

Obstoj pogodbe o zaposlitvi v luči varstva zaposlitve*

Boštjan Kavšek**

UDK: 349.22:005.954

331.106

Povzetek: V predmetnem prispevku se obravnava obstoj sklenjene veljavne pogodbe o zaposlitvi v luči varstva zaposlitve, tj. omejevanja dopustnosti enostranske odpovedi pogodbe o zaposlitvi na pobudo delodajalca. Najprej se predstavi elemente oz. predpostavke za sklenitev veljavne pogodbe o zaposlitvi. Soglasje volj oz. sporazum glede opravljanja oziroma zagotavljanja dela je bistvena sestavina za veljavno sklenitev pogodbe o zaposlitvi. Za veljavnost pogodbe o zaposlitvi morajo biti izpolnjene tudi predpisane predpostavke, kjer se poleg določb ZDR-1 subsidiarno smiselno uporabljajo določila OZ. Glede pogodbe o zaposlitvi smo izpostavili pomen primarnosti pogodbe o zaposlitvi in vlogo nastopa dela. Predstavili smo tudi druge dodatne pogoje za varstvo zaposlitve, kot se pojavljajo v primerjalnem pravu (minimalno obdobje zaposlitve, število zaposlenih). V drugem delu smo predstavili institut faktične (dejanske) zaposlitve, kjer sodna praksa širi varstvo zaposlitve prek domneve obstoja pogodbe o zaposlitvi. Po naši oceni bi se lahko varstvo zaposlitve zagotavljalo zgolj ob ugotovitvi obstoja sklenjene pogodbe o zaposlitvi.

Ključne besede: pogodba o zaposlitvi - veljavnost pogodbe - nična pogodba - izpodbojna pogodba - nastop dela - faktična zaposlitev - ugotovitev delovnega razmerja - varstvo zaposlitve

The Existence of Employment Contract in the Light of Job Protection

Abstract: The present article deals with the existence of a concluded valid employment contract in the light of job protection, i.e. by limiting the admissibility of unilateral termination of an employment contract at

* Ta prispevek je po vsebini v pretežni meri prevzet iz doktorske disertacije Pravni vidiki varstva zaposlitve, ki jo je avtor pripravil pod mentorstvom zasl. prof. dr. Polonce Končar.

** Boštjan Kavšek, doktor pravnih znanosti, odvetnik v Ljubljani.

bostjan.kavsek@kavsek.si

Boštjan Kavšek, PhD, Attorney-at-law in Ljubljana

the initiative of the employer. First, the elements and/or prerequisites for entering into a valid employment contract are presented. Consent of wills and/or an agreement to perform or provide work is an essential element of a valid employment contract. For the validity of an employment contract, the prescribed prerequisites must also be fulfilled, whereby in addition to the provisions of ZDR-1, the provisions of OZ apply mutatis mutandis in a subsidiary manner. With regard to the employment contract, we emphasized the importance of the primacy of the employment contract and the role of work commencement. We have also presented other additional conditions for job protection, which appear in comparative law (minimum period of employment, number of employees). In the second part, we introduced the institute of factual (actual) employment, where the case law extends the job protection through the presumption of the existence of an employment contract. In our view, the job protection could only be guaranteed in case of an establishment of a concluded valid employment contract.

Key words: *employment contract - validity of contract - void contract - voidable contract - commencement of work - factual employment - establishment of employment relationship - job protection*

1. UVOD

V delovnopravni teoriji¹ in sodni praksi² se v luči načela varstva zaposlitve in načela, da je izguba zaposlitve skrajno sredstvo, **varstvo zaposlitve**³ osredotoča na vprašanje omejevanja dopustnosti enostranske odpovedi (pogodbe o zaposlitvi) na pobudo delodajalca. Glede na pogodbeni koncept zaposlitve⁴ po ZDR-1⁵ je na prvi pogled možen zaključek, da je varstvo zaposlitve možno samo ob (predhodni) ugotovitvi, da je med strankama (delavcem in delodajalcem) sklenjena (veljavna) pogodba o zaposlitvi. V tem smislu je tako ugotovitev obstoja

¹ Kresal, B. v: Bečan, I. et al. (2016), str. 523-524.

² Npr. sklep Višjega delovnega in socialnega sodišča, št. Pdp 1495/2003 z dne 25.9.2003.

³ V okviru tega prispevka se pojma delovno razmerje in zaposlitev uporabljata kot zamenljiva pojma. Zaradi poenostavitve se bo v pretežnem delu uporabljal izraz zaposlitev.

⁴ S pogodbo o zaposlitvi se sklene delovno razmerje (prvi odstavek 11. člena ZDR-1).

⁵ Zakon o delovnih razmerjih (ZDR-1, Uradni list RS, št. 21/13 s spremembami).

pogodbe o zaposlitvi ključna za to, da se sploh lahko uporabljajo načela in pravila glede varstva zaposlitve.

V okviru prispevka bomo preverili navedeno stališče in ugotavljali, ali je obstoj (veljavne) pogodbe o zaposlitvi dejansko (iz)ključna predpostavka za varstvo zaposlitve, ali pa zakonodaja in zlasti sodna praksa postavljata še druge pogoje oz. zagotavljata varstvo zaposlitve (tudi) brez da bi bil hkrati ugotovljen obstoj (sklenjene veljavne) pogodbe o zaposlitvi. Opravljena analiza zakonodaje in sodne prakse kaže, da je za varstvo zaposlitve potrebno izkazati obstoj sklenjene veljavne pogodbe o zaposlitvi, ki se lahko sklene v pisni ali ustni obliki, ali s konkludentnim dejanjem. Poleg sklenjene veljavne pogodbe o zaposlitvi pa slovenska zakonodaja za varstvo zaposlitve ne določa nobenih drugih ali dodatnih pogojev, kot so sicer običajni v primerjalnem pravu. Vendar pa zakonodaja in sodna praksa obseg varstva zaposlitve širita, na eni strani, prek t.i. primarnosti pogodbe o zaposlitvi in, na drugi strani, zlasti prek t.i. faktične (dejanske) zaposlitve. V tem delu smo obravnavali tudi s tem povezane relevantne vidike takšnega širjenja varstva zaposlitve.

2. OBSTOJ POGODBE O ZAPOSLOTVI

ZDR-1 ureja vprašanje nastanka zaposlitve v določbah II. poglavja s podnaslovom »Pogodba o zaposlitvi«. Že naslov navedenega poglavja in uvodna določba prvega odstavka 13. člena ZDR-1 določata, da zaposlitev (delovno razmerje) nastane prek sklenitve pogodbe o zaposlitvi. V tem kontekstu je glede na jasno zakonsko dikcijo moč narediti sklep, da je varstvo zaposlitve vezano na obstoj sklenjene veljavne pogodbe o zaposlitvi.

Sam ZDR-1 določa, da se glede sklepanja in veljavnosti pogodbe o zaposlitvi (ter s tem povezane ničnosti in izpodbojnosti) smiselno uporabljajo splošna pravila civilnega prava, če ZDR-1 ali drug zakon ne določata drugače. Navedeno pomeni, da se glede sklenitve in veljavnosti pogodbe o zaposlitvi primarno uporablja ZDR-1 (ali drug zakon), sicer pa se subsidiarno smiselno uporabljajo splošna pravila civilnega (obligacijskega) prava. V tem delu je tako potrebno glede pogojev za sklenitev pogodbe o zaposlitvi in glede predpostavk za veljavnost pogodbe o zaposlitvi poleg ZDR-1 upoštevati tudi določbe OZ⁶ (zlasti določbe členov 15

⁶ Obligacijski zakonik (OZ; Uradni list RS, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo, 64/16 – odl. US in 20/18 – OROZ631).

do 58). V nadaljevanju bomo predstavili minimalne elemente za sklenitev oz. predpostavke za veljavnost pogodbe o zaposlitvi.

2.1. Soglasje volj oz. sporazum glede sklenitve pogodbe o zaposlitvi

Za nastanek zaposlitve (sklenitev delovnega razmerja) je po veljavni ureditvi bistvena sklenitev pogodbe o zaposlitvi (prvi odstavek 11. člena ZDR-1). Pogodba o zaposlitvi je sklenjena, ko se pogodbeni stranki sporazumeta o njenih bistvenih sestavinah (smiselna subsidiarna uporaba 15. člena OZ), kar pomeni, da mora med strankama obstajati soglasje volje tako glede sklenitve pogodbe kot tudi glede njenih bistvenih sestavin. Ko ponudnik sprejme od druge stranke izjavo, da ponudbo sprejema, je pogodba sklenjena (smiselna subsidiarna uporaba prvega odstavka 21. člena OZ).⁷ Vsebino oz. obvezne sestavine pogodbe o zaposlitvi določa 31. člen ZDR-1. Pri tem pa se zastavlja vprašanje, ali mora za veljavno sklenitev pogodbe o zaposlitvi soglasje volj strank pokriti vse sestavine, ki jih mora vsebovati pogodba o zaposlitvi po 31. členu ZDR-1.⁸ Glede na vsebino 31. člena ZDR-1 se sicer lahko v primeru izostanka soglasja vsebina posameznih sestavin pogodbe o zaposlitvi iz 31. člena ZDR-1 določi glede na vsebino določb veljavne zakonodaje in drugih (avtonomnih) virov. Npr. za datum nastopa dela se šteje dan sklenitve pogodbe, če ni v pogodbi o zaposlitvi določeno drugače (tretji odstavek 11. člena ZDR-1). Za kraj opravljanja dela se šteje sedež delodajalca, če v pogodbi ni določeno drugače. Če v pogodbi o zaposlitvi ni določeno trajanje pogodbe, se šteje, da je sklenjena za nedoločen čas (prvi odstavek 12. člena ZDR-1).⁹

Po izvedeni analizi bi lahko soglasje volj pogodbenih strank za sklenitev pogodbe o zaposlitvi moralo vključevati naslednji dve bistveni sestavini:¹⁰

- naziv delovnega mesta oziroma vrsta dela s kratkim opisom dela (karakteristična izpolnitev delavca oziroma delodajalca v smislu opravljanja in zagotavljanja dela) in
- določilo o znesku osnovne plače v EUR (karakteristična izpolnitev delodajalca).

⁷ Sodba Vrhovnega sodišča RS, št. VIII Ips 46/2012 z dne 15.10.2012.

⁸ Elementi pogodbe o zaposlitvi sicer predstavljajo tudi implementacijo Direktive Sveta 91/533/EGS oziroma nove Direktive (EU) 2019/1152 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 20. junija 2019 o preglednih in predvidljivih delovnih pogojih. Glede obveznih sestavin pogodbe o zaposlitvi tudi sodba Sodišča EU v zadevi Lange (C-350/99 z dne 8.2.2001).

⁹ »V sistemu delovnih razmerij je pravilo delovno razmerje za nedoločen čas in za polni delovni čas.« Sodba Vrhovnega sodišča RS, št. X Ips 41/2013 z dne 18.12.2014.

¹⁰ 3. in 8. alineja 31. člena ZDR-1.

Če med strankama pogodbe o zaposlitve ne obstaja soglasje volje glede prve sestavine, ki pokriva vrsto oz. vsebino (zagotavljanja oz. opravljanja) dela, bi se lahko na podlagi subsidiarne smiselne uporabe pravil civilnega prava štelo, da pogodba o zaposlitvi ni bila sklenjena. V primeru, če je sklenjena pisna pogodba o zaposlitvi, ki vsebuje vrsto oz. vsebino dela, takšna vsebina pogodbe izkazuje, da obstaja soglasje volje, še zlasti če sta stranki pogodbo podpisali brez pripomb in takšnih pripomb nista izrazili vse do prenehanja delovnega razmerja.¹¹ Bolj zapletena je situacija, če med strankama ni bila podpisana pisna pogodba o zaposlitvi, temveč je obstajal neki skop ustni dogovor, še zlasti če takšen dogovor ni vseboval jasne opredelitve vrste oz. vsebine dela. V takšnem primeru bi se lahko ob izostanku ustrezne opredelitve dela štelo, da soglasje med strankama glede te bistvene sestavine pogodbe o zaposlitvi ni obstajalo in zato pogodba o zaposlitvi ni bila sklenjena. Pogodba o zaposlitvi je namreč dvostranski pravni posel in če stranki nista izjavili volje z določeno vsebino, ki pokriva bistvene sestavine izpolnitvenega ravnanja, pri čemer mora biti izjavljena vsebina volje po vsebini enaka, se ne more šteti, da je bila sklenjena pogodba o zaposlitvi.¹² V tem kontekstu, če med strankama ni jasno določeno, kaj bo vrsta oz. vsebina dela, potem zaradi pomanjkanja soglasja volje pogodba o zaposlitvi ob smiselni subsidiarni uporabi pravil civilnega prava ne more nastati (15. člen OZ). Če med strankama dejansko ni sporazuma o naravi pogodbe ali o podlagi ali predmetu obveznosti, se šteje, da ob smiselni subsidiarni uporabi pravil civilnega prava pogodba o zaposlitvi ni bila sklenjena (16. člen OZ).¹³

Nadalje je v luči veljavne sklenitve pogodbe o zaposlitvi pomembno vprašanje v povezavi z drugo sestavino, tj. s soglasjem volje glede vrste oz. višine plačila. Navedeno nastopi v situaciji, kjer se stranki zgolj okvirno dogovorita o vsebini dela in tudi o tem, da je delo odplačno, vendar pa ne dorečeta višine plačila, ali pa je glede tega nesoglasje oz. nesporazum med strankama. S tem v zvezi se tako zastavlja vprašanje, ali v takšnem primeru nastopi takšno soglasje volj, ki je potrebno za sklenitev pogodbe o zaposlitvi, ali ne. Ključno je torej vprašanje, ali je plačilo za delo po 8. alineji prvega odstavka 31. člena ZDR-1 bistveni sestavni del predmeta obveznosti, ki ga mora vključevati soglasje volj obeh strank za to, da lahko trdimo, da je bila sklenjena pogodba o zaposlitvi. Po našem mnenju je osnovna vsebina oz. predmet obveznosti pogodbenih strank, ki mora biti

¹¹ Sodba Vrhovnega sodišča RS, št. VIII Ips 25/2015 z dne 8.4.2015.

¹² Plavšak, N., Juhart, M., Vrenčur, R. (2009), str. 215–216.

¹³ Kot bo izpostavljeno v nadaljevanju je smiselna uporaba 16. člena OZ omejena v luči uporabe 4. člena ZDR-1.

pokrit s soglasjem volje obeh strank, zgolj obveznost delodajalca, da delavcu zagotavlja delo, in obveznost delavca, da bo opravljal delo. V tem smislu sta tudi v ZDR-1 navedeni temeljni obveznosti obeh strank pogodbe o zaposlitvi (33. oziroma 43. člen ZDR-1). Ena izmed pomembnih obveznosti delodajalca je tudi plačilo za delo, vendar pa izostanek dogovora oz. soglasja volje glede plačila za delo po našem mnenju ne vpliva na sklenitev pogodbe o zaposlitvi. Tudi ZDR-1 v 44. členu ureja obveznosti plačila prek sklicevanja na druge določbe veljavne zakonodaje, ki določajo način oz. pogoje, ki jih je potrebno upoštevati pri določitvi vrste oz. višine plačila za delo. Višino (minimalnega) plačila za delo določajo tudi drugi predpisi (npr. Zakon o minimalni plači¹⁴) oz. avtonomni viri. Nenazadnje tudi obligacijskopравни predpisi (npr. v sklopu ureditve pri pogodbi o delu) določajo, da v primeru, »če *plačilo ni določeno, ga določi sodišče tako, da ustreza vrednosti dela, za tak posel običajno potrebnemu času kot tudi za to vrsto dela običajnemu plačilu*« (smiselna uporaba drugega odstavka 642. člena OZ). Menimo, da bi se lahko enak pristop ob smiselni subsidiarni uporabi pravil civilnega prava uporabil tudi pri določitvi plačila za delo po sklenjeni pogodbi o zaposlitvi, kjer stranki v sklopu soglasja volj ne bi (izrecno) pokrili tega vprašanja. Določilo o plačilu za delo je sicer obvezna sestavina pogodbe o zaposlitvi po 31. členu ZDR-1, vendar pa ni bistveni sestavni del predmeta obveznosti, o katerem mora za veljavno sklenitev pogodbe o zaposlitvi obstajati soglasje volj med strankama. V osnovi je tako za veljavno sklenitev pogodbe o zaposlitvi dovolj, da se pogodbeni stranki strinjata oz. soglašata glede vrste in vsebine (opravljanja oz. zagotavljanja) dela.

2.2. Druge predpostavke za veljavnost pogodbe o zaposlitvi

Poleg soglasja volj glede bistvene sestavine pogodbe o zaposlitve (opravljanje in zagotavljanje dela), ki je konstitutivno za sklenitev pogodbe o zaposlitvi, pa morajo biti za veljavnost pogodbe o zaposlitvi izpolnjene tudi druge predpostavke, in sicer:

- sposobnost strank skleniti pogodbo (člena 21 in 23 ZDR-1, člani 41 do 44 OZ);
- volja mora biti brez napak (členi 45 do 49 OZ);

¹⁴ Uradni list RS, št. 13/10, 92/15 in 83/18.

- predmet obveznosti mora biti mogoč, dopusten, določen oziroma določljiv (člen 22 ZDR-1, člen 34 OZ);
- spoštovana mora biti predpisana oblika pogodbe (člen 17 ZDR-1, členi 51 do 58 OZ).

V tej luči niti delovnopravna zakonodaja posebej ne varuje pogodbe o zaposlitvi, če so kršene temeljne predpostavke za njeno veljavnost. V delu glede **spособnosti strank** ZDR-1 v prvem odstavku 15. člena določa, da lahko pogodbo o zaposlitvi sklene vsaka delno poslovno sposobna oseba, tj. oseba, ki je dopolnila starost 15 let. Gre za določbo, ki tako sicer delno odstopa od siceršnjih splošnih pravil glede sposobnosti strank za sklenitev pogodbe.¹⁵ Tudi kar se tiče sankcije za pogodbo, ki jo je sklenila poslovno nesposobna oseba (mlajša od 15 let), ZDR-1 določa enake posledice (tj. ničnost pogodbe), kot jo je sprejela civilno-pravna sodna praksa v primeru pogodb poslovno nesposobne osebe.¹⁶

Posebej ZDR-1 ureja tudi vprašanje **oblike pogodbe o zaposlitvi**, in sicer v določbi prvega odstavka 17. člena ZDR-1 navaja, da se pogodba o zaposlitvi sklene v pisni obliki. Vendar pa je v četrtem odstavku 17. člena ZDR-1 izrecno določeno, da v primeru, »če stranki nista sklenili pogodbe o zaposlitvi v pisni obliki ali če niso v pisni obliki izražene vse sestavine pogodbe o zaposlitvi iz prvega odstavka 31. člena tega zakona, to ne vpliva na obstoj in veljavnost pogodbe o zaposlitvi.« Pogodba o zaposlitvi je tako lahko veljavno sklenjena tudi samo v ustni obliki ali s konkludentnimi dejanji.¹⁷ Tako je potrebno zahtevo po pisni obliki šteti kot zahtevo »ad probationem« (zaradi lažjega dokazovanja vsebine) izven konteksta vzpostavitve pogodbe o zaposlitvi. V tem primeru se za veljavnost pogodbe o zaposlitvi torej ne zahteva nikakršna oblika. Možno bi sicer bilo, da bi stranki pogodbe o zaposlitvi sami določili, da je posebna oblika pogoj za veljavnost njune pogodbe (npr. da je pogodba o zaposlitvi sklenjena v obliki notarskega zapisa). V takšnem primeru bi lahko zastopali stališče, da je pogodba o zaposlitvi nična, če se dogovorjeni pogoj obličnosti ni izpolnil (smiselna uporaba drugega odstavka 55. člena OZ). Če namreč stranki v pogodbi določita odložni pogoj za veljavnost pogodbe (zahtevana obličnost pogodbe) in se ta pogoj ne izpolni, potem v takšnem primeru ni razloga, da ne bi sledili volji obeh pogodbenih strank. V vsakem primeru pa bi lahko stranki takšno pogodbo o zaposlitvi dopolnili

¹⁵ V primerjalnem pravu je sklepanje pogodb o zaposlitvi v starosti med 15 in 18 let pogojeno s soglasjem staršev oz. skrbnikov. Humblet, P. & Rigaux, M. (2010), str. 21–22.

¹⁶ Primerjaj sodbo Vrhovnega sodišča RS, št. II Ips 13/99 z dne 23.9.1999.

¹⁷ Tako npr. sodba Vrhovnega sodišča, št. VIII Ips 81/2017 z dne 20.6.2017.

ali spremenili tudi z neobličnim sporazumom (smiselna uporaba drugega odstavka 54. člena OZ), kar pomeni, da bi lahko stranki naknadno odstopili od takšnega predhodnega sporazuma.

ZDR-1 vsebuje nekatere posebne določbe oz. obveznosti delodajalca, ki morajo biti izpolnjene v fazi postopka do sklenitve pogodbe o zaposlitvi (npr. objava delovnega mesta, enaka obravnava, postopek izbora, itd.). Gre za javnopravne obveznosti delodajalca. Morebitne kršitve v postopku izbora imajo za posledico odgovornost delodajalca z vidika kaznovalnega (prekrškovnega) prava ali morebitne odškodninske odgovornosti (v razmerju do neizbranega kandidata). Na noben način pa morebitne kršitve teh obveznosti ne vplivajo na veljavnost sklenjene pogodbe z izbranim kandidatom. Neizbrani kandidat namreč nima nobene možnosti uveljavljati oz. izsiliti zaposlitve prek sklenitve pogodbe o zaposlitvi, saj je njegov zahtevek v primeru diskriminacije omejen izključno na pravico do plačila odškodnine (peti odstavek 200. člena ZDR-1).

Glede sklenitve pogodbe o zaposlitvi so pomembni tudi predpisani in/ali delodajalčevi pogoji za zasedbo določenega delovnega mesta. Glede izpolnjevanja pogojev sta na eni strani pomembni resničnost in verodostojnost podatkov oz. dokumentacije, ki jo predloži delavec v dokaz izpolnjevanja pogojev, in na drugi strani, odgovor na vprašanje, kakšne so posledice v primeru, če se izkaže, da je kandidat, ki je na takšni podlagi sklenil pogodbo o zaposlitvi, namenoma ali nenamenoma predložil lažne oz. zavajajoče podatke glede izpolnjevanja pogojev. Glede tega je najprej potrebno izdvojiti kršitve, ki se nanašajo na predpisane pogoje za zaposlitev (ki jih stranki sami ne moreta spreminjati). Če gre za predpisane (kogentne) določbe oz. pogoje, potem je v takšnih primerih ob smiselni subsidiarni uporabi pravil civilnega prava predmet pogodbe nedopusten. Posledično je potrebno šteti, da je takšna pogodba neveljavna oz. nična, ne glede na voljo strank (smiselna uporaba 33. oziroma 34. člena OZ). Drugačne so posledice v primeru neizpolnjevanja s strani delodajalca predpisanih pogojev. Če delodajalec sam ne izpolnjuje oz. ne sledi izpolnitvi svojih lastnih zapisanih pogojev, potem bi se lahko v takšnem primeru štelo, da je delodajalec od takšnih lastnih pogojev odstopil oz. jih je spremenil v dogovoru s konkretnim delavcem.¹⁸ Takšen odstop od lastnih pogojev tako nima nobenega učinka na veljavnost pogodbe o zaposlitvi. ZDR-1 sicer v takšnih primerih v primeru neizpolnjevanja pogojev dopušča oz. omogoča sklenitev pogodbe za

¹⁸ Sodba Vrhovnega sodišča RS, št. VIII Ips 238/2016 z dne 21.3.2017.

določen čas (tretji odstavek 22. člena ZDR-1). Vendar pa če delodajalec sprejme takšnega delavca in ga zaposli za nedoločen čas, potem takšno neizpolnjevanje lastnih pogojev na noben način ne more iti na škodo delavca, saj se lahko šteje, da je delodajalec sam odstopil od lastnih pogojev. V tej smeri je šla tudi veljavna sodna praksa.¹⁹

Na drugi strani pa je bolj problematična situacija, ko delodajalec sam ni odstopil od lastnih pogojev oziroma je bil ob sklenitvi pogodbe v dobri veri, da delavec takšne pogoje izpolnjuje, vendar pa delavec takšnih pogojev dejansko ne izpolnjuje. Pri tem je lahko delavec glede izpolnjevanja pogojev zavedel delodajalca ali pa je pri tem ravnal povsem nenamenoma. Glede tega se postavlja vprašanje, ali takšna kršitev predstavlja podlago za neveljavnost (ničnost ali izpodbojnost) pogodbe ali pa lahko delodajalec v trenutku, ko ugotovi takšno neizpolnjevanje pogojev, zgolj izredno odpove pogodbo o zaposlitvi.²⁰ Z vidika civilnega prava se takšna kršitev presoja v luči napak volje, in sicer gre za vprašanje opravičljive bistvene zmote o osebi (v primeru delavčevega nenamernega ravnanja) oz. prevare (v primeru delavčevega namernega ravnanja). V sklopu presoje napak volje se presoja zgolj t.i. bistvena zmeta, tj. zmeta, ki je prešla v skupni poslovni namen oz. podlago. Če je delodajalec ustrezno objavil oz. s pogoji seznanil delavca, potem se šteje, da so takšni pogoji prešli v poslovno podlago njune zaposlitve.

Pri tem je potrebno poudariti, da so npr. osebne lastnosti, ki jih delodajalec pričakuje od zaposlenega (npr. izobrazba, izkušnje, itd.), pri pogodbah o storitvah običajno pomembne za sklenitev pogodbe, saj je za naročnika (delodajalca) »pomembno, kdo opravi to storitev, saj je od lastnosti (znanja in sposobnosti) izvajalca storitev (delavca) odvisno, kako (boljše ali slabše) bo storitev opravljena«. ²¹ Delodajalec, ki je v zmoti, lahko v takšnem primeru zahteva razveljavitev pogodbe zaradi bistvene zmote, razen če pri njeni sklenitvi ni ravnal s skrbnostjo, ki se zahteva v prometu (smiselna uporaba drugega odstavka 46. člena OZ). V primeru prevare, tj. ko delavec namenoma zavaja delodajalca o izpolnjevanju pogojev (smiselna uporaba 49. člena OZ), lahko delodajalec izpodbija pogodbo tudi v primeru nebistvene zmote. V primeru opravičljive bistvene zmote in v primeru prevare ima delodajalec možnost izpodbijati veljavnost takšne pogodbe. Če v predpisanem roku delodajalec

¹⁹ Sodba Vrhovnega sodišča RS, št. VIII Ips 81/2017 z dne 20.6.2017 ali sodba Vrhovnega sodišča RS, št. VIII Ips 238/2016 z dne 21.3.2017.

²⁰ 3. alineja prvega odstavka 110. člena ZDR-1.

²¹ Plavšak, N., Juhart, M., Vrenčur, R. (2009), str. 207.

ne reagira (30-dnevni subjektivni in 1-letni objektivni rok po 16. členu ZDR-1), potem se ob smiselni subsidiarni uporabi pravil civilnega prava šteje, da je pogodba konvalidirala in v tem primeru pogodba o zaposlitvi velja ne glede na obravnavane napake volje.

V primeru ugotovljene neveljavnosti (izpodbojnosti ali ničnosti) pogodbe o zaposlitvi se postavlja vprašanje, ali lahko ničnost/izpodbojnost sploh učinkuje za nazaj (*ex tunc*), ali pa ima posledice zgolj za naprej (*ex nunc*), tj. od trenutka, ko je sodišče ugotovilo neveljavnost (ničnost oz. izpodbojnost) pogodbe o zaposlitvi. Po naši oceni lahko neveljavnost pogodbe praviloma učinkuje samo za naprej (*ex nunc*). Ker je bila s strani delavca pogodba že izpolnjena, prav tako pa je bilo plačilo delodajalca (praviloma) že opravljeno, je v takšnih primerih potrebno upoštevati faktično razmerje, ki je veljalo do ugotovitve neveljavnosti pogodbe. Takšna je tudi primerjalna (npr. nemška) praksa.²²

2.3. Primarnost pogodbe o zaposlitvi

Nesporazum lahko ob smiselni subsidiarni uporabi pravil civilnega prava nastopi tudi v primeru nesoglasja glede narave pogodbe (npr. ena stranka šteje, da gre za brezplačno prostovoljno delo, druga pa, da gre za delo proti plačilu). Seveda v takšnem primeru med strankama ni sporazuma oz. gre za nesporazum, in zato pogodba ne nastane. Vendar pa nesporazum strank glede narave pogodbe ne vpliva nujno na veljavnost pogodbe.²³ Predvsem to velja v primerih, ko se stranki dogovorita o opravljanju dela oz. storitve proti plačilu, vendar pa imata v mislih različen tip pogodbe. Npr. ena stranka želi opravljati delo po pogodbi o delu oz. gradbeni pogodbi (npr. gradnja določenega objekta), druga pa želi v takšnem primeru skleniti pogodbo o zaposlitvi, ali pa imata celo obe stranki v mislih sklenitev podjemne pogodbe ali delo na podlagi pogodbe o izvajanju storitev.²⁴ V tem primeru je potrebno upoštevati omejeno pogodbeno avtonomijo strank (drugi odstavek 13. in 18. člen ZDR-1).²⁵ Stranki namreč ne moreta sklepati drugih tipov civilnopravnih pogodb, če v njunem razmerju obstajajo elementi

²² Weiss, M. & Schmidt M. (2008), str. 89.

²³ Sodba Vrhovnega sodišča RS, št. VIII Ips 145/2014 z dne 17.2.2015, kje je izpostavljeno, da se v primeru obstoja delovnega razmerja po 4. členu ZDR-1, 16. člen OZ smiselno ne uporablja.

²⁴ V teh primerih bi lahko govorili tudi o t.i. napačni samozaposlitvi. Humblet, P. & Rigaux, M. (2010), str. 4.

²⁵ Sodba Vrhovnega sodišča RS, št. VIII Ips 266/2011 z dne 5.9.2011.

delovnega razmerja, ob pogoju, da so za takšno delo izpolnjeni vsi predpisani pogoji po 22. členu ZDR-1. V takšnem primeru se šteje, da sta stranki sklenili pogodbo o zaposlitvi tudi v primeru, če je med njima nesporazum ali celo soglasje, da želita skleniti drugi tip civilnopravne pogodbe (npr. pogodbo o delu), saj je »odsotnost volje delodajalca, da sklene pogodbo o zaposlitvi, nerelevantna (razen izjemoma)«. ²⁶

Če med strankama obstaja soglasje o pravni naravi pogodbe (odplačno opravljanje dela), potem se kljub drugačni volji strank šteje, da je v takšnem primeru sklenjena pogodba o zaposlitvi. Enak zaključek bi sicer bilo možno v določeni meri napraviti tudi na podlagi smiselne subsidiarne uporabe obligacijskopравnih določb. Po temeljnih načelih oz. sodni praksi je potrebno »pogodbo opredeliti zlasti glede na njeno vsebino in ne po naslovu«. ²⁷ Na tej podlagi bi bilo tako potrebno ob uporabi 18. člena ZDR-1 in tudi ob smiselni subsidiarni uporabi obligacijskih pravil (50. člen OZ) presoditi, ali gre v določenem primeru (po vsebini) za pogodbo o zaposlitvi ali ne. Tudi v primeru, če bi npr. obe stranki želeli skleniti npr. pogodbo o delu (in ne pogodbe o zaposlitvi), po pravilu o navidezni pogodbi takšna navidezna pogodba ne bi imela učinka, ampak bi veljala prikrita pogodba (50. člen OZ). ²⁸ Posebna pravila o primarnosti pogodbe o zaposlitvi pridejo v poštev, če bi glede na vsebino lahko določeni pogodbi po vsebini in neposredni volji strank pripisali, da izpolnjuje elemente tako pogodbe o zaposlitvi kot tudi neke civilnopravne pogodbe. V takšnem primeru bi v luči temeljnega načela pogodbene svobode prevladala volja strank. Glede na jasno določbo ZDR-1 pa v takšnem primeru prevlada zakonska določba iz ZDR-1, s čimer se šteje, da sta stranki sklenili pogodbo o zaposlitvi.

Prednostna obravnava zaposlitve nad drugimi oblikami dela, kot je manifestirana prek določbe drugega odstavka 13. člena ZDR-1, je utemeljena tudi ob upoštevanju relevantnih ustavnih določb. ²⁹ »S prepovedjo iz drugega odstavka 13. člena ZDR-1 se zagotavlja varstvo delavcev, torej se svobodna gospodarska pobuda omejuje z ustavno kategorijo varstva dela, z njo se zagotavlja pravica do socialne varnosti in socialna funkcija lastnine ter spoštuje načelo socialne

²⁶ Sodba Vrhovnega sodišča RS, št. VIII Ips 77/2018 z dne 12.9.2018.

²⁷ Sklep Vrhovnega sodišča RS, št. II Ips 783/2008 z dne 26.1.2012.

²⁸ Sodba Vrhovnega sodišča RS, št. VIII Ips 120/2018 z dne 16.4.2019.

²⁹ Tičar, L. (2012), str. 136–142, ki se pri tem sklicuje na načelo socialne države, pravico do socialne varnosti, varstvo dela, svobodno gospodarsko pobudo.

države. Takšna omejitev pa ni nesorazmerna ali prekomerna.«³⁰ Tudi sodna praksa Sodišča EU³¹ je izpostavila, da se »posamezna oseba šteje za delavca v delovnem razmerju, če obstajajo elementi tega razmerja, ne glede na dejansko pravno opredelitev tega razmerja.«

Na drugi strani je potrebno upoštevati, da v primeru, če niso izpolnjeni elementi delovnega razmerja, potem se lahko delo opravlja na podlagi pogodbe civilnega prava.³² Seveda pa pri tem ni izključeno, da v določenih primerih poseben zakon določa, da se to pravilo izvzame in lahko stranki skleneta tudi civilnopravno pogodbo o delu,³³ kar predvideva že ZDR-1 v drugem odstavku 13. člena. Takšne pogodbe se lahko sklepajo tudi z lastnimi zaposlenimi zdravniki³⁴ in za stalna in ne zgolj za občasna dela.³⁵ Ne sme pa se takšen poklic opravljati kot samostojna dejavnost.³⁶ Takšen nesistemski pristop reševanja konkretnih dejanskih problemov na določenih področjih z omejevanjem varstva zaposlitve za določene kategorije delavcev sicer rahlja temelje varstva zaposlitve.

Posebna določba drugega odstavka 13. člena ZDR-1 ima tako zelo pomembno mesto oz. predstavlja ščit pred neutemeljenim rahljanjem obveznosti sklepanja pogodb o zaposlitvi (in namesto tega sklepanja drugih civilnopravnih pogodb). Sodna praksa je glede tega vprašanja zavzela celo stališče, da gre v tem primeru za »zlorabo, ki jo zakon sankcionira z domnevo o obstoju delovnega razmerja«.³⁷ Ustreznost uporabe argumenta zlorabe je sicer v tem primeru lahko vprašljiva, vendar pa je moč razumeti uporabo takšnega izrazoslovja v smeri, da gre za zelo pomembno oz. temeljno pravilo (primarnost zaposlitve), ki ima kot vrednota pomembno mesto v slovenskem pravnem sistemu.

³⁰ Sodba Vrhovnega sodišča RS, št. VIII Ips 81/2017 z dne 20.6.2017, ki se glede tega sklicuje na: Tičar, L. (2012), str. 140–142.

³¹ Npr. sodba Sodišča EU v zadevi C 66/85 z dne 3.7.1986.

³² Sodba Vrhovnega sodišča RS, št. VIII Ips 156/2014 z dne 18.11.2014.

³³ Primerjaj sodbo in sklep Vrhovnega sodišča RS, št. X Ips 15/2017 z dne 7.3.2018 (ki dopušča opravljanje dela po pogodbi o delu za zdravnike po takrat veljavnem 65. členu Zakona o zdravniški službi). Primerljiva določba velja za visokošolske učitelje v desetem odstavku 63. člena Zakona o visokem šolstvu.

³⁴ Sodba Upravnega sodišča RS, št. I U 555/2018-36 z dne 3.7.2018.

³⁵ Sodba Upravnega sodišča RS, št. I U 781/2016-11 z dne 3.7.2018.

³⁶ Sodba Vrhovnega sodišča RS, št. X Ips 379/2016 z dne 10.10.2018.

³⁷ Sodba Vrhovnega sodišča RS, št. VIII Ips 81/2017 z dne 20.6.2017.

2.4. Nastop dela

Nastop dela oz. začetek izvrševanja pravic in obveznosti iz naslova zaposlitve je v pretekli ureditvi, na podlagi ZTPDR (11. člen) in ZDR 1990 (11. in 12. člen), torej v ureditvi, ki je veljala do leta 2002, imel ključno vlogo. Sodna praksa³⁸ je namreč stala na ustaljenem stališču, da zaposlitev nastane ob izpolnjevanju dveh pogojev: i) sklenitev pogodbe o zaposlitvi in ii) nastop dela. Iz navedenega je bilo mogoče zaključiti, da se kljub (predhodno) veljavno sklenjeni pogodbi o zaposlitvi zaposlitev ni vzpostavila v primeru, če delavec na predviden datum ni nastopil dela, oziroma dela ni nastopil iz neopravičenih razlogov.

Sedaj veljavni ZDR-1 v 11. členu določa, da se *»pravice in obveznosti na podlagi opravljanja dela v delovnem razmerju [...] začnejo uresničevati z dnem nastopa dela«*. *»Pravice in obveznosti na podlagi opravljanja dela v delovnem razmerju in vključitev v socialno zavarovanje na podlagi delovnega razmerja se začnejo uresničevati z datumom nastopa dela tudi v primeru, če delavec tega dne iz opravičenih razlogov ne začne delati.«* Zastavlja se vprašanje, kaj pomeni takšna določba v kontekstu veljavnosti pogodbe o zaposlitvi in zlasti, ali je veljavnost pogodbe o zaposlitvi (in s tem nastanek zaposlitve) vezan na nastop dela in s tem povezan začetek izvrševanja pravic in obveznosti iz delovnega razmerja. Glede na vzpostavljeno pogodbeno zasnovo je možno zastopati stališče, da se veljavnost oz. učinkovanje pogodbe o zaposlitvi ne veže na nastop dela delavca. V aktualni sodni praksi glede tega vprašanja ni zaslediti posebnih stališč. Na področju socialnega spora je moč zaslediti eno sodno odločbo,³⁹ ki veže nastanek zaposlitve (in posredno s tem tudi veljavnost pogodbe) na začetek opravljanja dela ali na to, da se delo ne začne opravljati iz opravičenih razlogov (kjer so navedeni razlogi na strani delavca, razlogi na strani delodajalca pa so opravičljivi samo v primeru, če delavec pravočasno sproži sodno varstvo po 200. členu ZDR-1).

Sodna praksa višjega sodišča vezanost nastopa dela na veljavnost pogodbe o zaposlitvi utemeljuje prek uporabe koncepta realnega kontrakta. Takšna rešitev oz. pristop po naši oceni ni utemeljen in ne izhaja niti iz zakonskega besedila 11. člena ZDR-1, prav tako pa ni utemeljen na pravno dogmatični podlagi. Takšen pristop namreč neupravičeno rahlja pomen oz. vlogo pogodbe o zaposlitvi v

³⁸ Sodba Vrhovnega sodišča RS, opr. št. VIII Ips 146/2001 z dne 12.3.2002.

³⁹ Sodba Višjega delovnega in socialnega sodišča, Oddelek za socialne spore, opr. št. Psp 218/2017 z dne 21.9.2017.

sodobnem delovnem pravu, še zlasti zato, ker ji odvzema elementarno vsebino oz. ustaljeno vlogo, kot jo sicer ima pogodba v pravnem redu. Uporaba koncepta realnega kontrakta ni utemeljena najprej zato, ker z datumom nastopa delavec ne izvrši svojega dela obveznosti, ampak šele začne izvrševati svoje obveznosti (ki trajajo daljše časovno obdobje). Drugič, zakon predvideva, da se pogodba začne izvrševati tudi, če delavec iz upravičenih razlogov ne začne opravljati dela, kar pomeni, da delavec v takšnih primerih dejansko sploh ne izpolni svojega dela obveznosti. Z vidika varstva sklenjene pogodbe in enakosti strank je vprašljivo, ali lahko ena stranka v pogodbi enostransko odstopi od pogodbe o zaposlitvi brez kakršnega koli navajanja razlogov in brez kakršnih koli posledic (delavec tako da ne nastopi dela, delodajalec pa morebiti tako, da ne zagotovi dela). V osnovi smo tako mnenja, da glede na obstoječo koncepcijo zaposlitve kot pogodbenega razmerja nastop dela ni bistveni element za veljavno sklenitev pogodbe o zaposlitvi.⁴⁰

Vzporedno se postavlja vprašanje, ali lahko morebiti delavec ali delodajalec do datuma nastopa dela, ob smiselni subsidiarni uporabi določb obligacijskega prava, odstopita od sklenjene pogodbe o zaposlitvi mimo kogentnih določb ZDR-1 o odpovedi pogodbe o zaposlitvi (npr. ob uporabi določb členov 103 in naslednjih OZ). Bistvena obveznost delavca po pogodbi o zaposlitvi je opravljanje dela, bistvena obveznost delodajalca pa, da delavcu omogoči oz. zagotovi delo. Če delavec ne nastopi dela oziroma delodajalec na datum nastopa dela ne zagotovi delavcu dela, se zastavlja vprašanje, ali lahko delavec oz. delodajalec na takšen način vplivata na obstoj oz. veljavnost pogodbe o zaposlitvi. Mnenja smo, da smiselna uporaba pravil civilnega prava za pogodbi zvesto stranko v tem primeru ni potrebna.

Če delavec ne nastopi dela (in pred tem ne bi podal odpovedi), potem bi lahko delodajalec začel postopek (izredne) odpovedi pogodbe o zaposlitvi. Če delodajalec ne zagotovi dela delavcu, pogodba o zaposlitvi ostane v celoti v veljavi, delavec pa v takšnem primeru iz opravičenih razlogov ne začne delati iz razlogov na strani delodajalca. Delavec je v takšnem primeru upravičen do plačila za delo in vseh drugih pravic, kot da bi opravljal delo. Delavec pa bi moral v izogib dvomom oz. zapletom v takšnem primeru sprožiti ustrezne postopke varstva zaradi nezakonitega prenehanja pogodbe o zaposlitvi skladno z 200.

⁴⁰ V pravni teoriji je zaslediti stališče, da v primeru nenastopa delavca pogodba ne učinkuje (ne nastane) in delodajalcu takšne pogodbe ni potrebno odpovedati. Senčur Peček, D. v: Bečan, I. et al. (2016)., str. 93-94.

členom ZDR-1, s čimer bi delavec učinkovito preprečil delodajalcu, da bi z nezagotavljanjem dela na datum nastopa dela dosegel prenehanje pogodbe o zaposlitvi prek nezakonite odpovedi.

2.5. Drugi pogoji za varstvo zaposlitve

Poleg samega obstoja sklenjene veljavne pogodbe o zaposlitvi slovenska zakonodaja ne določa nobenih drugih oz. dodatnih pogojev za uporabo instrumentarija varstva zaposlitve, kot so sicer v uporabi v primerjalnem pravu, lahko pa bi bili pod določenimi pogoji tudi skladni s Konvencijo MOD št. 158 oziroma MESL. V tem smislu sta pogosto takšna dodatna pogoja minimalno obdobje zaposlitve, ali pa velikost delodajalca (v smislu števila zaposlenih).

Konvencija MOD št. 158⁴¹ tako dopušča določena odstopanja od vsebine konvencije (in s tem povezanega varstva zaposlitve) za krajše oz. občasne zaposlitve oz. v času, ko se zaposlitev šele pripravlja (npr. poskusno delo ali začetno obdobje zaposlitve), oziroma za manjše delodajalce. Tudi MESL, enako kot Konvencija MOD št. 158, določa v 24. členu (pojasnilnega) dodatka, da se iz uporabe izključijo delavci s pogodbo za določen čas ali določeno nalogo, v poskusni ali pripravniški dobi, če je obdobje določeno vnaprej in je razumnega trajanja, ali delavci, najeti za priložnostno kratek čas.⁴²

Avstrijska ureditev⁴³ varstva zaposlitve ima ključne varstvene določbe v posebni zakonodaji s področja sodelovanja delavcev pri upravljanju,⁴⁴ in sicer takšna ureditev varstva zaposlitve velja pri delodajalcih, ki imajo več kot 5 zaposlenih, pri čemer le-ta ne pokriva vodstvenih delavcev. Navedena ureditev pokriva samo odpovedi, tudi v primeru odpovedi, ki je povezana s spremembo pogodbe, ali izredne odpovedi. Velja tudi za odpoved v času poskusne dobe.

Zoper odpoved delodajalca lahko vložita tožbo tako delavec kot tudi svet delavcev. Če se svet delavcev ni strinjal z napovedano odpovedjo, potem ima le-ta prednost

⁴¹ Kresal, B. (2006), str. 204-212.

⁴² »Digest of the case law of the European Committee of Social Rights«, december 2018, str. 203-206. Pri tem je Evropski odbor za socialne pravice poudaril, da izključitev iz varstva zaposlitve za obdobje šestih mesecev ali 26 tednov ni razumno, če se uporablja brez izjeme, zlasti če se ne upošteva kvalifikacij delavcev.

⁴³ Risak, M.E. (2010), str. 114-136.

⁴⁴ Arbeitsverfassungsgesetz, člen 105.

pri vložitvi tožbe. Če svet delavcev ni podal mnenja, ali ni nasprotoval napovedani odpovedi, ali svet delavcev ni ustanovljen, potem ima pravico do tožbe delavec. Podlaga za izpodbijanje odpovedi so lahko:

- nezakoniti motiv⁴⁵ (kar je edini razlog za tožbo, če se je svet delavcev z odpovedjo strinjal), kar predstavlja subjektivno obnašanje delodajalca;
- družbeno nesprejemljiva odpoved⁴⁶ ob predpostavki, da je delavec zaposlen vsaj 6 mesecev, ob nadaljnjih pogojih, da so delavčevi interesi bistveno prizadeti in da delodajalec ne uspe dokazati, da so razlogi za odpoved: i) v osebnih značilnosti delavca, ki so negativni za interese delodajalca (npr. pogosta odsotnost zaradi bolezni) ali ii) da so ekonomski razlogi, ki onemogočajo nadaljevanje zaposlitve. Pri tem je pomembno, da ima delodajalec pravico odpovedati pogodbo ob upoštevanju socialnih kriterijev (kar je možno preveriti zgolj, če je svet delavcev vložil tožbo).

Redno odpoved pogodbe o zaposlitvi oz. pogoje zanjo v **nemški ureditvi** ureja Kündigungsschutzgesetz (KSchG). V preteklosti se je pogoj minimalnega števila zaposlenih večkrat spreminjal. Od leta 2004 dalje pa se navedeni zakon ne uporablja za delavce:

- ki so se zaposlili v letu 2003 ali prej pri delodajalcih z manj kot 5 zaposlenimi delavci, v kar se ne všttevajo delavci, ki so se zaposlili v letu 2004 ali kasneje;
- ki so se zaposlili v letu 2004 ali kasneje pri delodajalcih z manj kot 10 zaposlenimi delavci.

V navedeno številko se ne vključujejo pripravniki. Se pa po določeni formuli upoštevajo delavci, ki delajo krajši čas od polnega delovnega časa. Varstvo velja samo za delavce, ki so zaposleni najmanj šest mesecev. Navedeno pomeni, da se posebno varstvo ne uporablja za t.i. manjše delodajalce. Za ostale delavce pa KSchG uveljavlja v 1. členu poseben koncept varstva, t.i. koncept socialne upravičenosti odpovedi, po kateri je običajno redna odpoved socialno neupravičena in zato nezakonita. Vendar pa prvi člen vsebuje tri izjeme od tega pravila, v smislu, da je bila odpoved upravičena v času, ko je delavec prejel izjavo o odpovedi, in sicer:

- razlogi, ki se nanašajo na delavčevo osebo;

⁴⁵ Arbeitsverfassungsgesetz, člen 105/3(1). Drugi nezakoniti motivi so lahko pokriti z drugimi predpisi, ali so v nasprotju z moralo (*contra bonos mores*) in nični iz tega razloga.

⁴⁶ Arbeitsverfassungsgesetz, člen 105/3(2).

- razlogi, ki se nanašajo na delavčevo obnašanje;
- ekonomski razlogi (»nujni razlogi povezani z delovanjem podjetja«).

V osnovi je temeljni pogoj za uživanje varstva pred nepošteno odpovedjo v **angleški ureditvi** kontinuiteta zaposlitve v trajanju najmanj dve leti (Employment Rights Act 1996, člen 108/1). Izjema so avtomatično nepošteni razlogi, ki so vsebovani v Employment Rights Act 1996 ali v različnih drugih zakonih.⁴⁷ Tudi v primeru spremembe delodajalca (prenosa podjetja) se takšna kontinuiteta ohrani.⁴⁸

Po angleškem zakonskem pravu se poštenost (upravičenost) odpovedi presoja v dveh korakih, pri čemer se prvi korak osredotoča na vsebinske razloge, drugi korak pa bolj na postopkovne razloge. Pri tem je potrebno izpostaviti, da je uporaba testov oz. standardov poštene (upravičene) odpovedi relativno široka in spremenljiva, saj lahko tribunal, ko presoja zakonitost odpovedi, vzame v poštev tudi druge dejavnike, npr. velikost podjetja in administrativne kapacitete, kar pomeni, da je pri odločanju glede poštenosti odpovedi precejšen obseg proste presoje.⁴⁹

3. DOMNEVA OBSTOJA ZAPOSLOTITVE

3.1. Faktična zaposlitev

Zastavlja se vprašanje, ali lahko obstaja zaposlitev in s tem povezano varstvo tudi brez sklenjene veljavne pogodbe o zaposlitvi. 18. člen ZDR-1 določa, da »se v primeru spora o obstoju delovnega razmerja med delavcem in delodajalcem domneva, da delovno razmerje obstaja, če obstajajo elementi delovnega razmerja«. Takšna določba nakazuje, da v primeru spora o obstoju zaposlitve delavcu ni potrebno dokazovati, da je (bila) sklenjena pogodba o zaposlitvi, temveč mora (delavec) zgolj dokazati, da obstajajo elementi delovnega razmerja, kot so določeni v prvem odstavku 4. člena ZDR-1.

⁴⁷ Deakin, S.F., & Morris, S.M. (2012), str. 510–511, npr. *Enterprise and Regulatory Reform Act 2013*.

⁴⁸ *Oakland v Wellswood (Yorkshire) Ltd*.

⁴⁹ Deakin, S.F., & Morris, S.M. (2012), str. 504.

V tem primeru ZDR-1 priznava faktično delovno razmerje oz. zaposlitev, tj. zaposlitev, ki se dejansko izvršuje, ne glede na to, ali je bila glede tega sklenjena (veljavna) pogodba. Takšno razmerje se prizna tudi v primeru, če bi npr. delavec zavrnil sklenitev pisne pogodbe o zaposlitvi.⁵⁰ »*Za nastanek delovnega razmerja in pogodbe o zaposlitvi tudi ni bistveno, da tožena stranka ne soglaša s sklenitvijo pogodbe o zaposlitvi, saj vzpostavlja ZDR v 16. členu zakonsko domnevo o obstoju delovnega razmerja in s tem pogodbe o zaposlitvi, če so podani elementi delovnega razmerja, tudi v primeru spora o obstoju takšne pogodbe oziroma nesoglasja volj za sklenitev le-te.*«⁵¹ V takšnem primeru se zaposlitev priznava tudi v primeru neugotovljenega oz. zanikanega obstoja soglasja volj glede sklenitve pogodbe o zaposlitvi. Citirana sodba Vrhovnega sodišča RS sicer navaja, da se »domneva obstoj pogodbe o zaposlitvi, tudi v primeru spora o obstoju takšne pogodbe oziroma soglasja volj za sklenitev le-te«. Takšni zaključki so lahko vprašljivi, saj ni mogoče trditi, da se domneva sklenitev pogodbe, hkrati pa na drugi strani obstaja spor o obstoju pogodbe oziroma soglasju volj za sklenitev pogodbe.⁵²

Tudi v primeru dejanskega oziroma faktičnega delovnega razmerja (zaposlitve) je sodna praksa sprejela stališče, da v takšnem primeru zaposlitev velja, ne glede na neizpolnjevanje morebitnih internih pogojev delodajalca.⁵³ Pri presoji zaposlitve tako ni bistveno, ali je sklenjena pisna pogodba ali ne, bistveno je izpolnjevanje predpisanih elementov zaposlitve in zlasti, ali se je delavec prostovoljno vključil v organiziran delovni proces.⁵⁴ Delavcu v primeru spora glede obstoja delovnega razmerja namreč ni potrebno dokazovati obstoja zaposlitve (delovnega razmerja), temveč mora dokazati le obstoj t.i. domnevno baze – elemente delovnega razmerja.⁵⁵

⁵⁰ Primerjaj sodbo Višjega delovnega in socialnega sodišča, št. Pdp 375/2018 z dne 21.6.2018.

⁵¹ Sodba Vrhovnega sodišča RS, št. VIII Ips 152/2012 z dne 7.1.2013. Tudi sklep Vrhovnega sodišča RS, št. VIII Ips 339/2006 z dne 25.10.2007.

⁵² Takšna zakonska domneva obstoja pogodbe o zaposlitvi, ki je vezana samo na pogoj omogočanja dela, je določena tudi v petem odstavku 5. člena Zakona o preprečevanju dela in zaposlovanja na črno (Uradni list RS, št. 32/14, 47/15 – ZZSDT in 43/19), vendar je omejena z nadaljnjim pogojem »*če ne izpolnjuje pogojev za opravljanje dela, v skladu z zakonom, ki ureja delovna razmerja*«. Po našem mnenju se lahko takšna domneva izpodbije, če niso izpolnjeni elementi oz. predpostavke za sklenitev veljavne pogodbe o zaposlitvi.

⁵³ Sodba Višjega delovnega in socialnega sodišča, št. Pdp 648/2017 z dne 16.11.2017.

⁵⁴ Sodba Višjega delovnega in socialnega sodišča, št. Pdp 523/2017 z dne 14.2.2018.

⁵⁵ Sklep Vrhovnega sodišča RS, št. VIII Ips 35/2018 z dne 10.2.2009.

Delovnoppravna teorija⁵⁶ in sodna praksa priznavata obstoj zaposlitve in takšen obstoj vežeta na izpolnjevanje elementov zaposlitve ne glede na to, ali je bila v takšnem primeru sklenjena pogodba o zaposlitvi ali ne. V takšnem primeru je utemeljeno vprašanje, ali je bila prek faktičnega razmerja dejansko sklenjena tudi pogodba o zaposlitvi⁵⁷ in če faktična zaposlitev uživa varstvo zaposlitve, zlasti, če predpostavljamo, da pogodba o zaposlitvi (ki naj bi se odpovedala) sploh ni bila sklenjena.⁵⁸ V primeru dejanskega oz. faktičnega delovnega razmerja (zaposlitve) ni sporno, da za obstoj zaposlitve ni potrebno ugotavljati obstoja pogodbe o zaposlitvi med strankama. Vendar pa je naše mnenje, da bi za varstvo zaposlitve delavec moral izkazati ne samo faktično zaposlitev, temveč tudi sklenitev pogodbe o zaposlitvi. To pomeni, da bi delavec moral v takšnem primeru dokazati obstoj soglasja volj. Brez sklenjene pogodbe o zaposlitvi, namreč skladno s pogodbenim konceptom delovnih razmerij, prenehanje zaposlitve prek enostranske odpovedi pogodbe o zaposlitvi ne bi bilo mogoče.

Sodna praksa Vrhovnega sodišča RS⁵⁹ sicer takšno razpravo prekine, saj izpostavlja, da v primeru faktične zaposlitve ni potrebno ugotavljati obstoja pogodbe o zaposlitvi, saj se takšna pogodba o zaposlitvi domneva. Sodna praksa tako nakazuje, da je že nastop oz. opravljanje dela ob izpolnjevanju vseh ostalih elementov zaposlitve iz prvega odstavka 4. člena ZDR-1 dovolj za vzpostavitev zaposlitve po slovenski ureditvi in s tem povezanega varstva ter ni potrebno posebej dokazovati oz. utemeljevati še obstoja (soglasja volj in izpolnjevanja predpostavk) pogodbe o zaposlitvi.⁶⁰ Po našem mnenju faktična zaposlitev v primeru izpolnjevanja vseh elementov zaposlitve iz prvega odstavka 4. člena ZDR-1 sicer z veliko verjetnostjo izkazuje tudi obstoj sklenjene veljavne pogodbe o zaposlitvi (vendar pa ne nujno v vseh primerih). Za sklenitev veljavne pogodbe o zaposlitvi in s tem povezano varstvo zaposlitve, bi morale biti po naši oceni namreč podano soglasje volj (lahko tudi prek konkludentnega ravnanja) oz. bi morale biti izpolnjene vse predpostavke za veljavnost pogodbe, kot smo

⁵⁶ Kresal, B. v: Bečan, I. et al. (2016)., str. 123-132.

⁵⁷ Vodovnik, Z. (2013), str. 52 v tem primeru zastopa stališče, da v takšnem primeru obstoji pogodba o zaposlitvi.

⁵⁸ Stara sodna praksa je glede prenehanja faktičnega delovnega razmerja zavzela stališče, da lahko le-to preneha iz razlogov, kot so navedeni v zakonu. Sodba Višjega delovnega in socialnega sodišča, št. Pdp 1550/97 z dne 12.3.2000.

⁵⁹ Sodba Vrhovnega sodišča RS, št. VIII Ips 152/2012 z dne 7.1.2013.

⁶⁰ V tej smeri tudi sodba Višjega delovnega in socialnega sodišča, št. Pdp 641/2017 z dne 28.2.2018.

jih predstavili zgoraj (to npr. ni izpolnjeno v primeru, če npr. v primeru faktične zaposlitve delavec opravlja delo, za katerega ne izpolnjuje zakonskih pogojev). Glede na obstoj domneve o zaposlitvi, kot jo zastopa sodna praksa in ZPDZC-1, bi to pomenilo, da bi se dokazno breme v primeru dokazane faktične zaposlitve glede nesklentitve oz. neveljavnosti pogodbe o zaposlitvi preneslo na delodajalca.

V sklopu faktične zaposlitve je potrebno, da delavec dokaže obstoj domnevne baze - elementov delovnega razmerja iz 4. člena ZDR-1. Glede na takšno opredelitev zaposlitve bi moral delavec dokazati kumulativno vse predpisane elemente. Pri dokazovanju pa so lahko v pomoč tudi opredelitev zaposlitve v primerjalnem pravu, pa tudi v mednarodnih dokumentih (npr. Priporočilo MOD št. 198). Pri tem je potrebno izpostaviti, da faktična zaposlitev lahko nastopi le v primeru, ko so elementi zaposlitve izpolnjeni določeno minimalno časovno obdobje, pri čemer je trajanje obdobja odvisno tudi od jasnosti, nedvoumnosti oz. intenzivnosti dokazanih prisotnih izpolnjenih elementov zaposlitve. Če npr. neka oseba občasno opravi kakšno delo, ali zadolžitev (brez prejetega plačila), se po naši oceni takšno delo ne bi štelo kot zaposlitev, ampak kot prostovoljno brezplačno delo, ali pa delo proti plačilu po civilno-pravni pogodbi. Faktična zaposlitev (brez izkazane pogodbe o zaposlitvi) lahko po našem mnenju kadarkoli preneha. Časovni element je tako pomemben pri ugotavljanju faktične zaposlitve. Na drugi strani pa bi bilo potrebno za priznavanje faktične zaposlitve upoštevati tudi dobro oz. slabo vero posameznika, ki uveljavlja faktično zaposlitev in v primeru slabe vere zahteva za priznavanje faktične zaposlitve zavrniti.⁶¹

3.2. Zaposlitev v primeru neveljavne pogodbe o zaposlitvi

V prejšnji točki smo ugotovili, da veljavna zakonodaja in sodna praksa sprejemata nastanek faktične zaposlitve, brez ugotavljanja (ne)obstoja sklenitve veljavne pogodbe o zaposlitvi. Faktičen nastop dela in opravljanje dela z vsemi elementi zaposlitve iz prvega odstavka 4. člena ZDR-1 zadošča. V tej luči, in

⁶¹ Takšno je tudi stališče po nemški ureditvi. Po nemškem pravu v primeru izostanka pogodbe nastane dejanska zaposlitev. Takšna dejanska zaposlitev lahko preneha kadar koli na pobudo katere koli stranke. Vendar pa delavec ne uživa varstva, če je vedel za neveljavnost in je ravnal v slabi veri. Načela de facto zaposlitve se tudi ne uporabljajo, če bi bila takšna zaposlitev v nasprotju z javnim redom, ali bi predstavljala prisilo delodajalcu. V takšnem primeru ima delavec zgolj pravice iz naslova neupravičene obogatitve. Več o tem: Halbach, G., Paland, N., Schwedes, R. & Wlotzke, O. (1994), str. 51 in 70.

tudi upošteva, da ZDR-1 v primeru neveljavnosti (ničnosti ali izpodbojnosti) napotuje na smiselno uporabo sankcij po civilnem pravu v primeru ničnosti oz. izpodbojnosti pogodbe o zaposlitvi, se zastavlja vprašanje, kakšne posledice, če sploh kakšne, ima neveljavna pogodba o zaposlitvi, v primeru če delavec nastopi in začne izvrševati svoje obveznosti iz neveljavne pogodbe o zaposlitvi. Tudi če pravna podlaga oz. pogodba o zaposlitvi odpade, zaposlitev nastane oz. obstaja (kot je bilo predstavljeno v prejšnjem poglavju) tudi v primeru faktične oz. dejanske zaposlitve.

V primeru ugotovljene neveljavnosti (izpodbojnosti ali ničnosti) se namreč zaradi dejstva hkratnega obstoja faktične zaposlitve postavlja vprašanje, ali lahko ničnost/izpodbojnost sploh učinkuje za nazaj (*ex tunc*), ali pa ima posledice zgolj za naprej (*ex nunc*), tj. od trenutka, ko je sodišče ugotovilo neveljavnost pogodbe o zaposlitvi (oziroma od trenutka faktične prekinitve zaposlitve).⁶² Po našem mnenju lahko neveljavnost pogodbe učinkuje samo za naprej (*ex nunc*), če so v obdobju neveljavne pogodbe obstajali vsi elementi faktične oz. dejanske zaposlitve. Takšen zaključek dopušča tudi smiselna subsidiarna uporaba določb 87. člena OZ (v primeru ugotovljene ničnosti) oziroma 96. člena OZ (v primeru razveljavitve kot posledice izpodbojnosti), prek sklicevanja na posledice, ki jih določa drug zakon (v tem primeru ZDR-1). Ker je bila s strani delavca pogodba že izpolnjena, prav tako pa je bilo plačilo delodajalca (predpostavljamo) že opravljeno, se v takšnih primerih v primeru naknadno ugotovljene ničnosti oz. izpodbojnosti praviloma ne spreminja učinkov za nazaj. Obligacijskoppravna zakonodaja sicer omogoča, da bi se v sklopu nevtralizacije nične pogodbe, lahko uporabila tudi druga pravila (npr. drugi odstavek 87. člena OZ), vendar pa v primeru obstoja faktične zaposlitve takšna možnost po naši oceni smiselno ni uporabljiva.

V osnovi se tako delovnopravna zakonodaja glede neveljavnosti pogodbe sklicuje na smiselno uporabo pravil obligacijskega prava.⁶³ Vendar pa že ZDR-1 v sklopu posledic ugotovljene ničnosti oz. izpodbojnosti nakazuje na smiselno subsidiarno uporabo, kar pomeni, da se v sklopu presoje uporablja ničnost oz. izpodbojnost zgolj kot element ugotavljanja veljavnosti oz. obstoja pogodbe, ne pa tudi za druge namene, saj se lahko obstoj zaposlitve izkazuje tudi zgolj samo prek obstoja elementov zaposlitve in s tem faktične (dejanske) zaposlitve.

⁶² Enako npr. po belgijskem pravu. Primerja: Humblet, P. & Rigaux, M. (2010), str. 159.

⁶³ Z izjemo rokov za izpodbojnost, kjer so določeni krajši roki, 30-dnevni subjektivni in 1-letni objektivni rok (16. člen ZDR-1).

Pri razpravi o posledicah neveljavnosti pogodbe o zaposlitvi in s tem povezanim faktičnim delovnim razmerjem, se zastavlja še vprašanje, ali ugotovljena nezakonitost (neveljavnost) pogodbe o zaposlitvi vodi do prenehanja zaposlitve v celoti, tudi glede faktične zaposlitve. Z drugimi besedami, ali faktična zaposlitev v primeru neveljavne pogodbe velja zgolj za čas dejanske (faktične) zaposlitve, ali pa se prek faktične zaposlitve vzpostavi trajna zaposlitev, ki uživa tudi varstvo zaposlitve (pred enostransko odpovedjo delodajalca). Če se je faktična zaposlitev vzpostavila na temelju neveljavne pogodbe o zaposlitvi in pogodbeni stranki želita nadaljevati zaposlitev tudi vnaprej, potem je v takšnem primeru smiselno, da stranki pogoje zaposlitve spremenita oz. dopolnita na način, da skleneta novo pogodbo o zaposlitvi, ki ne bo »prizadeta« z ničnostjo oz. izpodbojnostjo. Drugo vprašanje je, ali se lahko faktična zaposlitev razbremeni ničnosti oz. izpodbojnosti pogodbe o zaposlitvi ter tako veže stranki in delavcu zagotavlja varstvo zaposlitve. V osnovi, če je takšna pogodba invalidna zaradi napak, zaradi katerih je pogodba nična ali izpodbojna, potem je po našem mnenju potrebno tudi faktično zaposlitev prekiniti oz. zaključiti. V vsakem primeru pa je potrebno glede na okoliščine primera ugotoviti, katera stranka je povzročila neveljavnost pogodbe in iz kakšnega razloga, in ali je nasprotna stranka, ki ni obremenjena z razlogi neveljavnosti, pripravljena sprejeti oz. nadaljevati zaposlitev pod spremenjenimi pogoji.

3.3. Dvojna ali večkratna zaposlitev

V vsakdanji praksi se pogosto zgodi, da je delavec veljavno zaposlen za polni delovni čas pri enem delodajalcu, nato pa hkrati opravlja delo za drugega delodajalca. Običajno se zaradi omejitev, ki jih predstavlja veljavna delovnoppravna zakonodaja, ki dopušča zgolj eno hkratno zaposlitev za polni delovni čas,⁶⁴ se druga zaposlitev ne more vzpostaviti, niti na pogodbeni, niti na dejanski podlagi. Takšno je tudi stališče sodne prakse, tj. »da *delovnega razmerja pri dveh delodajalcih hkrati delavcu ni mogoče priznati*.«⁶⁵ Tako se druga »zaposlitev«, ob predpostavki, da so tudi v tem drugem primeru izpolnjeni vsi elementi zaposlitve po prvem odstavku 4. člena ZDR-1, praviloma ne opravlja na podlagi sklenjene pogodbe o zaposlitvi, temveč se opravlja na drugi civilnoppravni podlagi, na podlagi

⁶⁴ Edina izjema k takšni ureditvi je t.i. petinska zaposlitev za 8 ur na teden oz. dopolnilno delo po 147. členu ZDR.

⁶⁵ Sodba Vrhovnega sodišča RS, št. VIII Ips 98/2012 z dne 5.2.2013.

pogodbe o delu, ali prek statusa samostojnega podjetnika oz. pogodbe o izvajanju storitev. V praksi takšen način opravljanja dela na delovnopravnem področju ni bil deležen posebne pozornosti, niti s strani delovnopravne teorije, niti sodne prakse, kar je razumljivo, saj v takšnih primerih niti delavec niti delodajalec nista zainteresirana odpirati navedenega vprašanja.

Vendar pa vprašanje takšne dvojne zaposlitve, kar je tudi pogosta praksa v primerjalnem pravu⁶⁶, odpirajo pristojni državni organi ob reševanju drugih vprašanj, zlasti plačevanja davkov in obveznih prispevkov za socialno varnost. Tako je Vrhovno sodišče RS pred kratkim v sklopu presoje opravljanja dela zdravnikov kot fizičnih oseb prek pogodbe o delu oz. kot samostojnih podjetnikov prek pogodbe o izvajanju storitev zaključilo, da se takšno (odvisno) delo, kjer so izpolnjeni vsi elementi zaposlitve, ne more opravljati prek statusa samostojnega podjetnika posameznika,⁶⁷ da pa se zaradi posebne izjeme, ki jo vsebuje področni zakon (Zakon o zdravstveni dejavnosti), takšne aktivnosti lahko opravljajo na podlagi pogodbe o delu.⁶⁸ V tem primeru je tako sodišče dejansko dopustilo izvajanje določenega dela izven okvira zaposlitve, ker zato obstaja ustrezna zakonska podlaga. Ne dopušča pa prenosa aktivnosti in opravljanja dela prek statusa samostojnega podjetnika.

V luči varstva pravic delavca je potrebno, da se obseg odvisnega dela omejuje in da se v tem okviru delavcu ne dopušča, da opravlja svoje delo izven razumnih obsegov (npr. vidika varnosti in zdravja pri delu). Ni pa razumljivo, da veljavna zakonodaja v določenih primerih dopušča večji časovni obseg opravljanja dela, pri tem pa na račun varstva zaposlitve ne dopušča, da se takšno delo opravlja v sklopu zaposlitve, temveč na podlagi pogodb civilnega prava ali v statusu samostojnega podjetnika posameznika.⁶⁹ Takšna zakonska rešitev je vprašljiva, saj na eni strani dopušča opravljanje dela v večjem časovnem obsegu, hkrati pa takšnim delavcem odvzema pravice, ki jih prinaša varstvo zaposlitve.

3.4. Sodno varstvo zaposlitve

⁶⁶ Bennett, D.D., & Hartman, L.P. (2008), str. 14–15.

⁶⁷ Sodba in sklep Vrhovnega sodišča RS, št. X Ips 360/2016 z dne 14.2.2018.

⁶⁸ Sodba in sklep Vrhovnega sodišča RS, št. X Ips 15/2017 z dne 7.3.2018.

⁶⁹ Tako sodna praksa dopušča, da posameznik opravlja delo po pogodbi o zaposlitvi in ima hkrati tudi status samostojnega novinarja. Iz: sodba Vrhovnega sodišča RS, št. VIII Ips 266/2009 z dne 5.9.2011.

V sklopu sodnega varstva zaposlitve je potrebno izpostaviti še zadnjo aktualno sodno prakso Vrhovnega sodišča RS,⁷⁰ iz katere je razvidno, da je Vrhovno sodišče spremenilo dosedanje prakso, po kateri je moral delavec v sklopu varstva zaposlitve postaviti tudi zahtevek za ugotovitev nezakonitosti (razveljavitev) odpovedi pogodbe o zaposlitvi. Po tem sklepu Vrhovnega sodišča RS je za (sodno) varstvo zaposlitve dovolj, da delavec postavi tožbeni zahtevek, ki meri na ugotovitev obstoja (nadaljevanja) zaposlitve. Takšna odločitev ni bila enotno sprejeta, kar kaže tudi odklonilno ločeno mnenje dveh sodnikov. Po našem mnenju je takšno stališče problematično tudi z vidika odpovedi kot oblikovalne pravice, ki je že učinkovala na obstoječo pogodbo o zaposlitvi.⁷¹ Ne glede na to pa lahko ta judikat kaže, da je šla sodna praksa v smeri, da je varstvo zaposlitve možno in dopustno tudi zgolj v primeru faktične zaposlitve, brez da bi se ugotavljal obstoj sklenjene veljavne pogodbe o zaposlitvi.

4. ZAKLJUČEK

V tem prispevku je bila obravnavana pogodba o zaposlitvi in njen pomen v luči varstva zaposlitve. Obravnavana analiza je potrdila uvodno stališče, da je varstvo zaposlitve (tj. varstvo pred enostransko odpovedjo pogodbe o zaposlitvi na pobudo delodajalca) vezano na sklenitev veljavne pogodbe o zaposlitvi. Če ni veljavne pogodbe o zaposlitvi, potem ni možno uveljaviti pravil in načel varstva zaposlitve. Glede sklenitve veljavne pogodbe o zaposlitvi smo izpostavili minimalne pogoje (soglasje glede opravljanja oz. zagotavljanja dela) in predpostavke za veljavnost pogodbe (kjer se smiselno subsidiarno uporabljajo pravila obligacijskega prava). Drugih pogojev (npr. velikost delodajalca, trajanja zaposlitve) slovenska zakonodaja ne predpisuje. Posebej smo izpostavili tudi pomen primarnosti pogodbe o zaposlitvi, ki ima svojo podlago tako v ZDR-1 (drugi odstavek 13. člena), kot tudi ob subsidiarni uporabi pravil civilnega prava.

V nadaljevanju smo izpostavili in obravnavali institut faktične (dejanske) zaposlitve. Po našem mnenju je za nastop faktične zaposlitve potrebno dobroverno jasno, nedvoumno in dovolj intenzivno izpolnjevanje vseh elementov zaposlitve po 4. členu ZDR-1, pri čemer lahko takšna faktična zaposlitev kadarkoli preneha. Za uporabo instrumentarija varstva zaposlitve je po našem mnenju potrebno, da se

⁷⁰ Sklep Vrhovnega sodišča RS, št. VIII Ips 163/2018 z dne 10.9.2019.

⁷¹ Kavšek, B. (2015), str. 33-61.

dokaže sklenitev veljavne pogodbe o zaposlitvi (zgolj izkazovanje domnevne baze ni dovolj). Sodna praksa je šla glede tega širše in varstvo zaposlitve (tj. varstvo pred enostransko odpovedjo na pobudo delodajalca) zagotavlja tudi faktični zaposlitvi, pri čemer se po sodni praksi obstoj pogodbe o zaposlitvi domneva ob obstoju faktične zaposlitve (kar po naši oceni ni nujno vedno pravilno). To je sedaj še posebej izrazito ob zadnji praksi Vrhovnega sodišča RS, po kateri se v primeru varstva zaposlitve, presoja zakonitosti odpovedi ne vključuje v tožbeni zahtevek oz. izrek sodbe. Po naši oceni bi bilo pravilno stališče, da bi se varstvo zaposlitve zagotavljalo zgolj ob ugotovitvi obstoja sklenjene veljavne pogodbe o zaposlitvi. Glede na obstoj domneve o zaposlitvi, kot jo zastopa sodna praksa in ZPDZC-1, bi to pomenilo, da bi se dokazno breme v primeru dokazane faktične zaposlitve glede neskenitve oz. neveljavnosti pogodbe o zaposlitvi preneslo na delodajalca.

VIRI IN LITERATURA

- Bečan, I. et al. (2016). *Zakon o delovnih razmerjih s komentarjem*, GV Založba, Ljubljana.
- Bennett, D.D., & Hartman, L.P. (2008). *Employment Law for Business*, 6. izdaja, McGraw-Hill/Irwin, 2008.
- Čigoj, S. (1998). *Teorija obligacij, Splošni del obligacijskega prava*, ponatis, ČZ Uradni list RS, Ljubljana.
- Deakin, S.F., & Morris, S.M. (2012). *Labour law*. Oxford; Portland: Hart Publishing.
- *Digest of the case law of the European Committee of Social Rights*, december 2018.
- Halbach, G., Paland, N., Schwedes, R. & Wlotzke, O. (1994). *Labour law in Germany : an overview*. Bonn: Federal Ministry of Labour and Social Affairs.
- Humblet, P. & Rigaux, M. (2010). *Belgian employment law*. Antwerp; Oxford; Portland: Intersentia.
- Kavšek, B. (2015). *Odpoved pogodbe o zaposlitvi kot oblikovalna pravica, Delavci in delodajalci*, št. 1/2015, str. 33-61.
- Kavšek, B. (2019). *Pravni vidiki varstva zaposlitve*, doktorska disertacija, Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta.
- Končar, P. (1993). *Mednarodno delovno pravo*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije.
- Končar, P. (2015). *Evropska socialna listina (spremenjena): Kako jo uresničujemo v Sloveniji?*, *Delavci in delodajalci*, št. 2-3/2015, str. 171-186.
- Kirchner, J. et. al. (2010). *Key Aspects of German Employment and Labour Law*, Springer, London, New York, 2010.
- Kresal, B. (2006) v: *Konvencije Mednarodne organizacije dela s komentarjem*, GV Založba, Ljubljana.
- Plavšak, N., Juhart, M., Vrenčur, R. (2009). *Obligacijsko pravo, splošni del*, GV Založba, Ljubljana.
- Risak, M.E. (2010). *Labour Law in Austria*. Kluwer Law International.
- Risak, M. E., Končar, P. (2013). *Regulating the employment relationship in Europe: a guide to Recommendation No. 198*. Geneva: ILO.
- Tičar, L. (2012). *Nove oblike dela*, Ljubljana, Pravna fakulteta, (LSM. Zbirka Manet).
- Vodovnik, Z. (2013). *Normativni temelji delovnih in socialnih razmerij*, 1. del, *Normativni temelji delovnih razmerij*, GV Založba, Ljubljana.
- Weiss, M. & Schmidt, M. (2008). *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, 4. izdaja, Kluwer Law International, Alpeen aan den Rijn, 2008.

The Existence of Employment Contract in the Light of Job Protection

Boštjan Kavšek*

Summary

Job protection focuses on limiting the admissibility of unilateral dismissal (of the employment contract) at the initiative of the employer. In the view of the contractual concept of employment under ZDR-1, in the context of this paper, we tested the thesis whether the job protection is possible only with the (preliminary) finding of a (valid) employment contract that has been concluded between the parties (the employer and the employee). In this direction, we analysed the legislation and the case law and determined whether additional conditions are determined for the job protection and/or whether the job protection is (also) ensured without at the same time establishing the existence of a (concluded valid) employment contract.

Article 13/1 of ZDR-1 provides that by the employment contract the employment relationship is concluded. In the first part we therefore analysed the elements and prerequisites for the conclusion of a valid employment contract, given the clear legal provision implicates that the job protection is dependent on the conclusion of a valid employment contract. Concerning the valid conclusion of an employment contract, we found that, subject to the *mutatis mutandis* subsidiary application of the rules of the law of obligations, the consent of wills to perform and/or to enable performance of work is required for a conclusion of employment contract. There is no need for such consent regarding the amount and type of payment. Other elements of employment contract under Article 31 of ZDR-1 are not essential for the conclusion of an employment contract. In addition to the consent of the wills, other prerequisites for the validity of the contract must be fulfilled (such as the capacity, the will must be error free, the subject must be possible and admissible, and the form). As regards the form, it is prescribed “ad probationem” and the employment contract may be concluded in writing or verbally, or by a conclusive act.

* Boštjan Kavšek, PhD, Attorney-at-law in Ljubljana.
bostjan.kavsek@kavsek.si

There may be dissent between the parties about the legal nature of the contract (if one party considers the work to be for pay and the other for no pay). Otherwise, due to the primacy of the employment contract, the employment contract is considered to be concluded if the elements of the employment under Article 4 of ZDR-1 are fulfilled, even if the parties wanted to conclude another type (eg civil law) contract or the parties have not agreed on the legal nature of the contract (eg construction contract or employment contract). In our view, the commencement of work is not a condition for a conclusion of employment contract. However, for reasons of clarity, it is advisable for the employer and/or the employee for reasons of clarity to protect their position (eg employer with extraordinary dismissal, and the employee with the initiation of judicial protection). Both international sources and comparative legal regulation condition the job protection to the fulfilment of other conditions (eg minimum length of employment, size of employer); however, the Slovenian regulation does not prescribe such additional conditions.

In the last section, we discussed the institute of factual (actual) employment and found that the case law ties the assumption of an employment contract existence to the existence of employment under Article 4 of ZDR-1. In the case of factual employment, it is likely that the employment contract was concluded, though not necessarily (especially in the case of invalidity of the contract). We emphasized the lack of job protection in the case of dual employment and the current case law, according to which it is sufficient for (judicial) job protection for the employer to file a claim on the existence of (continued) employment (without the need to file a claim on establishment of illegality and/or annulment of illegal termination). In our view, the correct view should be that employment would only be guaranteed if a conclusion of a valid employment contract has been established. According to the assumption of employment contract, this would mean that in case of proven factual employment (under Article 4 of ZDR-1), the burden of proof on the non-conclusion and invalidity of the employment contract has been shifted on the employer.