reinvestuje k podpoře účelu, pro který byla založena. Nadace je pak, se zřetelem ke své podnikatelské činnosti, „podnikatelem“ (co to znamená, viz komentář k § 420 a násl.) se všemi konsekvencemi z toho plynoucími. To, že mohou nadace podnikat, je výrazná změna oproti úpravě obsažené v zákoně o nadacích a nadačních fondech, která podnikání nadací (a další výdělečnou činnost) zakazovala (až na zákonem stanovené výjimky, jako byl pronájem nemovitostí, pořádání loterií, tombol, veřejných sbírek, kulturních, společenských, sportovních a vzdělávacích akcí).

Tzv. „nepřímým“ podnikáním je převzetí vedení obchodní společnosti. Osoba, která vlastnictvím majoritních podílů korporaci „ovládá“ tím, že se přímo či nepřímo vměšuje do její správy, je třeba zřejmě považovat za osobu účastnící se podnikání vykonávaného ovládanou osobou (tzv. „nepřímé“ podnikání).

Oproti tomu vlastnictví (resp. držení) majetkových účastí (podílů) na podnikajících korporacích není zpravidla podnikáním, ale správou vlastního majetku (viz dále zejména rozhodnutí ESD *Cassa di Risparmio di Firenze and Others, Case, C-22/04*). Soudní dvůr uvedl mimo jiné, že pouhé držení podílů v obchodních korporacích, dokonce majoritních, pokud umožňuje pouze výkon práv spojených s postavením akcionáře či společníka nebo přijímání dividend a jiných výnosů, v zásadě nepostačuje ke kvalifikaci dané osoby vlastníci obchodní podíly jako podnikatele.

Hranice mezi „ovládáním“ a „správou podílu“ nicméně nemusí být v hraničních případech zcela zřetelná a vždy bude záviset především na vymezení v základních dokumentech „zúčastněných“ právnických osob.

Také možnost majetkové účasti na jiných právnických osobách byla do konce roku 2013 omezena. Nadace se mohly podílet pouze na podnikání akciových společností a rozsah celkové majetkové účasti na těchto podnikajících subjektech nesměl přesáhnout 20 % z majetku nadace po odečtení hodnoty nadačního jmění.

Většina okolních evropských právních řádů podnikání fundací připouští. V jednotlivých zemích přitom nacházíme rozdílné koncepční přístupy, které se odlišují v parametrickém nastavení.

Jako argument proti „přímému“ podnikání nadací bývá uváděna obava ze ztráty majetku spojená s vyšší mírou rizika, které je s podnikáním pojmově spjato. Na rozdíl od korporace je totiž nadace osobou bez vlivu vlastníka či akcionáře, který by mohl vykonávat určité kontrolní funkce. Tuto neschopnost, resp. deficit „vlastní“ kontroly je pak nutno nahrazovat jinými mechanismy. V posledních desetiletích jsou nicméně v řadě evropských zemí nadace vyvíjející vlastní podnikatelskou činnost častým jevem. Někdy jsou dokonce považovány za zvláštní faktický typ nadace (Německo, Nizozemsko), který se řídí vlastními pravidly. V České republice platné právo podnikání nadací nebrání. Právní praxe (stejně jako v zahraničí) nicméně z řady důvodů, zejména s ohledem na celkovou vnitřní *foundation governance*, jasnost vymezení rolí jednotlivých aktérů, limitní použitelnost pravidla podnikatelského úsudku u fundací a veřejnoprávní souvislosti, preferuje oddělení vlastnictví, resp. správy majetku (obchodního) podílu, které není podnikáním na straně jedné, od skutečně podnikatelských aktivit na straně druhé. Ty jsou většinou realizovány prostřednictvím obchodních korporací (vlastněných) fundací.

1. Základní pravidla pro podnikání nadací a převzetí vedení obchodní společnosti

Občanský zákoník podnikání nadací umožňuje, nicméně omezuje je na vedlejší činnost.

Pro podnikání nadací jsou určující především tato základní pravidla:

1. Nadace nemůže být založena za účelem podnikání – výlučně výdělečný účel je nadacím cizí. Podnikání je prostředkem k dosahování nadačního účelu, nikoli účelem samotným.
2. Záleží na vůli zakladatele, zda v nadační listině nebo ve statutu podnikání zakáže nebo omezí, nebo zda pro takové aktivity naopak vytvoří co nejpříznivější podmínky.
3. Nadace může podnikat, pokud podnikání představuje vedlejší činnost. Za stejných podmínek může převzít vedení obchodní společnosti.
4. Vlastnictví (držení) podílů v obchodních korporacích (i majoritních), pokud umožňuje jen výkon práv akcionáře či společníka, nebo přijímání dividend a jiných výnosů nepostačuje ke kvalifikaci dané fundace vlastníci obchodní podíly jako podnikatele.
5. Naproti tomu osobu, která vlastnictvím majoritních podílů korporaci „ovládá“ tím, že se přímo či nepřímo vměšuje do její správy, lze považovat za osobu účastnící se podnikání vykonávaného ovládanou osobou.
6. Výtěžky z podnikání mohou být použity jen k podpoře nadačního účelu.
7. Nadace nesmí být nikdy neomezeně ručícím společníkem obchodní společnosti (§ 307 odst. 2). K právnímu jednání, kterým nadace převezme neomezené ručení za jinou osobu, se nepřihlíží (§ 338 odst. 2), tedy hledí se na ně, jako by nebylo učiněno; jde o zdánlivé právní jednání. Proto se nadace neomezeně ručícím společníkem nestane. Zákonodárce omezením sleduje především ochranu majetku nadace před nepříznivými dopady zákonného ručení za dluhy třetí osoby.
8. Podnikatelskou činnost mohou vyvíjet veřejně i soukromě prospěšné nadace.

2. Limity pro podnikání

Občanský zákoník při vymezení limitů podnikání nadací nachází inspiraci zejména v *rakouském* zákoně o soukromých nadacích z roku 1993 (§ 1 odst. 2 PSG). Výslovně uvádí, že nadace nesmí sloužit výdělečným účelům, čímž se odlišuje od obchodních společností a dalších podnikatelů. Definicí podnikatele obsahuje § 420 odst. 1: „*Kdo samostatně vykonává na vlastní účet a odpovědnost výdělečnou činnost živnostenským nebo obdobným způsobem se záměrem činit tak soustavně za účelem dosažení zisku, je považován se zřetelem k této činnosti za podnikatele.*“

Pojmovými znaky, které musejí být kumulativně splněny, aby se jednalo o podnikání, jsou tedy účel dosažení (a jeho rozdělení), samostatnost, výdělečnost, soustavnost, výkon činnosti podnikatelem na vlastní účet a na vlastní odpovědnost.

Nadace není pojmově podnikatelem, neboť není založena za účelem dosažení zisku (výdělečným účelem). Základní rozdíl oproti podnikatelům spočívá v zákonné limitaci možnosti naložit se ziskem (k tomu blíže viz například usnesení VS v Praze 7 Cmo 537/2008-50). Nadace ale může být ve smyslu § 421 odst. 2 za podnikatele považována, avšak vždy pouze se zřetelem k činnosti, kterou bude vykonávat. Půjde zejména o případy, kdy bude vyvíjet podnikatelskou činnost na základě živnostenského (viz definice § 2 ŽZ) nebo jiného oprávnění. Platí to ale i v případě, bude-li neoprávněně podnikat bez takového příslušného povolení, avšak její činnost naplní pojmové znaky podnikání.

K neoprávněnému podnikání viz například i NSS 5 Afs 148/2006 (1396/2007 Sb. NSS): „*Kdo však podniká bez příslušného živnostenského nebo jiného veřejnoprávního oprávnění, porušuje tím veřejné právo, není tím však zbaven schopnosti uzavírat smlouvy, tedy obchodovat. Oba aspekty, tj. veřejnoprávní a soukromoprávní, je však třeba odlišovat. Zatímco absence příslušného oprávnění k podnikání ve sféře soukromého práva nemá vliv na platnost soukromoprávního úkonu, ve sféře práva veřejného, tedy i práva daňového, chování contra legem má zvláštní dopady.*“

Občanský zákoník počítá s možností, že nadace v rámci podnikání provozuje obchodní závod [viz například § 339 odst. 1, taktéž § 34 písm e) VeřRej]. Obchodní závod (§ 502) je organizovaný soubor jmění, který podnikatel vytvořil a který z jeho vůle slouží k provozování jeho činnosti. Autoři komentáře mají za to, že obchodní závod fundace může mít i pobočku (pobočky). Pobočka je taková část obchodního závodu, která vykazuje hospodářskou a funkční samostatnost a o které podnikatel rozhodl, že bude pobočkou (§ 503).

Otázkou je, zda by mohla být pobočka obchodního závodu nadace odštěpným závodem. Z funkcionálního pohledu by takové řešení dávalo smysl (včetně možnosti mít vedoucího odštěpného závodu, který by byl oprávněn jednat ve všech záležitostech týkajících se odštěpného závodu ode dne, kdy byl jako vedoucí odštěpného závodu zapsán do obchodního rejstříku). Pobočka se ale stává odštěpným závodem až zápisem do obchodního rejstříku, jde o jeden z konstitutivních zápisů. Takový zápis je požadován z důvodu právní jistoty, zejména z důvodů ochrany práv třetích osob (zejména věřitelů). Nadace je nicméně zapsána do nadačního rejstříku a platná úprava občanského zákoníku ani zákona o veřejných rejstřících právnických a fyzických osob tuto možnost (dosud) výslovně neupravuje.

Je žádoucí, aby si nadace – zejména s ohledem na ochranu práv třetích osob – mohla odštěpný závod zřídit. Spornou otázkou však je, zda lze tohoto cíle dosáhnout zápisem této skutečnosti mezi „ostatní skutečnosti“ do nadačního rejstříku. Stejná úvaha by se mohla týkat i prokuristy (§ 450 a násl.), s tím rozdílem, že u této osoby je zápis do veřejného rejstříku pouze deklaratorní.

Při podnikání bude za nadaci jednáno pod jejím vlastním jménem (názvem). V případě, že k názvu budou připojeny dodatky charakterizující ji nebo její obchodní závod, nesmějí být tyto dodatky klamavé. Občanský zákoník obsahuje i další pravidla, která jsou určující pro podnikatele – ohledně sídla podnikatele (§ 429) a zastoupení (§ 430), jež jsou odůvodněna zejména zájmem na vyšší míře ochrany práv věřitelů a dalších osob. Na nadace, pokud budou podnikat, dopadá i zákaz konkurence (viz komentář k § 432 a násl.), taktéž mohou mít své obchodní tajemství – konkurenčně významné, určitelné, ocenitelné a v příslušných obchodních kruzích běžně nedostupné skutečnosti, které souvisejí s obchodním závodem a jejichž vlastník zajišťuje ve svém zájmu odpovídajícím způsobem jejich utajení (§ 504). Nadace může být i přihlašovatelem ochranné známky ve smyslu zákona č. 441/2003 Sb., o ochranných známkách.

Také pro účely ochrany spotřebitele bude nadace osobou, která se považuje za podnikatele ve smyslu § 420 odst. 2, pokud bude uzavírat smlouvy související s vlastní obchodní, výrobní nebo obdobnou činností.

Naopak, některá ustanovení normují pouze postavení podnikatelů zapsaných v obchodním rejstříku, z funkcionálního pohledu se to nicméně nejeví vždy jako vhodné (viz výše úvahu o prokuristovi – § 450), neboť (alespoň některá) pravidla mohou platit při podnikání obecně. Lze tedy uzavřít, že nadace budou mít při své činnosti, kterou bude možné kvalifikovat jako podnikatelskou, v zásadě stejný režim jako ostatní podnikatelé. V tomhle ohledu nemohou zakladatelé nadací hledat ve volbě právní formy nadace žádné výhody. Nadace, pokud se bude účastnit hospodářské soutěže, bude soutěžitelem ve smyslu § 2972 a násl. se všemi právy a povinnostmi, které z toho plynou. V tomto smyslu se vyjádřila již prvorepubliková judikatura v NS Rv I 2795/36 (Vážný 16170), i když ve vztahu k právní formě spolku. I „evropské“ soutěžní právo je aplikovatelné bez ohledu na právní formu, tedy i na nadace (blíže viz *Kronke In: Hopt, Reuter 2001 s. 168*).

Podle rozhodovací praxe Soudního dvora EU pro podnikající (a i jinak přeshraničně působící) nadace je dovozeno, že na ně dopadá regulace evropského práva, včetně svobody usazování a zákazu diskriminace (dovozeno mimo jiné nepřímo v rozhodnutích týkajících se daňových záležitostí ESD *Centro di Musicologia Walter Stauffer v. Finanzamt München für Körperschaften*, C-386/04, a taktéž ESD *Hein Persche v. Finanzamt Lüdenscheid*, C-318/07).

4. Péče řádného hospodáře členů orgánů podnikající nadace

Ustanovení § 159 odst. 1 obsahuje pravidlo péče řádného hospodáře. Stanoví, že „*kdo přijme funkci člena voleného orgánu právnické osoby, zavazuje se, že ji bude vykonávat s nezbytnou loajalitou i s potřebnými znalostmi a pečlivostí*“. Mimoto obsahuje i vyvratitelnou právní domněnku, že „*jedná nedbale ten, kdo není této péče řádného hospodáře schopen, ač to musel zjistit při přijetí funkce nebo při jejím výkonu, a nevyvodí z toho pro sebe důsledky*“. Loajalita tak je vedle pečlivosti a potřebných znalostí komplementární složkou péče řádného hospodáře (blíže viz komentář obecně k fundacím – § 303 a též k péči řádného hospodáře – § 159).

Každý, kdo funkci voleného orgánu zastává, musí jednat nejen pečlivě a informovaně, ale i s nezbytnou loajalitou, tj. v zájmu fundace, nikoli k svému vlastnímu prospěchu nebo k prospěchu jiných mimo stojících osob. Na vztahy členů volených orgánů a nadace je podle názoru autorů tohoto komentáře podpůrně použitelná i úprava určující pravidla pro správu cizího majetku (například pravidlo při střetu zájmů), k této úvaze blíže viz *Pihera, Havel 2019 s. 836*.

Člen voleného orgánu nadace (především správní rady) nemusí být nutně nadán odbornými znalostmi. Postačí, aby byl schopen zhodnotit situaci a posoudit, že některé záležitosti již není schopen obstarat sám. V takovém případě je povinen svou pravomoc delegovat, tj. zajistit jinou osobu, která bude schopna tyto záležitosti řešit s odbornou péčí. Přenesení určitých pravomocí však nezbavuje člena voleného orgánu povinnosti dohledu nad řádným výkonem činnosti osobou, na kterou bylo obstarání záležitosti smluvně přeneseno. Ustanovení § 4 konstruuje vyvratitelnou domněnku, že „*každá svéprávná osoba má rozum průměrného člověka i schopnost užívat jej s běžnou péčí*“. Vyšší nároky jsou pak kladeny na ty členy volených orgánů, kteří se veřejně nebo ve styku s jinou osobou přihlásí k určité odbornosti (§ 5). Pokud nejednají s „odbornou péčí“ (myšleno v oboru své vlastní „odbornosti“), jde jim takový postup k tíži. Například je-li člen dozorčího orgánu nadace povoláním auditor, předpokládá se u něj vyšší míra schopnosti posoudit otázky kontroly účetní závěrky apod.

Pro fundace, ústavy a korporace civilního práva se naopak zřejmě neuplatňuje tzv. pravidlo podnikatelského úsudku obsažené v § 51 odst. 1 ZOK, neboť lze mít za to, že se jedná o zvláštní pravidlo, které je určující pouze pro obchodní korporace. Proto se netýká nadací (ani jiných právnických osob mimo sféru zákona o obchodních korporacích), ani když budou vyvíjet

podnikatelskou činnost (shodně *Bajer In: Petrov, Výtisk, Beran a kol. 2019 s. 364*, též *Havel 2015, Ronovská In: Eichlerová a kol. 2019 s. 49–60*, opačně *Krtoušová 2019 s. 110*, viz též komentář k § 303).

Lze mít za to, že nebylo záměrem zákonodárce u nadací (a dalších obdobných osob) zakotvit, že mohou podnikat stejně rizikově jako obchodní korporace. Jejich účel totiž je primárně jiný než výdělečný; zároveň by se tím mezi fundacemi a obchodními korporacemi smazával rozdíl, což není žádoucí. Podniká-li nadace, je taková činnost vždy pouhou vedlejší činností, která musí být vykonávána v souladu s nadačním účelem. Proto by mělo být při podnikatelské činnosti postupováno mnohem obezřetněji a jen těžko lze dovozovat výhody, které motivují podnikatele podstupovat vyšší míru rizika.

Chce-li nadace takové činnosti provozovat, může si založit standardní obchodní korporaci. Vše výše uvedené může ovlivnit rozhodování nadace, zda zvolí formu podnikání „přímou“ (méně často), nebo prostřednictvím jiných osob (častěji), u kterých se toto pravidlo uplatňovat bude (například kapitálových obchodních společností).

V praxi se v tomto ohledu vyskytují různá uspořádání. Po prvních letech účinnosti občanského zákoníku je běžné, že nadace využívají právě možnosti vlastnictví a správy obchodních podílů v jiných (podnikajících či taktéž za jiným účelem než podnikáním založených) právnických osobách, resp. obchodních korporacích s tím, že od sebe oddělují správu majetku od vlastního podnikání. Takové řešení je výhodné z pohledu corporate, resp. foundation governance (viz výše), zejména k projasnění jednotlivých kompetencí (zřetelné oddělení podnikatelských aktivit od správy majetku, resp. obchodních podílů), stejně jako jasnější režim účetní, daňový, spotřebitelský, soutěžní atd. Příkladem může být provozování hotelu prostřednictvím společnosti s ručením omezeným (vlastněné nadací) v nemovitosti taktéž vlastněné nadací.

Lze tedy uzavřít, že vyčlenění podnikatelských činností do samostatných, za účelem podnikání založených entit (zejména, pokud má být podnikatelská činnost vykonávána ve větším měřítku) lze považovat za vhodné a účelné.

II. Podnikání vs. správa majetku

Nadace může svého účelu dosahovat různými způsoby – rozdělováním nadačních příspěvků, realizací vlastních programů, správou majetku k dosahování nadačního účelu či dalšími činnostmi, které určí zakladatel v zakládací listině [k tomu blíže komentář k § 310 písm. j)]. I při těchto činnostech je pravidelně dosahováno kladného hospodářského výsledku (zisku, resp. výdělku), a přitom není možné takovou činnost kvalifikovat jako podnikání. Chybí totiž jeden nebo více z pojmových znaků podnikání – například soustavnost, zaměření k dosahování zisku a jeho rozdělování –, a o podnikání tedy vůbec nepůjde.

Aktivitami, které může nadace vyvíjet v rámci své hlavní činnosti k dosahování nadačního účelu, jsou zejména správa vlastního majetku (včetně správy obchodních podílů), včetně jeho investování, pronájem nemovitostí (§ 2201) či jejich pacht (§ 2332 a násl.), fundraising, pořádání veřejných sbírek a loterií, příležitostné nebo jednorázové pořádání společenských, kulturních a sportovních akcí, poskytování služeb apod.

Správa vlastního majetku není podnikáním; odděleně se hovoří o správě vlastního majetku a podnikání například u veřejné obchodní společnosti (viz § 95 odst. 1 ZOK). Podle judikatury Soudního dvora, viz *ESD Cassa di Risparmio di Firenze and Others, C-22/04, § 111 a 112*, nelze považovat za podnikání ani správu obchodních podílů, pokud je nadace v pozici akcionáře či společníka, pouze přijímá dividendy atd. Pokud však bude vlastnictvím majoritních podílů obchodní korporaci „ovládat“ a bude se přímo nebo nepřímo vměšovat do její správy, musí být považována za osobu účastnící se podnikání této korporace.

Jestliže bude nadace spravovat cizí majetek umístěný například v přidruženém fondu, bude záležet na konkrétních ujednáních, zda bude taková činnost zpravidla kvalifikována také jako podnikatelská (tj. pokud splní materiální kritéria § 420).

Pronájem nemovitostí, bytů a nebytových prostor není podnikáním [má zvláštní veřejnoprávní režim, včetně daňového: nejedná se o živnost, viz § 3 odst. 3 písm. ah) ŽZ], ale v zásadě správou majetku. Nicméně za určitých okolností může být vykonáván „podnikatelsky“ (typicky realitní činnost zahrnující i správu a údržbu nemovitostí). Jde (stále) o volnou živnost ve smyslu ŽZ a má celou řadu efektů se statusem podnikatele spojených (včetně ochrany spotřebitele, shodně viz *Hulmák a kol. 2014 § 2201 55*). V zahraniční judikatuře je patrná snaha o hledání hranice mezi pronájemem jako správou majetku a podnikáním. Někdy je kritériem počet bytů (rak. OGH 5 Ob 570/80, 7 Ob 78/10m – více než 5 bytů je podnikání; něm. AG Hannover 414 C 6115/09, NZM, 2010 – uvádí 8 až 10 bytů), v jiných rozhodnutích je zmiňováno kritérium nutnosti zřídit profesionální správu či vlastnictví více nájemních domů.

Mimoto se řada činností, které je nadacím umožněno vykonávat, řídí zvláštními předpisy – například pořádání loterií zákonem č. 202/1990 Sb., o loteriích a jiných podobných hrách, pořádání veřejných sbírek (zastaralým, nicméně dosud platným) zákonem č. 117/2001 Sb., o veřejných sbírkách, který však dopadá na činnost nadací spíše ojediněle. Při poskytování zdravotních služeb (v režimu zákona č. 372/2011 Sb., o zdravotních službách) a sociálních služeb (v režimu zákona č. 108/2006 Sb., o sociálních službách) bude vždy nutno posuzovat, zda jsou, či nejsou splněny podmínky § 420 odst. 1 a zda se jedná, či nejedná o podnikání.

V konkrétní situaci může být hranice mezi podnikáním, správou majetku či též jinou výdělečnou činností nejasná, resp. jen velmi těžko seznatelná. Je nicméně velmi důležitá (z pohledu soukromého i veřejného práva).

I. Formy podnikání nadací

1. „Přímé“ podnikání a majetková účast na podnikání jiných osob

Nadace může podnikat „přímo“, tj. provozovat podnikatelskou činnost sama, nebo se může podílet na podnikání jiných osob. V některých evropských zemích je užíváno teoretické členění podnikání na „přímé“ a tzv. „nepřímé“. Pojem „*nepřímé podnikání*“ není zcela přesný (viz dále).

Nadace může založit i ústav (§ 402 a násl.) pro potřeby provozování činnosti společensky nebo hospodářsky užitečné, jejíž výsledky budou každému rovnocenně dostupné za předem stanovených podmínek.

Jak již bylo uvedeno výše, v praxi se ukazuje, že je preferována spíše forma majetkové účasti na podnikání obchodních korporací. Důvodem je snaha o oddělení obchodního rizika od účelu nadace, jiné personální požadavky na členy volených orgánů nadace na straně jedné a obchodní korporace na straně druhé, stejně jako snaha o předcházení střetu zájmů jednotlivých aktérů.

2. „Přímé“ podnikání

Nadace může vyvíjet samostatně a soustavně – na vlastní účet a odpovědnost – výdělečnou činnost za účelem dosažení zisku. Základní podmínkou ale je, že taková činnost je „pouhou“ vedlejší činností a že případný zisk nadace reinvestuje k podpoře statutárního účelu nadace, který zakladatel určí v nadační listině.

K podnikání osob založených za jiným účelem než podnikáním viz též starší rozhodnutí VS v Praze 7 Cmo 537/2008-50 (PR 19/2009 s. 710, judikováno pro obecně prospěšnou společnost, ale využitelné i pro fundace), kde se soud vyjádřil v tom smyslu, že aktivity (tedy i podnikání) mohou být ziskové, avšak zisk z takové aktivity nemůže být rozdělen mezi zakladatele, ale redistribuován pro statutární (jiný než výdělečný) účel.

Nadace může vytvořit a provozovat obchodní závod (viz komentář k § 502), například rekreační zařízení v nemovitosti. Závod tvoří vše, co zpravidla slouží k jeho provozu. Může být vnitřně členěn na pobočky, tj. takové části, které vykazují hospodářskou a funkční samostatnost a o kterých nadace rozhodne, že budou pobočkou (viz komentář k § 503). Pokud nadace provozuje obchodní závod, může k zajištění dluhu zastavit nebo jinak použít nadační jistinu, a

to v rozsahu potřebném pro jeho plynulý provoz. To je výjimka z pravidla, že nadační jistinu nelze jinak využít k zajištění dluhu (viz § 339).

Správa přidruženého fondu (§ 349 a násl.), kterou bude nadace vykonávat, bude podnikáním, pouze pokud naplní znaky stanovené v § 420 odst. 1. Pokud bude správa zahrnovat i investování na kapitálovém trhu, musí nadace splňovat podmínky pro tuto činnost dle zákona č. 25/2004 Sb., o podmínkách činnosti podnikání na kapitálovém trhu.

3. Majetková účast na podnikání jiných osob: vlastnictví a správa (obchodního) podílu vs. převzetí vedení obchodní společnosti – faktické „ovládání“ (tzv. „nepřímé“ podnikání)
Zákon umožňuje, aby se nadace mohla účastnit na podnikání jiných osob (typicky obchodních společností).

V duchu judikatury Soudního dvora (viz ESD *Cassa di Risparmio di Firenze and Others*, C-22/04), který se k tématu vyjadřoval v rámci úvah o veřejné podpoře, nepostačuje ke kvalifikaci nadace, která vlastní obchodní podíly (dokonce majoritní), jako podnikatele, pokud umožňuje pouze výkon práv spojených s postavením akcionáře či společníka nebo přijímání dividend a jiných výnosů. Naproti tomu nadaci, která obchodní korporaci „ovládá“ tím, že se přímo či nepřímo vměšuje do její správy, je třeba zřejmě považovat za osobu „účastnící se podnikání“ vykonávaného ovládanou osobou.

Nadace může „převzít vedení obchodní společnosti“ za splnění 3 podmínek: zakladatel to nevyloučil, výtěžky z podnikání slouží k podpoře účelu nadace a podnikání je její pouhou vedlejší činností. Půjde především o účast na společnostech kapitálových (akciové společnosti, společnosti s ručením omezeným); stranou je naopak ponecháno družstvo.

Po skončení podnikání touto formou má nadace vždy právo na vypořádací podíl či na podíl na likvidačním zůstatku. Toto „nepřímé“ podnikání, stejně jako i správa obchodního podílu, připadá v úvahu i jako vícestupňové, v rámci podnikatelských uskupení (§ 71 a násl. ZOK), s tím, že nadace může být jen na jejím samém vrcholu, neboť – na rozdíl od korporace – u nadace je pojmově vyloučena majetková účast třetích osob (obdoba postavení akcionáře, společníka). Nadace může mít pouze beneficiary (příjemce nadačních příspěvků či jiných plnění ze strany nadace), jejichž postavení je odlišné od pozice společníků.

Občanský zákoník obsahuje omezení, že nadace nesmí být neomezeně ručícím společníkem obchodní společnosti. To znamená, že nemůže být ani společníkem veřejné obchodní společnosti (v. o. s., § 95 ZOK), ani komplementářem komanditní společnosti (k. s., § 118 ZOK); může však být komanditistou. Ve smyslu § 338 odst. 2 se k takovému „převzetí“ ručení nebude přihlížet (viz výše „základní pravidla pro podnikání“).

IV. Rejstříkové souvislosti

Podnikání nadací se odpovídajícím způsobem promítá i do zákona o veřejných rejstřících právnických a fyzických osob a evidenci svěrenských fondů. Doplnujícími skutečnostmi, které se zapisují do nadačního rejstříku, jsou u podnikajících nadací údaje o tom, že byl převeden závod nebo jeho část nebo byl dán do zástavy, nájmu nebo propachtován, a případně údaje o zániku závazků z těchto smluv a usnesení soudu o nabytí závodu nebo jeho části děděním (viz § 34 VeřRej). K otázce možného zápisu pobočky závodu nebo prokuristy do „ostatních skutečností“ nadačního rejstříku viz výše.