

## Razmejitev obveznosti med agencijo in podjetjem uporabnikom ter načelo enakega obravnavanja – je lahko model tudi za druge nestandardne oblike dela?

Katarina Kresal Šoltes\*

»Specific measures to increase the flexibility of labour markets must not render work less stable or reduce the social protection of the worker.«  
(UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 2006)

UDK: 331.53.07:331.105  
331.53:349.22

**Povzetek:** Prispevek se osredotoča na pravni položaj agencije, podjetja uporabnika in agencijskega delavca z vidika implementacije načela enakega obravnavanja. Razdelitev obveznosti med dejanskega in formalnega delodajalca lahko spodbuja večjo fleksibilnost za podjetja, vendar ne na breme agencijskega delavca; njegov pravni položaj ne sme biti slabši samo zaradi dejstva, ker ni neposredno zaposlen pri podjetju uporabniku. Avtorica se zavzema za dosledno implementacijo načela enakega obravnavanja, brez derogacij, tudi v primeru napotenih agencijskih delavcev v okviru čezmejnega opravljanja storitev v EU kot tudi v primeru legalizacije novih oblik odvisnega dela zunaj rednega delovnega razmerja.

**Ključne besede:** začasno agencijsko delo, agencija za začasno posredovanje delavcev, podjetje uporabnik, načelo enakega obravnavanja, nestandardno delo, delovno razmerje

***Differentiation between the Obligations of a Temporary Work Agency and of a User Undertaking and the Principle of Equal Treatment – Could the Principle of Equal Treatment Be a Model for Other Nonstandard Forms of Work?***

\* Katarina Kresal Šoltes, doktorica pravnih znanosti, namestnica direktorja Inštituta za delo pri Pravni fakulteti v Ljubljani  
katarina.kresal@pf.uni-lj.si  
Katarina Kresal Šoltes, PhD, Deputy Director at the Institute for Labour Law at the Faculty of Law, University of Ljubljana, Slovenia

**Abstract:** *The contribution focuses on the legal position of a temporary work agency, a user undertaking and a temporary agency worker regarding the implementation of the principle of equal treatment. Redistribution of obligations between a formal and a non-formal employer could increase flexibility for enterprises, but not on the burden of a temporary agency worker; his legal position should not be worse only because of the fact, that he is not directly employed by the user undertaking. The author is committed to consistent implementation of the principle of equal treatment without derogations, including in case of posted agency workers as well as in cases of other new forms of dependent work outside of the standard employment relationship.*

**Keywords:** *temporary agency work, temporary work agency, user undertaking, principle of equal treatment, non-standard work, employment relationship*

## 1. UVOD

Države članice EU so kot podpisnice številnih dokumentov s področja človekovih pravic dolžne spoštovati, varovati in zagotavljati človekovo pravico do dela. Obveznost varovanja pravice do dela med drugim vključuje tudi obveznost države, da sprejme zakonodajne ali druge ukrepe, da se zagotovi enak dostop do dela in usposabljanja ter da se zagotovi, da privatizacijski ukrepi ne izničijo delavskih pravic, ukrepi za povečanje fleksibilnosti trga dela pa ne smejo povzročiti, da delo postane manj stabilno ali da se zmanjša socialna varnost delavca. Tako stališče je zavzela OZN v splošnem komentarju k 6. členu o pravici do dela iz Mednarodnega pakta o ekonomskih, socialnih in kulturnih pravicah (MPESKP), ki so ga ratificirale vse države članice EU. Tako bi torej morala ravnati evropski in slovenski zakonodajalec pri reguliranju nestandardnih oblik dela. Predlogi regulacije novih nestandardnih oblik dela, povezanih z digitalizacijo in t.i. sodelovalnim gospodarstvom zaenkrat ne sledijo teh zahtevam.<sup>1</sup> Bi se lahko kaj naučili iz primera zagotavljanja začasnega dela delavcev drugemu uporabniku (začasnega agencijskega dela)?

---

<sup>1</sup> Glej dokument Evropske komisije o evropski agendi za sodelovalno gospodarstvo iz leta 2016 in Priporočilo Komisije o evropskem stebru socialnih pravic iz leta 2017.

Razvoj je potekal od začetne prepovedi te dejavnosti do postopne legalizacije ter poenotenja minimalnih standardov, vključno z načelom enakega obravnavanja v pravu EU. Četudi iz evropske in slovenske zakonodaje izhaja, da je pogodba o zaposlitvi za nedoločen čas običajna oblika zaposlitve in da delo prek agencij za zagotavljanje začasnega dela ni nadomestilo, ampak le dopolnilo za redne oblike dela,<sup>2</sup> pa statistični podatki izkazujejo nasprotno, saj je agencijsko delo eno od najhitreje rastočih oblik zaposlovanja. Iz podatkov Eurofond<sup>3</sup> in CIETT<sup>4</sup> izhaja, da se je agencijsko delo v državah EU v zadnjem desetletju podvojilo in je bilo leta 2013 v povprečju okrog 1,7% delovno aktivnih, z največjim deležem v VB (3,9) in najnižjim v Grčiji (0,2%), medtem ko se je v Sloveniji skoraj za pet-krat povečalo in je po podatkih SURS za drugo četrtletje 2016 dosegalo 1,25% delovno aktivnih. Za Slovenijo je še značilno, da je skoraj celotna rast zaposlenosti v letih 2014 - 2015 bila rezultat rasti agencijskega dela, saj je v povprečju od 70% - 80% celotne rasti zaposlenosti odpadlo na rast agencijskega dela. Te podatke bi bilo treba primerjati s podatki iz zadnjih let, ko je beležena gospodarska rast, z vidika morebitnega njenega vpliva na drugačno razmerje rasti zaposlenosti.

Namen prispevka je analizirati pravno ureditev delovnopravnega položaja agencije, uporabnika in delavca in odgovoriti na vprašanje, ali razmejitev delodajalskih obveznosti med agencijo in uporabnikom zagotavlja delavcem take delovne pogoje in pogoje zaposlitve, kot bi jih imeli, če bi bili neposredno zaposleni pri uporabniku kot to izhaja iz načela enakega obravnavanja iz 5. člena Direktive 2008/104/ES in ali je tak pristop reguliranja delovnih pogojev lahko model tudi pri urejanju drugih novih nestandardnih oblik dela.

---

<sup>2</sup> Glej uvodno izjavo Direktive 2008/104/ES (para. 15) in sklepne predloge generalnih pravobranilcev v zadevi Jansen (C-313/10, EU:C:2011:593, točka 57) in zadevi AKT (C-533/13, EU:C:2014:2392, točka 110). Tudi iz priporočila Evropske komisije o evropskem stebru socialnih pravic z dne 26.4.2017 izhaja, da je treba krepiti prehod k pogodbam za nedoločen čas (glej poglavje II, točka 5(a), C(2017) 2600 final).

<sup>3</sup> Eurofond 2016, str. 14.

<sup>4</sup> CIETT, Economic Report 2015, dostopno na: [http://www.weceurope.org/fileadmin/templates/ciETT/docs/Stats/Economic\\_report\\_2015/CIETT\\_ER2015.pdf](http://www.weceurope.org/fileadmin/templates/ciETT/docs/Stats/Economic_report_2015/CIETT_ER2015.pdf) (6.5.2017). Glej tudi: Kresal Šoltes K., 2016, str. 879.

## 2. OD PREPOVEDI DO EVROPSKE ZAKONODAJE

V večini evropskih držav vse do osemdesetih let ni bilo dovoljeno delo prek zasebnih agencij za zagotavljanje začasnega dela, ker je bil uveljavljen monopol javne službe zaposlovanja. Na ravni Mednarodne organizacije dela (MOD) je bila že na njenem prvem zasedanju leta 1919 sprejeta Konvencija št. 2 o brezposelnosti, ki je v 2. členu določala obveznost držav članic, da vzpostavijo brezplačno javno službo za zaposlovanje in sprejmejo ustrezne ukrepe za izenačitev in skupno delovanje javnih in zasebnih uradov. To konvencijo je ratificirala leta 1927 tudi takratna skupna država Kraljevina SHS in je torej veljala tudi na Slovenskem.<sup>5</sup> Monopol javne službe za zaposlovanje je utrdila še Konvencija MOD št. 34 o brezplačni službi za zaposlovanje iz leta 1933, tako da je bil praktično uveljavljen v vseh evropskih državah (z izjemo na primer v VB, Danski). Večji val privatizacije in legalizacije te dejavnosti je sledil v osemdesetih in devetdesetih letih in ga je pospešila tudi sodna praksa Sodišča EU, v skladu s katero uživajo zasebne zaposlovalne agencije varstvo svobode konkurence po pravu EU.<sup>6</sup> Na ravni MOD je bila ta dejavnost legalizirana šele leta 1997 s sprejetjem Konvencije MOD št. 181 o zasebnih agencijah za zaposlovanje, ki pa je Slovenija ni ratificirala. Začasno posredovanje dela delavcev drugemu uporabniku kot gospodarska pridobitna dejavnost je bila v Sloveniji legalizirana z delovno zakonodajo iz leta 2001. Hkrati z legalizacijo je zakon predpisal tudi obvezno uporabo načela enakega obravnavanja brez možnosti derogacij.

Na ravni EU dolgo časa ni bilo nobenega instrumenta, ki bi poenotil različne prakse v posameznih državah članicah. Komisija je leta 1995 sprožila posvetovanja s socialnimi partnerji na ravni EU v skladu s členom 138(2) Pogodbe, da bi ti sklenili okvirni sporazum, ki bi urejal delo preko agencij za začasno posredovanje dela, ki bi ga potem komisija povzela v direktivo. Na tak način sta bili prejeti direktivi o delu za določen čas in delu za krajši delovni čas. Vendar do tega ni prišlo. Zaradi velikih razlik v posameznih državah članicah in različnih interesov

<sup>5</sup> Službene novine Kraljevine Srbov, Hrvatov in Slovencev št. 95-XXII z dne 30.4.1927. Več o tem razvoju glej v: Kresal B., 2006. Brezposelnost in zaposlovanje na Slovenskem do druge svetovne vojne, v: Prispevki za novejšo zgodovino (Kresalov zbornik) št. 1, let. XLVI, Ljubljana 2006, str.195-220. O Konvenciji MOD št. 2 o brezposelnosti glej tudi v: Konvencije Mednarodne organizacije dela s komentarjem, Novak M., Končar P., Bubnov Škoberne A. (uredniki), Inštitut za delo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, GV Založba, Ljubljana 2006.

<sup>6</sup> Glej sodbi v zadevah C-41/90, *Höfner v. Macrotron*, z dne 23. aprila 1991, ECLI:EU:C:1991:161 in C-55/96, *Job Centre*, z dne 11. decembra 1997, ECLI:EU:C:1997:603.

do sklenitve okvirnega sporazuma ni prišlo in socialni partnerji so leta 2001 izjavili, da pogajanja niso privedla do sporazuma. Direktiva 2008/104/ES o delu prek agencij za zagotavljanje začasnega dela je bila sprejeta šele leta 2008, države članice pa so jo morale implementirati do 5. decembra 2011. Direktiva se osredotoča okoli dveh področij in sicer (1) glede zagotovitve minimalnih delovnih standardov za agencijske delavce, tako da predpisuje obvezno uporabo načela enakega obravnavanja, z možnostjo derogacije pod določenimi pogoji (5. člen) in (2) glede prepovedi omejitev izvajanja in uporabe te oblike dela, tako da predpisuje, da država ali socialni partnerji smejo določati omejitve za izvajanje te dejavnosti le iz razlogov splošnega interesa (4. člen direktive). Prispevek se v nadaljevanju osredotoča na prvo področje.

### 3. NAČELO ENAKEGA OBRAVNAVANJA

#### 3.1. Načelo enakega obravnavanja po Direktivi 2008/104/ES

Direktiva 2008/104/ES določa načelo enakega obravnavanja v 5. členu: osnovni delovni pogoji in pogoji zaposlitve agencijskih delavcev morajo biti v času njihove napotitve *vsaj takšni, kot bi bili pogoji*, ki bi se uporabili, če bi jih podjetje uporabnik *zaposlilo neposredno na isto delovno mesto*. Direktiva je načelo enakega obravnavanja agencijskega delavca vezala na točno določeno primerjavo. Referenčno merilo so delovni pogoji in pogoji zaposlitve, kot jih podjetje uporabnik zagotavlja na istem delovnem mestu, če neposredno zaposluje delavce. Tak pristop naj bi po mnenju nekaterih pomenil naprednejšo obliko varstva delavcev v primerjavi s Konvencijo MOD št. 181 o zasebnih zaposlovalnih agencijah.<sup>7</sup> Direktiva predpisuje obvezno uporabo načela enakega obravnavanja, ker pa so številne države poznale načelo enakega obravnavanja v svojih pravnih ureditvah že pred uveljavitvijo direktive, vendar v različnem obsegu, je direktiva predvidela tudi možnost derogacij od tega načela pod določenimi pogoji.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Tako Eichhorst W. (et. al.) v: EP, The Role and Activities of Employment Agencies, str. 45.

<sup>8</sup> O tem glej več v: Sartori Aleksandra, 2016, str. 112-117. Tudi v: EP, cit. op. 7, str. 82-86.

### **a) Na katere delovne pogoje in pogoje zaposlitve na nanaša načelo enakega obravnavanja po direktivi**

»Osnovni delovni pogoji in pogoji zaposlitve« na katere se nanaša načelo enakega obravnavanja so tisti, ki jih določa člen 3(1(f)) direktive in sicer trajanje delovnega časa, nadurno delo, odmori, počitki, nočno delo, dopust in dela prosti dnevi ter plačilo. Pomembno je, da naštetih delovnih pogojev iz člena 3(1(f)) *ne pomenijo zaključenega seznama*, ker lahko države članice uporabijo načelo enake obravnave tudi glede drugih delovnih pogojev, ki jih mora agencijskim delavcem zagotavljati podjetje uporabnik. Člen 9(1) direktive izrecno določa, da direktiva ne posega v pravico držav članic, da uporabljajo ali sprejmejo za delavce ugodnejše zakone ali druge predpise ali da spodbujajo ali dopuščajo za delavce ugodnejše kolektivne pogodbe.<sup>9</sup> Drugače kot v primerih Laval in Viking, ko je Sodišče EU razlagalo minimalne standarde za napotene delavce pri čezmejnem opravljanju storitev po Direktivi 96/71/ES kot navzgor omejujoče maksimalne standarde, zaenkrat v zvezi z agencijskim delom ni bilo takšne sodne prakse.

Glede vprašanja, kaj po direktivi obsega delovni pogoj »plačilo« iz člena 3(1(f-ii)), je treba po mnenju ekspertne skupne Komisije upoštevati sodno prakso Sodišča EU, ki jo je razvilo v okviru razlage pojma plačila iz člena 157(2) PDEU v zvezi z načelom enakega plačila za enako delo ali delo enake vrednosti za moške in ženske.<sup>10</sup> V skladu s citiranim členom pogodbe pomeni »plačilo« običajno osnovno ali minimalno mezdo ali plačo ter kakršnekoli druge prejemke v denarju ali v naravi, ki jih delavec prejme iz naslova zaposlitve neposredno ali posredno od svojega delodajalca. V skladu s sodno prakso Sodišča EU v zvezi s citiranim členom pogodbe, plačilo ne vključuje le osnovne plače, ampak na primer tudi dodatek za nadurno delo,<sup>11</sup> posebne bonuse, ki jih plačuje delodajalec,<sup>12</sup> potne stroške,<sup>13</sup> nadomestilo za usposabljanje in izobraževanje,<sup>14</sup> izplačila v primeru odpovedi pogodbe<sup>15</sup> in plačilo iz sheme poklicnega pokojninskega zavarovanja.<sup>16</sup> Iz poročila ekspertne skupine o implementaciji direktive o začasem agencijskem

<sup>9</sup> European Commission 2011. Report, Expert Group, Transposition of Directive 2008/104/EC Temporary agency work, str. 21.

<sup>10</sup> Ibid., str. 19.

<sup>11</sup> Zadeva Voss C-300/06, ECLI: EU:C:2007:757.

<sup>12</sup> Zadeva Lewen C-333/97, ECLI: EU:C:1999:512.

<sup>13</sup> Zadeva Garland C-12/81, ECLI: EU:C:1982:44.

<sup>14</sup> Zadeva Bötöl C-360/90, ECLI:EU:C:1992:246.

<sup>15</sup> Zadeva Kowalska C-33/89, ECLI: EU:C:1990:265.

<sup>16</sup> Zadeva Barber C-262/88, ECLI:EU:C:1990:209.

delu izhaja opozorilo, da bi glede na citirano sodno prakso Sodišča EU morebitna izključitev sheme poklicnega pokojninskega zavarovanja iz načela enakega obravnavanja pri implementaciji direktive v nacionalno ureditev, lahko ne bila v skladu z omenjeno sodno prakso. Direktiva sicer v členu 3(2) izrecno določa, da ne posega v nacionalno zakonodajo glede opredelitve pojma plačila, pogodbe o zaposlitvi, delovnega razmerja ali delavca, vendar iz sodne prakse Sodišča EU izhaja, da to ne pomeni, da bi se evropski zakonodajalec odrekel možnosti, da določi domet uporabe direktive, tudi tako, da sam razlaga omenjene pojme v kontekstu uporabe direktive.<sup>17</sup>

Glede vključitve »bonusov« v pojem osnovnih delovnih pogojev po direktivi, iz poročila ekspertne skupine Komisije izhaja, da naj bi bili del osnovnih pogojev in pogojev zaposlitve v primeru, če podjetje uporabnik zagotavlja pravico do bonusov.<sup>18</sup> Na to ne vpliva dejstvo, da so v praksi bonusi odvisni od poslovanja podjetja in da niso konkretno določeni v pogodbi o zaposlitvi. Če jih podjetje uporabnik zagotavlja svojim delavcem za enako obdobje, jih je treba šteti za osnovne delovne pogoje tudi po direktivi in jih ni mogoče izključiti iz obsega uporabe načela enakega obravnavanja.

### ***b) Katere predpise je po direktivi treba upoštevati glede obsega delovnih pogojev in pogojev zaposlitve***

Direktiva določa, da je treba osnovne delovne pogoje in pogoje zaposlitve zagotavljati agencijskim delavcem v obsegu, določenem z zakoni, drugimi predpisi, kolektivnimi pogodbami in drugimi zavezujočimi splošnimi določbami, *ki veljajo v podjetju uporabniku* (člen 3(1(f))). Iz poročila ekspertne skupine Komisije izhaja, da lahko glede pravice do letnega dopusta, ko gre za več krajših napotitev pri podjetjih uporabnikih, ki imajo različne kriterije za določitev trajanja letnega dopusta, države članice to vprašanje natančneje uredijo ali pa to prepustijo ureditvi v kolektivnih pogodbah, sklenjenih v skladu s členom 5(3).<sup>19</sup> Direktiva še določa, da morajo biti predpisi, ki veljajo v podjetju uporabniku, in ki se nanašajo - na posebno varstvo nosečih žensk, doječih mater, otrok in mladih ter na enako obravnavanje moških in žensk ter prepoved diskriminacije na podla-

<sup>17</sup> Zadeva Ruhrlandklinik C-216/15; ECLI:EU:C:2016:883, v kateri je sodišče zavzelo stališče, da lahko samo razlaga pojem statusa delavca v delovnem razmerju po členu 1(1) Direktive 2008/104/ES.

<sup>18</sup> European Commission, Report 2011, str. 20.

<sup>19</sup> *Ibid.*, str. 19.

gi spola, rase ali narodnosti, vere, prepričanja, invalidnosti, starosti ali spolne usmerjenosti - usklajeni z zakoni, kolektivnimi pogodbami in drugimi predpisi s teh področij, od katerih ne smejo odstopati.

### **c) Obvezna uporaba načela enakega obravnavanja in možnosti derogacij po direktivi**

Direktiva predpisuje *obvezno uporabo* načela enakega obravnavanja glede osnovnih delovnih pogojev in pogojev zaposlitve. Omenjeno je že bilo, da so bile v času sprejetja direktive velike razlike v praksah držav članic in je bila zato kompromisno določena možnost derogacije od tega načela, pod strogimi pogoji iz drugega do četrtega odstavka 5. člena. Možnost omejene derogacije imajo le države članice, ne pa morda agencija ali podjetje uporabnik. Derogacije po direktivi so možne v naslednjih primerih:

- Glede *plačila* pod pogoji iz člena 5(2): države članice lahko z zakonom predvidijo izjeme od načela enakega obravnavanja glede plačila, pod pogojem, da gre za agencijske delavce, ki imajo z agencijo sklenjeno pogodbo o zaposlitvi za nedoločen čas in prejemajo plačilo tudi v času med napotitvami
- S *kolektivnimi pogodbami* pod pogoji iz člena 5(3): države članice lahko dovolijo, da se s kolektivnimi pogodbami na ustrezni ravni in pod določenimi pogoji ter ob ustreznem splošnem varstvu agencijskih delavcev, lahko določajo delovni pogoji in pogoji zaposlitve drugače
- če *država nima sistema za razglasitev splošne veljavnosti kolektivne pogodbe* po členu 5(4); država lahko drugače uredi osnovne delovne pogoje in določi rok, od kdaj se uporabi načelo enake obravnave (npr. v VB po določenem krajšem trajanju napotitve).

Ob uveljavitvi direktive je 12 držav članic uporabilo možnost derogacij.<sup>20</sup> Večina držav članic ni uporabila možnosti derogacije po drugem odstavku 5. člena glede drugačne ureditve plačila (izjeme so Madžarska, Irska, Malta, Švedska in VB).<sup>21</sup> Iz poročila Komisije izhaja, da je treba možnost derogacije razlagati restriktivno. Večina držav članic tudi ni uporabila možnosti derogacije po tretjem odstavku 5. člena in ne dovoljuje derogacije načela enakega obravnavanja s kolektivnimi pogodbami (izjeme so Avstrija, Bolgarija, Danska, Finska, Nemčija, Madžarska,

<sup>20</sup> Več o tem v delih iz opombe 8.

<sup>21</sup> European Commission, Report COM(2014)176 final, str. 6-7.

Irska, Italija, Nizozemska in Švedska).<sup>22</sup> Strokovnjaki s tem v zvezi izpostavljajo nevarnost, da v primeru, če med socialnimi partnerji ni ravnotežja pogajalske moči in so sindikati prešibki, da bi lahko dogovorili adekvatno varstvo za agencijske delavce, drugačno urejanje delovnih pogojev s kolektivnimi pogodbami ne dosega ravni varstva v obsegu, kot to zahteva direktiva.<sup>23</sup> Možnost derogacije po četrtem odstavku sta uporabili le dve državi (VB in Malta).<sup>24</sup>

### 3.2. Implementacija načela enake obravnave v slovenski pravni ureditvi

Slovenija sodi med tiste države, ki so določale obvezno uporabno načela enakega obravnavanja v svoji zakonodaji že pred uveljavitvijo Direktive 2008/104/ES. Načelo enake obravnave je bilo določeno hkrati z legalizacijo te dejavnosti z zakonodajo iz leta 2001, brez možnosti derogacije od tega načela.

#### **a) Na katere pravice in obveznosti iz delovnega razmerja se nanaša načelo enakega obravnavanja**

Prva alineja prvega odstavka 165. člena ZUTD določa, da mora agencija v času trajanja zaposlitve zagotoviti napotenemu delavcu »vse *pravice iz delovnega razmerja*, ki mu pripadajo v skladu s predpisi, ki urejajo delovna razmerja«. Tudi iz ZDR-1 izhaja, da za napotene delavce veljajo vse pravice in obveznosti iz delovnega razmerja, saj določbe 59. do 63. člena ZDR-1, ki urejajo posebnosti za napotene delavce, nobene od teh pravic in obveznosti kot take ne izključujejo, oz. načela enakega obravnavanja ne omejujejo na določene osnovne delovne pogoje. Splošno določbo o tem najdemo v drugem odstavku 63. člena ZDR-1, ki določa, da morata »uporabnik in delavec v času opravljanja dela delavca pri uporabniku glede pravic in obveznosti upoštevati določbe tega zakona, kolektivnih pogodb, ki zavezujejo uporabnika, oziroma splošnih aktov uporabnika.« V teoriji nikoli ni bilo sporno, da se načelo enakega obravnavanja nanaša na vse pravice, obveznosti in ugodnosti iz delovnega razmerja in ne samo na osnovne delovne pogoje in pogoje zaposlitve iz člena 3(1(f)) direktive.<sup>25</sup> Možnost določi-

<sup>22</sup> Ibid., str. 7-8.

<sup>23</sup> Schlachter Monica, 2012, str. 192-196.

<sup>24</sup> European Commission, Report, str. 8.

<sup>25</sup> Glej: Končar Polonca, 2012, str. 143-160. Kresal B., 2013, str. 169-193. Podrobno o tem v: Kresal Šoltes, 2016, uvodna pojasnila k 59. členu ZDR-1, str. 334-335, v: Zakon o delovnih

tve širše uporabe načela enakega obravnavanja izhaja izrecno tudi iz 9(1) člena direktive, zato takšna implementacija direktive v slovenski pravni ureditvi ne more biti sporna in jo je treba tako tudi razlagati v praksi.

### **b) Plačilo**

Pojem *plačila* je treba razlagati v širšem smislu, kot vsa izplačila, do katerih je upravičen delavec na podlagi delovnega razmerja. Agencijski delavec je upravičen do *osnovne bruto plače*, ki velja za delovno mesto, na katerem opravlja delo z *vsemi dodatki in bonusi*, do katerih je upravičen na takšnem delovnem mestu za enako obdobje delavec, neposredno zaposlen pri uporabniku (na primer dodatek za nočno delo, nadurno delo, delo ob nedeljah in praznikih, dodatek za delo na višini ali druge pogoje dela, dodatek za stalno pripravljenost idr., božičnica, povračila stroškov v zvezi z delom za prevoz, prehrana, potni stroški, dnevnice, regres za letni dopust, odpravnina zaradi odpovedi ali zaradi upokojitve, nadomestilo plače zaradi bolezni, povračilo stroškov za izobraževanje, del plače iz naslova uspešnosti poslovanja in druge stimulacije, idr.).

Izplačila mora uporabnik zagotavljati v obsegu, ki je sorazmeren času napotitve, glede njihove višine pa je treba upoštevati predpise, kolektivne pogodbe in splošne akte delodajalca, ki veljajo za uporabnika. Nadomestilo plače za čas odsotnosti (bolniška odsotnost, letni dopust, odsotnost zaradi osebnih okoliščin, odsotnost na praznike in dela proste dneve, odsotnost zaradi izobraževanja, odsotnost zaradi opravljanja funkcije idr.) se odmeri v skladu s predpisi, kolektivnimi pogodbami in splošnimi akti, ki veljajo za uporabnika, če odsotnost sovpađa z obdobjem napotitve, če pa sovpađa z obdobjem med napotitvami pa v skladu s predpisi, kolektivnimi pogodbami in splošnimi akti, ki veljajo za agencijo.

V teoriji nikoli ni bilo sporno, da gre agencijskim delavcem tudi *pravica do stimulacije in drugih nagrad* (npr. 13. plača, osebna ocena, preseganje norme, nagrada za doseganje poslovnih rezultatov uporabnika, ipd.), ki so po svoji pravni naravi del plače. Plača je sestavljena iz osnovne plače, dela plače za delovno uspešnost in dodatkov, sestavni del plače pa je tudi plačilo za poslovno uspešnost, če je tako dogovorjeno s kolektivno pogodbo ali pogodbo o zaposlitvi (2. odstavek 126. člena ZDR-1). Zato je agencijski delavec upravičen tudi do *dela plače za poslovno uspešnost* v skladu s kriteriji in za obdobje, za katero so iz-

---

razmerjih s komentarjem, GV Založba 2016.

plačilo prejeli tudi pri uporabniku zaposleni delavci. V tem primeru mora uporabnik v skladu s petim odstavkom 62. člena agenciji posredovati podatke o višini dela plače za poslovno uspešnost in sicer ob izplačilu dela plače za poslovno uspešnost delavcem, ki so neposredno zaposleni pri njem.<sup>26</sup>

### **c) Ugodnosti**

Načelo enakega obravnavanja se nanaša tudi na ugodnosti, ki jih svojim delavcem zagotavlja uporabnik (tretji odstavek 63. člena ZDR-1). Gre za implementacijo zahteve iz četrtega odstavka 6. člena Direktive 2008/104/ES, ki določa, da se napotenemu delavcu omogoči tudi *dostop do dobrin ali bonitet v podjetju uporabniku, zlasti do menze, otroškega varstva in prevoznih storitev* pod enakimi pogoji kot veljajo za zaposlene, razen če je razlika v obravnavanju upravičena zaradi objektivnih razlogov.

### **d) Letni dopust in regres za letni dopust**

Na podlagi 131. člena ZDR-1 ima vsak delavec, ki ima pravico do letnega dopusta, tudi pravico do regresa za letni dopust, kar velja tudi za agencijske delavce. Za presojo, ali je delavec pridobil v koledarskem letu celotni letni dopust in s tem pravico do celotnega regresa ali le sorazmerni del dopusta in regresa, je *relevantno trajanje pogodbe o zaposlitvi med agencijskim delavcem in agencijo* in ne čas trajanja posamezne napotitve pri posameznem uporabniku. Z vidika obveznosti uporabnika, mora ta zagotoviti regres sorazmerno času opravljanja dela delavca pri uporabniku, v višini po predpisih, ki zavezujejo uporabnika. Z vidika obveznosti agencije, mora ta zagotoviti del regresa sorazmerno trajanju obdobja med napotitvami.

Glede trajanja letnega dopusta mora uporabnik delavcu zagotoviti najmanj toliko dni dopusta, kolikor bi mu na podlagi kriterijev pripadalo, če bi ga uporabnik neposredno zaposlil na istem delovnem mestu. Ustrezno število dni letnega dopusta se nato preračuna na čas trajanja napotitve, kot to glede vseh pravic določa 2. odstavek 63. člena ZDR-1. V praksi bo verjetno ta določba povzročala težave, zlasti v primeru večjega števila krajših napotitev k različnim uporabnikom. Niti zakonodaja niti kolektivne pogodbe zaenkrat ne urejajo tega vprašanja podrobneje.

---

<sup>26</sup> Tako tudi pojasnilo FURS z dne 10.2.2017, Del plače za poslovno uspešnost v zaposlitvenih agencijah, v: Pravna praksa 2017, št. 11, str. 23.

### e) Pravice v primeru prenehanja napotitve in odpovedi pogodbe o zaposlitvi

ZDR-1 določa minimalno višino plačila za obdobje med napotitvami in za obdobje, ko je napotitev predčasno prenehala. Ureditev je različna, če ima agencijski delavec sklenjeno pogodbo o zaposlitvi z agencijo za določen čas ali nedoločen čas. V zadnjem primeru gre agencijskemu delavcu nadomestilo v višini 70 % minimalne plače (tretji odstavek 61. člena ZDR-1), v prvem primeru pa v višini 80% njegove predhodne plače in sicer od predčasnega prenehanja napotitve do izteka pogodbe o zaposlitvi za določen čas (tretji odstavek 60. člena v zvezi s 138. členom).

Tudi glede odpovedi pogodbe so določene razlike glede na to, ali je bila med agencijo in delavcem sklenjena pogodba o zaposlitvi za določen ali nedoločen čas. V prvem primeru velja posebnost iz tretjega odstavka 61. člena, ki določa, da predčasno prenehanje napotitve pri uporabniku ne sme biti razlog za odpoved pogodbe o zaposlitvi s strani agencije, če je bila pogodba sklenjena za določen čas. Menim, da je določilo treba razlagati tako, da se navezuje *na vse primere* predčasnega prenehanja napotitve pri uporabniku, *ne glede na to, ali je razlog na strani uporabnika* (poslovni razlogi) ali *na strani napotenega delavca*, kar pa ne izključuje možnosti, da lahko agencija sproži disciplinski postopek ali postopek odpovedi zaradi morebitne delavčeve kršitve pogodbenih ali drugih obveznosti iz delovnega razmerja v skladu s petim odstavkom 63. člena zakona. Ne more pa agencija iz razloga predčasnega prenehanja napotitve dokazovati utemeljenosti poslovnega razloga za odpoved pogodbe o zaposlitvi za določen čas.

Kako pa je v primeru pogodbe o zaposlitvi za nedoločen čas? Ker zakon ne določa nobenih posebnosti, v tem primeru velja splošna ureditev odpovedi. Menim, da predčasno ali redno prenehanje posamezne napotitve pri uporabniku ne more biti *per se*, samostojni avtomatični razlog za prenehanje pogodbe o zaposlitvi za nedoločen čas, ampak je *lahko le ena od morebitnih relevantnih okoliščin*, s katerimi agencija dokazuje utemeljenost obstoja poslovnega razloga, ki mora biti podan na strani agencije (tako tudi v sodni praksi: sodba VDSS Pdp 1654/2014, 26. 3. 2015, ECLI:SI:VDSS:2015:PDP:1654.2014).<sup>27</sup> Utemeljitev poslovnega razloga se zato navezuje na *nezmožnost zagotavljanja napotitev* k drugim uporabnikom za dela, za katera sta se stranki dogovorili v pogodbi o zaposlitvi, in ne samo k enemu uporabniku. Agencija mora dokaza-

<sup>27</sup> Podrobneje o tem vprašanju glej: Kresal Šoltes K., 2016, komentar k 60. členu, Zakon o delovnih razmerjih s komentarjem, IUS Software (GV Založba), str. 347.

ti, da je preverila možnosti napotitve k drugim uporabnikom (tako tudi sodna praksa: sodba VDSS Pdp 1654/2014, 26. 3. 2015, ECLI:SI:VDSS:2015:PDP:1654.2014, točka 6), s skrbnostjo, ki se običajno pričakuje oziroma jo je razumno pričakovati od delodajalca.<sup>28</sup> Standarde, kdaj je poslovni razlog v teh primerih podan, bo izoblikovala sodna praksa. V praksi se dogaja, da uporabnik agencijo obvesti, da določenih agencijskih delavcev ne potrebuje več, bodisi ob izteku pogodbe bodisi predčasno in zahteva napotitev drugih novih delavcev za ista dela. Vrhovno sodišče je v zadevi VIII Ips 183/2016 z dne 7.3.2017 (ECLI:SI:VSRS:2017:VIII.IPS.183.2016) odločilo, da ni možno govoriti o prenehanju potrebe po delu tožnice pod pogoji iz pogodbe o zaposlitvi, če tožena stranka istočasno ugotavlja, da tožnici ni možno zagotoviti dela pri uporabniku, hkrati pa k temu istemu uporabniku napoti nove delavce, s katerimi v ta namen sklene pogodbo o zaposlitvi za opravljanje dela, kakršnega bi glede na pogodbo o zaposlitvi lahko opravljala tudi tožnica.

#### 4. RAZMEJITEV OBVEZNOSTI MED AGENCIJO IN PODJETJEM UPORABNIKOM

S ciljem utrditve načela enakega obravnavanja je slovenski zakonodajalec ob zadnji reformi trga dela leta 2013 postrožil nekatere obveznosti uporabnika in agencije. Ob siceršnji splošni odgovornosti za zagotavljanje pravic napotenemu delavcu s strani agencije kot formalnega delodajalca, je ZDR-1 v zvezi z zagotavljanjem določenih pravic izrecno določil tudi *neposredno odgovornost uporabnika* (glede varovanja zdravja, delovnega časa, odmorov in počitkov, prepovedi uporabe agencijskega dela) in dodatno tudi *subsidiarno odgovornost uporabnika* (glede izplačila plač in drugih prejemkov iz delovnega razmerja) v razmerju do delavca. Razen tega ima uporabnik določene obveznosti tudi do agencije (npr. obveščanje o pogojih dela, podatki za pravilno obračunavanje plač, idr.). Agencija in uporabnik podrobneje določita medsebojne pravice in obveznosti s pisnim dogovorom, ki ga skleneta pred začetkom dela agencijskega dela (drugi odstavek 62. člena). Gre za pogodbo civilnega prava, pri čemer je pogodbeno volja strank omejena z nekaterimi kogentnimi določbami ZDR-1 v zvezi z obveznostmi obeh strank. Določanje posebnih obveznosti za stranke te pogodbe je utemeljeno zaradi razlogov splošnega interesa, ki se nanašajo na varstvo de-

<sup>28</sup> Ibid, str. 347.

lavcev, zahteve glede zdravja in varnosti pri delu ter da se zagotovi pravilno delovanje trga dela in preprečevanje zlorab (4. člen direktive).

### **a) Obveznosti agencije kot delodajalca**

Agencija je stranka pogodbe o zaposlitvi in mora iz tega naslova zagotavljati agencijskemu delavcu vse pravice in obveznosti, ki jih mora delodajalec zagotavljati delavcu. To na primer pomeni, da mora delavcu zagotoviti izplačilo plače, do katere je upravičen v času napotitve pri uporabniku (saj se je v skladu z 2. odstavkom 61. člena ZDR-1 v pogodbi o zaposlitvi zavezal, da bo višina plačila za delo odvisna od dejanskega dela pri uporabnikih, upošteva akte, ki zavezujejo uporabnika), tudi v primeru, če uporabnik take plače ne zagotavlja. Agencija *ne sme odložiti izplačila* dela ali cele plače, do katere je upravičen napoteni delavec in ga pogojevati s tem, da predhodno prejme poplačilo obveznosti za napotene-ga delavca od uporabnika; medsebojno poplačilo obveznosti med uporabnikom in agencijo po zakonu ni razlog za zadržanje izplačila plače ali dela plače, saj enako kot to velja za ostale delavce, tudi za agencijske delavce veljajo *zakonske določbe o varstvu plače*.<sup>29</sup> Pač pa ima v tem primeru agencija denarni zahtevek do uporabnika v višini razlike do plače, do katere je napoteni delavec upravičen na podlagi normativnih aktov, ki zavezujejo uporabnika.

Tudi kadar je z zakonom predpisana odgovornost uporabnika, to še ne pomeni avtomatično, da je agencija kot formalni delodajalec razbremenjena obveznosti do delavca. Na primer, za pravilno izrabo letnega dopusta, sta odgovorna tako uporabnik (v času napotitve) kot agencija (šesti odstavek 63. člena). Četudi zakon določa, da je uporabnik odgovoren za spoštovanje predpisov s področja varnosti in zdravja pri delu menim, da tudi agencija ni povsem prosta svojih obveznosti iz tega naslova, saj mora npr. preveriti okoliščine iz tretje alineje drugega odstavka 59. člena, obvestiti delavca pred napotitvijo o pogojih dela v skladu s četrtem odstavkom 62. člena ter nosi odgovornost izbire uporabnika, kar izhaja tudi iz nekaterih odločitev Višjega delovnega in socialnega sodišča (glej zadeve: sodba Pdp 1256/2009, 14. 4. 2010; sodba Pdp 303/2010, 16. 9. 2010; sodba Pdp 787/2010, 18. 11. 2010, sodba Pdp 202/2010, 22. 4. 2010; idr.).<sup>30</sup>

<sup>29</sup> Kresal Šoltes K., Kresal B., Senčur Peček D., Vodnik po pravicah iz delovnega razmerja, dostopno na:

[http://www.mdds.gov.si/si/delovna\\_podrocja/delovna\\_razmerja\\_in\\_pravice\\_iz\\_dela/delovna\\_razmerja/vodnik\\_po\\_pravicah\\_iz\\_delovnega\\_razmerja\\_1\\_del/#c18989](http://www.mdds.gov.si/si/delovna_podrocja/delovna_razmerja_in_pravice_iz_dela/delovna_razmerja/vodnik_po_pravicah_iz_delovnega_razmerja_1_del/#c18989)

<sup>30</sup> Kresal Šoltes K., komentar k 62. členu, str. 355 v: delo iz opombe št. 27.

## **b) Obveznosti uporabnika**

Na podlagi drugega odstavka 62. člena ZDR-1 je uporabnik neposredno odgovoren za spoštovanje določb zakona, kolektivnih pogodb ter splošnih aktov uporabnika o varovanju zdravja pri delu ter o delovnem času, odmorih in počitkih. Določbo je treba razlagati tako, da se nanaša tudi na pravico do letnega dopusta v času napotitve, saj je letni dopust pomemben element organizacije delovnega časa. Temeljni predpis s področja varnosti in zdravja pri delu ZVZD-1 ureja obveznosti delodajalca v III. poglavju v 17. do 48. členu, v tem okviru tudi obveznost zagotavljanja zaščitne opreme in drugih zaščitnih ukrepov, vključno z zdravstvenimi pregledi delavcev, ki ustrezajo tveganjem za varnost in zdravje pri delu (prvi odstavek 36. člena). Zagotavljanje ukrepov varnosti in zdravja pri delu spada med delodajalčeve finančne obveznosti, zato jih uporabnik ne more prevaliti na delavca (14. člen). Na podlagi drugega odstavka 62. člena ZDR-1 uporabnik ne more teh obveznosti prevaliti na delodajalca – agencijo ali jih kako drugače izključiti oziroma se jim izogniti.

Iz tretjega odstavka 62. člena nadalje izhaja obveznost uporabnika, da se v pisnem dogovoru z agencijo *dogovori* o izobraževanju, izpopolnjevanju in usposabljanju v času napotitve. Gre za implementacijo zahteve iz 6. člena Direktive 2008/104/ES. Uporabnik se mora z agencijo dogovoriti tudi glede izrabe letnega dopusta agencijskega delavca (63. člen).

Uporabnik ima po zakonu tudi *obveznost sporočanja podatkov* agenciji, od katerih je odvisno zakonito izvajanje napotitve. Ta obveznost se nanaša na podatke v zvezi z obstojem pogojev, na katere veže zakon možnost sklenitve pogodbe o zaposlitvi za določen čas (drugi odstavek 60. člena); v zvezi z obračunom plač in drugih prejemkov iz delovnega razmerja, do katerih je v času napotitve pri uporabniku upravičen delavec (peti odstavek 62. člena); v zvezi z obstojem okoliščin, v katerih po zakonu napotitev k uporabniku ni dovoljena (četrti odstavek 59. člena); ter v zvezi z vsemi pogoji za opravljanje dela, ki jih mora izpolnjevati delavec, vključno tudi na oceno tveganja za nastanek poškodb in zdravstvenih okvar (prvi odstavek 62. člena). Za popolnost in točnost navedenih podatkov je *uporabnik odgovoren agenciji*, zato je zaradi kršitve te obveznosti lahko tudi odškodninsko odgovoren agenciji.

## 5. NAČELO ENAKE OBRAVNAVE V DRUGIH PRIMERIH NESTANDARDNEGA DELA

Evropska zakonodaja predpisuje obvezno uporabo načela enake obravnave tudi za nekatere druge nestandardne oblike dela; poleg Direktive 2008/104/ES ga določata še Direktiva 97/81/ES o delu s krajšim delovnim časom in Direktiva 1999/70/ES o delu za določen čas. Teorija govori o dualnem pristopu »*liberalizacija/varstvo (liberalisation/protection)*«, ki predpostavlja, prvič, da so alternative za redno zaposlitev legalne in veljavne, in drugič, da je standardna redna zaposlitev še vedno temeljna referenčna oblika in merilo za druge, nestandardne oblike dela.<sup>31</sup> Predpisana obvezna uporaba načela enakega obravnavanja v kombinaciji z možnostjo omejene derogacije velja za model za urejanje nestandardnih oblik dela. Možnost uporabe derogacije s strani države članice po eni strani olajša prilagajanje različnih nacionalnih praks enotni ureditvi na ravni EU, po drugi strani pa predstavlja nevarnost za izvotlitev načela, če derogacije niso določene restriktivno in niso navzdol omejene.

V napovedniku letošnjega kongresa delovnega in socialnega prava Portorož 2017 sem zapisala, da "z naraščanjem novih nestandardnih oblik dela in vedno večjega števila prekarnih delavcev, tudi širša javnost kaže interes za vprašanje, na katerega delovnoppravna stroka že desetletje opozarja in išče rešitve: *kako delovnoppravno varstvo in koncept dostojnega dela razširiti tudi na te nove, negotove oblike dela*. Delovno pravo je namreč v stoletnem razvoju oblikovalo koncept dostojnega dela, ki se je v praksi potrdil kot učinkovit način za zagotavljanje dostojnih delovnih in življenjskih pogojev za večino prebivalstva, ki si sredstva za preživetje pridobivajo z odvisnim delom. Dograjevanje delovnega prava mora slediti novim izzivom, kar velja tudi glede sistemov socialne varnosti, ki so z delovnim pravom nerazdružljivo povezani in medsebojno soodvisni". *Širitev delovnoppravnega varstva tudi na nove nestandardne oblike dela z uporabo načela enakega obravnavanja in navezavo delovnih pogojev na standardno redno zaposlitev kot referenčno merilo je lahko ustrezen pristop.*

Drugi pristop, ki je s prvim povezan, je *širitev pojma delavca in delodajalca*. Delovnoppravna stroka že dolgo opozarja, da legalizacija nestandardnih oblik dela zahteva redefinicijo pojma delavca (worker), ki mora biti širši od pojma zaposlenega delavca, tj. delavca, ki delo opravlja na podlagi sklenjene pogodbe o

<sup>31</sup> Deakin Simon, 2016, str. 44.

zaposlitvi (employee) in posledično širitev delovnopravnega varstva na vse oblike odvisnega dela, ki takšno varstvo potrebujejo. Tudi na digitalizirane oblike dela kot so množično delo, delo na poziv preko aplikacij ipd.<sup>32</sup> Enako velja tudi glede statusa delodajalca, v vlogi katerega bi lahko prepoznali na primer tudi organizatorje platform za množilno delo.

Z ustreznim prilagajanjem statusa delavca in statusa delodajalca novim oblikam dela lahko dosežemo, da z uporabo širšega pojma podvržemo veljavni delovni in socialni zakonodaji tudi vse tiste položaje, ki so primerljivi položaju delavca in delodajalca, četudi med strankami ni sklenjena pogodba o zaposlitvi. Nekateri menijo, da bi lahko z ustrežno spremembo Direktive 2008/104 v smeri širitve pojma agencijskega delavca in pojma agencije, vključili v obseg uporabe te direktive in s tem načela enakega obravnavanja tudi na primer delavce, ki opravljajo storitve preko platform, organizatorje različnih platform pa kot posrednike oz. agencije.<sup>33</sup>

Širitev statusa delavca in statusa delodajalca lahko dosežemo tudi z ustrežno razlago že obstoječe zakonodaje s strani sodišč. Tak pristop je opaziti tudi v sodni praksi Sodišča EU, ki s svojo razlago pojma delavca z vidika uporabe posameznih direktiv, širi pojem tudi na osebe, ki po nacionalnem pravu tega statusa nimajo. V zadevi *Ruhrlandklinik* je na primer sodišče odločilo, da je treba 1. in 2. člen Direktive 2008/104/ES, ki opredeljujeta status agencijskega delavca in status agencije, razlagati tako, da se ta direktiva uporablja tudi za položaj, v katerem nepridobitno društvo za finančno nadomestilo enega od svojih članov napoti v podjetje uporabnika, da bi tam kot glavno dejavnost in po navodilih tega podjetja opravljal delo za plačilo, če je ta član iz tega naslova zaščiten v zadevnih državni članici, kar pa mora preveriti predložitveno sodišče, in to tudi, če ta član – ker s tem društvom ni sklenil pogodbe o zaposlitvi – nima statusa delavca po nacionalni zakonodaji.<sup>34</sup> Sodišče je zavzelo stališče, da se direktiva ne uporablja samo za delavce, ki so sklenili pogodbo o zaposlitvi z agencijo, ampak tudi za delavce, ki so z agencijo v »delovnem razmerju«,<sup>35</sup> pri čemer je sodišče sledilo svoji dosednji praksi glede tega, kaj šteje za bistveno značilnost delovnega razmerja.<sup>36</sup> Sodišče je poudarilo, da niti pravna opredelitev razmerja, ki povezuje

<sup>32</sup> Podrobno o tem v: De Stefano Valerio 2016.

<sup>33</sup> Barnard Catherine, 2016, str. 61-62.

<sup>34</sup> Zadeva *Ruhrlandklinik*, C-216/15 z dne 17.11.2016, ECLI:EU:C:2016:883.

<sup>35</sup> *Ibd*, točka 28.

<sup>36</sup> *Ibd*, točka 27, kjer se sodišče sklicuje tudi na zadevo *Danosa*, C-232/09, ECLI:EU:C:2010:674, točki 39 in 40.

zadevno osebo z agencijo, v nacionalnem pravu, niti narava njunih pravnih vezi, niti oblika tega razmerja, niso odločilne pri tem, da je ta oseba opredeljena kot »delavec« v smislu Direktive 2008/104/ES in da osebe, kot je bila ta v primeru, ni mogoče izključiti iz pojma »delavec« v smislu te direktive in tako iz področja njene uporabe le zato, ker z agencijo nima sklenjene pogodbe o zaposlitvi in ker zato nima statusa delavca na podlagi nemškega prava.<sup>37</sup> Sodišče je pojasnilo, da določbe 3(2) direktive o tem, da direktiva ne posega v nacionalno zakonodajo glede opredelitve pojma delavca in delovnega razmerja, ni mogoče razlagati na način, kot da se je zakonodajalec Unije odpovedal temu, da bi sam določil obseg tega pojma v smislu Direktive 2008/104, in torej področju uporabe te direktive in da ni prepustil državam članicam, da bi te enostransko določile ta pojem.<sup>38</sup> Zlasti je pomembno stališče sodišča, da bi omejitev pojma delavca v smislu te direktive le na osebe, ki imajo po nacionalnem pravu status delavca, tj. je na osebe, ki imajo sklenjeno pogodbo o zaposlitvi, ogrozilo uresničevanje ciljev te direktive.<sup>39</sup> Takšna omejitev bi namreč državam članicam ali agencijam omogočila, da bi po svoji volji nekaterim kategorijam oseb odvzela zaščito, ki jo zahteva direktiva, zlasti uporabo načela enakega obravnavanja, čeprav naj delovno razmerje, ki te osebe povezuje z agencijo ne bi bilo bistveno drugačno kot razmerje, ki zaposlene, ki imajo status delavca na podlagi nacionalne zakonodaje, povezuje z njihovim delodajalcem.<sup>40</sup> V tej zadevi je bistveno tudi to, da je sodišče *razširilo s svojo razlago tudi pojem agencije*, saj je v zadevnem primeru napotena oseba bila v »delovnem razmerju« z nepridobitnim društvom, ne pa z gospodarsko družbo s statusom agencije za zagotavljanje začasnega dela. Tudi te okoliščine sodišče ni štel za tako, ki bi preprečevala širitev uporabe direktive tudi na takšno razmerje. Teorija ocenjuje, da pomen sodbe ni le v tem, da zagotavlja varstvo osebi, ki po nacionalnem pravu nima statusa delavca, ampak morda še bolj v tem, da to varstvo zagotavlja osebi, ki je v razmerju pri subjektu, ki formalnopravno ni agencija.<sup>41</sup>

---

<sup>37</sup> Ibd., točka 29.

<sup>38</sup> Ibd., točke 30-32.

<sup>39</sup> Ibd., točka 36.

<sup>40</sup> Ibd., točka 37.

<sup>41</sup> Senčur Peček Darja, 2017, str. 3.

## 6. ZAKLJUČEK

Delež agencijskega dela hitro narašča, enako velja tudi za druge nestandardne oblike dela. Za podjetja to pomeni možnosti za večjo fleksibilnost in najemanje delavcev, za delavce in družbo kot celoto pa to predstavlja grožnjo, da bo vedno večje število prekarnih delavcev ostalo zunaj ščita delovne in socialne zakonodaje. Se lahko kaj naučimo iz razvoja prakse in zakonodaje agencijskega dela? Zlasti to, da je načelo enakega obravnavanja ustrezen model za urejanje nestandardnih oblik dela in nujen ukrep za preprečevanje zlorab v praksi.

Zato menim, da bi moral zakonodajalec ob vsaki legalizaciji kakšne nove oblike dela, hkrati predpisati tudi obvezno uporabo načela enake obravnave, brez možnosti derogacij. Uporaba načela enakega obravnavanja bi tudi izločila tiste deležnike, ki se novih oblik dela poslužujejo le iz razloga, da bi tako obšli veljavno delovno in socialno zakonodajo. Zgolj dejstvo, da delavec nima sklenjene pogodbe o zaposlitvi pri podjetju, ki uporablja njegovo delo, ne more biti razlog za slabši delovnopravni položaj kot ga imajo redno zaposleni delavci tega podjetja ali celo za izključitev iz delovnopravnega varstva. Zato bi morali novi poslovni modeli *t.i. sodelovalnega gospodarstva* priznati opravljanju storitev preko platform status dela, izvajalcem status delavcev, organizatorjem platform pa status delodajalca in z obvezno uporabo načela enakega obravnavanja razširiti veljavnost delovnega in socialnega prava tudi na te oblike dela.

## LITERATURA

- Barnard Catherine, 2016. Non-standard Employment: What Can the EU Do? v: Blanpain Roger & Hendrickx (ed.): New Forms of Employment in Europe. Kluwer Law International, str. 55-64.
- Belopavlovič Nataša, Kresal Barbara, Kresal Šoltes Katarina, Senčur Peček Darja (urednice) 2016. Zakon o delovnih razmerjih s komentarjem, IUS Software (GV Založba).
- Deakin Simon, 2016. New Forms of Employment: Implications for EU Law – The law as It Stands, v: Blanpain Roger & Hendrickx (ed.): New Forms of Employment in Europe. Kluwer Law International, p. 43-53.
- De Stefano Valerio, 2016. The rise of the »just-in-time workforce«: On-demand work, crowdwork and labour protection in the »gig-economy«. International Labour Office, Inclusive Labour Markets, Labour Relations and Working Conditions Branch. Geneva: ILO, 2016, Conditions of work and employment series No. 71.
- Eurofound, Regulation of labour market intermediaries and the role of social partners in preventing trafficking of labour, Luxembourg 2016, <http://www.eurofound.europa.eu/publications> (20. 8. 2016).

- European Commission 2011. Report Expert Group Transposition of Directive 2008/104/ES on Temporary agency work.
- European Commission 2014. Report from the Commission to the European parliament, the Council, the European economic and social committee and the committee of the regions on the application of Directive 2008/104/EC on temporary agency work, 21.3.2014, COM(2014) 176 final.
- Evropska komisija 2016. Sporočilo komisije Evropskemu parlamentu, Svetu, Evropskemu ekonomsko-socialnemu odboru in odboru regij; Evropska agenda za sodelovalno gospodarstvo, 2.6.2016, COM(2016) 356 final.
- European Commission 2017. Commission recommendation of 26.4.2017 on the European Pillar of Social Rights, C(2017) 2600 final.
- European Parliament, 2013: The Role and Activities of Employment Agencies, Eichhorst W. (et. al.), IZA Research Report No. 57, 2013.
- Končar Polonca, 2012. Ureditev zagotavljanja začasnega dela in vpliv Direktive 2008/104/ES, Delavci in Delodajalci, št. 2-3/2012, str. 143-160.
- Kresal Barbara, 2013. Pravna vprašanja nove ureditve za določen čas in agencijskega dela, v: Delavci in Delodajalci, št. 2-3/2013, str. 169-193.
- Kresal Barbara, 2006. Brezposelnost in zaposlovanje na Slovenskem do druge svetovne vojne, v: Prispevki za novejšo zgodovino (Kresalov zbornik) št. 1, let. XLVI, Inštitut za novejšo zgodovino, Ljubljana 2006, str.195-220.
- Kresal Šoltes Katarina 2016. Agencijski in napoteni delavci v: Dnevi slovenskih pravnikov Portorož 2016, Podjetje in delo 6-7/2016, str. 877-890.
- Novak Mitja, Končar Polonca, Bubnov Škoberne Anjuta (uredniki), 2006. Konvencije mednarodne organizacije s komentarjem, več avtorjev, Inštitut za delo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, GV Založba, Ljubljana 2006.
- Sartori Alessandra, 2016. Temporary agency work in Europe, Degree of convergence following directive 2008/104/EU. European Labour Law Journal, Volume 7 (2016), No.1, p. 109-125.
- Schlachter Monika, 2012. Transnational Temporary Agency Work: How Much Equality Does the Equal Treatment Principle Provide? v: The International journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, vol. 28, no.2 (2012), str. 177-198.
- Senčur Peček Darja, 2017. Novejše odločitve Sodišča EU s področja delovnih razmerij, v: Aktualna vprašanja delovnega prava, Inštitut za delovna razmerja in socialno varnost, 2017.
- UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), *General Comment No. 18: The Right to Work (Art. 6 of the Covenant)*, 6 February 2006, E/C.12/GC/18. Dostopno: <http://www.refworld.org/docid/4415453b4.html> [accessed 3 May 2017].

## **Differentiation between the Obligations of a Temporary Work Agency and of a User Undertaking and the Principle of Equal Treatment – Could the Principle of Equal Treatment Be a Model for Other Nonstandard Forms of Work?**

**Katarina Kresal Šoltes\***

### **Summary**

The human right to work as interpreted by international supervisory authorities includes inter alia, the obligation of the state to »ensure that privatization measures do not undermine workers' rights« and that »specific measures to increase the flexibility of labour markets must not render work less stable or reduce the social protection of the worker« (UN, CESCR Committee, 2006, para. 25). A European agenda for the collaborative economy (European commission, COM(2016) 356 final, 2.6.2016) which addresses new forms of work in times of digitalization unfortunately does not follow this approach. In the paper the author advocates for the change of the current political approaches in cases when new non-standard forms of work are legalised. The author advocates for the full implementation of the principle of equal treatment, without possibilities of derogations, and in combination with the broad definition of a worker and an employer.

Can we learn anything from the legalisation of temporary agency work? Temporary agency work as an economic profitable activity was introduced in Slovenia by the labour legislation in 2001. Before 2001, activities regarding provision of work and employment had been carried out only by the national employment service as a public service in general interest. In 2008, the EU adopted Directive 2008/104/EC, which harmonised the minimal standards for carrying out these activities. Among others, it enforced the principle of equal treatment, with the possibility of derogations under certain conditions. Slovenian legislation included the provision on the principle of equal treatment, without the possibility of derogation, since 2001 when the activity was legalised, that is before the mentioned Directive entered into force. With the aim of preventing abuses in practice, the 2013 reform

---

\* Katarina Kresal Šoltes, PhD, Deputy Director at the Institute for Labour Law at the Faculty of Law, University of Ljubljana, Slovenia  
katarina.kresal@pf.uni-lj.si

of labour legislation even tightened the conditions for carrying out these activities and the obligations of the user undertaking. Under the current Slovenian law, for the period of assignment, the user undertaking has to provide agency workers with all the rights, obligations and benefits as if they had been directly employed by the user. The user is also directly responsible for compliance with the regulations on health and safety at work, the working time, break and rest periods, and is also subsidiary responsible for the payment of wages and other remunerations for the period of assignment (Articles 62 and 63 of the ERA-1). Under Slovenian law, the principle of equal treatment cannot be derogated by collective agreements, it is possible, however, that sectoral collective agreements determine different quotas of the use of agency workers than that legally allowed. Currently, only two sectoral collective agreements determine more favourable quotas for user undertakings than the legal ones, none of them however stipulates stricter quotas for companies (25% of workers employed by the user). Trade unions are unfortunately too weak to stipulate balanced derogations, therefore the author advocates for a strict interpretation of the principle of equal treatment, without possibilities of derogation also *de lege ferenda*. The author points out that this principle should also be applied for posted agency workers within the transnational services carried out in the EU, therefore in the future Slovenian as well as the European legislation should be upgraded in this direction.

The author advocates for the implementation of equal treatment principle also in other cases, when the European or Slovenian legislator decide to legalise some new form of work, beyond regular employment. Digitalisation of the work processes allows development of new forms of work outside an employment relationship which gives opportunity to companies for greater flexibility, but at the same time presents a threat for workers and society as a whole that a growing number of workers will remain outside the protection of the labour law. The legal position of workers in non-standard forms of work should not be worse than that of comparable workers in standard employment only because of the fact that they are not directly employed by a company (or by more companies) that actually makes use or profit of their work. Greater flexibility can be established only if it is based upon proper redistribution of “employers’ duties” among different intermediaries, organisers of platforms or other labour pooling service that actually make profit or use of their work, but not on the burden of workers.