

UREDITEV ZAGOTAVLJANJA ZAČASNEGA DELA IN VPLIV DIREKTIVE 2008/104/ES

Polonca Končar*

UDK: 331.5:349.2:061.1EU

Povzetek: V Sloveniji je bilo delo preko agencij za zagotavljanje začasnega dela vključeno v domač delovnopravni sistem nekaj let pred sprejemom Direktive 2008/104/ES. Namen tega prispevka je prikazati namen in najpomembnejša vprašanja glede vsebine direktive, da bi ocenili, kako bo direktiva vplivala na prihodnjo ureditev te oblike organizacije dela v ZDR.

Gljučne besede: reforma trga dela, delavec, zaposlen pri agenciji za zagotavljanje začasnega dela, napotitev v podjetje uporabnika, načelo enakega obravnavanja, zakon o delovnih razmerjih

REGULATION OF TEMPORARY WORK AND THE IMPACT OF THE DIRECTIVE 2008/104/EC

Abstract: In Slovenia, temporary agency work was integrated into national labour law system a few years before the Directive 2008/104/EC had been adopted. The aim of this paper is to discuss the purpose of the Directive and the basic features related to its content in order to assess the impact of the Directive on the ERA (Employment Relationships Act) and the future regulation of this form of the organisation of work.

Key words: labour market reform, temporary agency worker, assignment to a user undertaking, principle of equal treatment, Employment Relationships Act

* Polonca Končar, doktorica pravnih znanosti, profesorica na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani. polonca.koncar@pf.uni-lj.si

Polonca Končar, PhD, Professor at the Faculty of Law, University of Ljubljana, Slovenia.

1. UVOD

Reforma trga dela je zahteva, ki je sestavni del načrtovanih strukturnih sprememb v celotni EU. Posredovanje zaposlitve in posredovanje dela je dandanes mogoče opravljati kot javno službo in brezplačno¹, lahko pa tudi odplačno preko zasebno-pravnih subjektov. Med slednjimi pridobivajo na pomenu agencije za zagotavljanje začasnega dela². V delovni zakonodaji in v zakonodaji s področja urejanja trga dela uporabljamo izraza »delodajalci, ki opravljajo dejavnost zagotavljanja dela delavcev drugemu uporabniku« oziroma »delodajalci, ki zagotavljajo delo delavcev drugemu uporabniku«.³ Širjenje možnosti za zasebne delodajalce, da se lahko ukvarjajo z dejavnostjo posredovanja zaposlitve in dela, lahko nedvomno neposredno vpliva na večjo fleksibilnost na trgu dela. Posredno pa dejavnost agencij za zagotavljanje začasnega dela vpliva na situacijo na trgu dela, saj delo prek teh agencij pomeni novo obliko dela, ki kot taka lahko prispeva k zaposlovanju, prispevala pa naj bi tudi k ustvarjanju novih delovnih mest. Ker gre za obliko dela, pri kateri se pojavlja poseben delovno pravni položaj delavcev, je lahko posebej občutljiva z vidika delavcev, zaposlenih pri agenciji za zagotavljanje začasnega dela in potrebe po njihovem varstvu. Na drugi strani ta oblika dela omogoča večjo fleksibilnost na strani delodajalcev-uporabnikov. V tem smislu je v skladu z uveljavljeno doktrino o gibčni varnosti, kakorkoli jo že razlagamo.

V Republiki Sloveniji je »posredovanje in zagotavljanje delovne sile« kot novost predvidela novela zakona o zaposlovanju in zavarovanju za primer brezposelnosti leta 1998⁴ (ZZZPB-D). Posebnosti položaja delavcev, katerih delo delodajalec posreduje uporabniku, je uredil ZDR iz leta 2002 v določbah o pogodbi o zaposlitvi med delavcem in delodajalcem, ki opravlja dejavnost zagotavljanja dela delavcev drugemu uporabniku. Pravna podlaga za delo preko agencij za zagotavljanje začasnega dela v naši državi torej obstaja, čeprav ta oblika dela pomeni relativno novost.

¹ Glej Konvencijo MOD št. 88 o organizaciji službe za zaposlovanje, 1948, Ur. l. FLRJ-MP, št.8/58.

² Glej Konvencijo MOD št. 181 o zasebnih agencijah za zaposlovanje, 1999 in istoimensko Priporočilo št. 188. RS konvencije ni ratificirala, so jo pa ratificirale nekatere druge države članice EU kot npr. Španija, Finska, Italija, Nizozemska.

³ V prispevku bom uporabljala izraz »agencije za zagotavljanje začasnega dela«, ki je uporabljen v pravu EU.

⁴ ZZZPB-D, Ur.l. RS, št. 69/1998.

19. novembra 2008 je bila sprejeta Direktiva 2008/104/ES Evropskega parlamenta in Sveta o delu preko agencij za zagotavljanje začasnega dela, s katero so morale države članice uskladiti svoje pravo do 5. decembra 2011. Zato sta aktualna ne le obravnava veljavne pravne ureditve in njenega uresničevanja v praksi, temveč predvsem tudi preverjanje, ali so zaradi uskladitve z Direktivo potrebne spremembe domačega prava. Zakon o urejanju trga dela⁵, ki je nadomestil ZZZPB, je v posebnem poglavju o zagotavljanju dela delavcev drugemu uporabniku delno že usklajen z Direktivo. Utemeljeno je vprašanje, ali bo, in če bo, v kakšnem smislu, potrebno zaradi uskladitve z Direktivo spremeniti in dopolniti ureditev položaja delavcev pri agencijah za zagotavljanje začasnega dela v ZDR.

V nadaljevanju se bom zato omejila predvsem na obravnavo vsebine Direktive 2008/104/ES in nekaterih vprašanj v zvezi z njeno interpretacijo, ki so pomembna za oceno, ali je treba našo zakonodajo spremeniti, da bi jo uskladili z direktivo oziroma za oceno, ali bi bila vključitev nekaterih znanih predlogov v nov ZDR⁶ v skladu z direktivo.

2. O DIREKTIVI 2008/104/ES EVROPSKEGA PARLAMENTA IN SVETA O DELU PREK AGENCIJ ZA ZAGOTAVLJANJE ZAČASNEGA DELA⁷

2.1. Dolgotrajen postopek sprejemanja in temeljni cilji direktive

Direktiva 2008/104/ES je bila sprejeta po skoraj treh desetletjih poskusov, da bi na ravni ES uredili položaj delavcev, ki opravljajo začasno delo. Na potrebo po varstvu začasnega dela so prvič opozorili v Resoluciji Sveta z dne 21.1.1974 o programu socialne akcije.⁸ Komisija je besedilo ustrezne direktive predlagala leta 1982.⁹ Predlog je bil leta 1984 spremenjen in dopolnjen, vendar pa ga niso sprejeli. V začetku 90. let so razprave o ureditvi varstva začasnega dela

⁵ ZUTD, Ur.l. RS, št. 80/2010.

⁶ V zvezi z novim ZDR upoštevam predloge, ki jih vsebuje delovno besedilo novega ZDR, ki ga je januarja 2012 Vlada premiera Pahorja posredovala ESS in ki v veliki meri odraža ideje in predloge, ki so se v zvezi z ureditvijo in izvajanjem obravnavane oblike dela izoblikovali v dosedANJI praksi.

⁷ UL L 327 , 5.12.2008.

⁸ OJ C 13/1, 1974.

⁹ Historijati direktive je opisan v pojasnjevalnem memorandumu k predlogu Direktive Evropskega parlamenta in Sveta o delovnih pogojih začasne delavce, COM/2002//0149 final-COD 2002/0072.

ponovno oživele. Povezovali so jih s predlogi direktiv o delu s krajšim delovnim časom in o delu za določen čas. Predlog direktive o začasnem delu je doživel močno nasprotovanje. Prizadevanja Komisije pa so se končala s sprejemom samo Direktive 91/383/EGS, s katero se dopolnjujejo ukrepi za spodbujanje izboljšav glede varnosti in zdravja pri delu za delavce z delovnim razmerjem za določen čas ali z začasnim delovnim razmerjem. Komisija se je odločila, da bo uporabila postopek, predviden v 3. členu Sporazuma socialni politiki kot dodatka k Protokolu št. 14 o socialni politiki, ki je bil sprejet k Maastrichtski pogodbi. Septembra 1995 so posvetovanja o tako imenovanih nestandardnih pogodbenih modelih lahko prevzeli socialni partnerji. Rezultat sta bili dve sprejeti direktivi in sicer Direktiva Sveta 97/81/ES o okvirnem sporazumu o delu s krajšim delovnim časom, sklenjenim med UNICE, CEEP in ETUC, ter Direktiva Sveta 1999/70/ES o okvirnem sporazumu o delu za določen čas, sklenjenim med ETUC, UNICE in CEEP. Sporazuma o začasnem delu niso sprejeli. Maja 2000 so socialni partnerji začeli pogajanja o začasnem delu, vendar so morali leta 2001 priznati, da ne morejo doseči sporazuma. Poleg političnih razlogov je usklajevanje interesov oviralo dejstvo, da so v ureditvi in praksi glede začasnega dela v državah članicah obstajale velike razlike. Direktiva je bila sprejeta šele leta 2008, potem ko sta najprej dosegla soglasje TUC in CBI in s tem britanski vladi omogočila, da je dala soglasje na besedilo Direktive.

V EU obstajajo sedaj tri direktive, ki v celoti ali vsaj delno urejajo varstvo delavcev, ki so zaposleni pri agencijah za zagotavljanje začasnega dela: Direktiva 2008/104/ES, Direktiva 91/383/EGS in Direktiva 96/71/ES Evropskega Parlamenta in Sveta o napotitvi delavcev na delo v okviru opravljanja storitev.¹⁰

Direktiva je po eni strani namenjena uresničevanju ciljev socialne narave, po drugi strani pa uresničevanju ciljev politike zaposlovanja kot so bili opredeljeni z Lizbonsko strategijo. Direktiva opredeljuje splošen okvir, ki velja za delovne

¹⁰ Glede razmerja med Direktivo 2008/104/ES in Direktivo 96/71/EGS nekateri štejejo, da Direktiva 2008/104/ES vpliva na omejujoče določbe Direktive 96/71/EGS v tem smislu, da naj bi omogočala razširitev ureditve oziroma bolj ugodno ureditev od tiste, ki velja za napotene delavce. Pri tem se opirajo na uvodno izjavo št.20 predloga Direktive 2008/104/ES iz leta 2002 (COM(2002)701 final), ki se je glasila: *An improvement in the minimum protection for temporary workers occasioned by this Directive will enable any restrictions or prohibitions which may have been imposed on temporary work to be reviewed and, if necessary, lifted if they are no longer justified on grounds of the general interest regarding, in particular, the protection of workers.*

Glej: Stein Evju, Tonia Novitz, The evolving regulation: dynamics and consequences, FORMULA, Working paper, No. 33(2012), University of Oslo, str. 65.

pogoje začasnih delavcev v EU. Njen namen je zagotoviti minimalno raven učinkovitega varstva delavcev, ki opravljajo začasno delo, in izboljšanje kvalitete dela preko agencij za zagotavljanje začasnega dela (v nadaljevanju tudi: agencij) tako, da zagotavlja načelo enakega obravnavanja teh delavcev z delavci, ki so zaposleni pri podjetjih uporabnikih (v nadaljevanju tudi: uporabnikih).¹¹ Hkrati naj bi Direktiva prispevala k razvoju sektorja začasnega dela kot ene izmed prožnih oblik dela, med katerimi lahko izbirajo delodajalci in delavci. Tlakovala naj bi pot odpravljanju omejitev ali prepovedi uporabe začasnega dela v državah članicah. In ne nazadnje, z Direktivo so želeli agencijam za zagotavljanje začasnega dela kot delodajalcem priznati pomembno vlogo, ki jo lahko imajo pri ustvarjanju delovnih mest in razvoju fleksibilnih oblik dela.

2.2. Oris vsebine

Direktiva v okviru Splošnih določb določa:

- za katere delavce in delodajalce ter uporabnike velja pa tudi primere, ko države članice lahko izvzamejo pogodbe o zaposlitvi iz uporabe direktive (1. člen),
- namen direktive (2. člen),
- opredelitve pojmov: delavec, agencija za zagotavljanje začasnega dela, delavec, zaposlen pri agenciji za zagotavljanje začasnega dela, podjetje uporabnik, napotitev, osnovni delovni pogoji in pogoji zaposlitve (trajanje delovnega časa, nadurnega dela, odmorov, počitkov, nočnega dela, dopustov, praznikov in plačila) (3. člen),
- razloge, zaradi katerih se delo preko agencij za zagotavljanje začasnega dela lahko prepove ali omeji, in dolžnost preverjanja, ali so prepovedi ali omejitve še upravičene, dopustnost določanja prepovedi ali omejitev s kolektivnimi pogodbami (4. člen).

V poglavju o Pogojih zaposlitve in delovnih pogojih direktiva:

- ureja načelo enakega obravnavanja v zvezi z osnovnimi delovnimi pogoji in pogoji zaposlitve ter možnost določitve izjem od tega načela ter zahteva, da so

¹¹ Nekateri opozarjajo, da v primeru tako imenovanih fleksibilnih oblik dela, načelo enakega obravnavanja ne temelji na osebnih okoliščinah kot so spol, rasa, starost, vera ipd., temveč na pogodbi o zaposlitvi in njeni obliki in vsebini.

Glej: Mia Rönnmar, The Regulation of Temporary Agency Work in Sweden and the Impact of the (2008/104/EC) Directive, *European Labour Law Journal*, Vol. 1, No. 3/2010, str. 424.

veljavni predpisi v podjetju uporabniku glede zaščite nosečih žensk in doječih mater ter glede enakega obravnavanja moških in žensk ter ukrepov v boju zoper diskriminacijo na podlagi spola, rase ali narodnosti, vere, prepričanja, invalidnosti, starosti ali spolne usmerjenosti usklajeni z drugimi predpisi ali kolektivnimi pogodbami (5. člen),

- predvideva načine in ukrepe, ki so namenjeni izboljšanju dostopa delavcev, zaposlenih pri agencijah za zagotavljanje začasnega dela do prostih delovnih mest v podjetjih uporabnikih, vključno z določitvijo pravice delavcev do obveščenosti o prostih delovnih mestih, s prepovedjo zaračunavanja provizije s strani agencij v primeru zaposlitve pri uporabniku ter z vzpostavitvijo socialnega dialoga, da bi se izboljšal dostop začasnih delavcev do usposabljanja in otroškega varstva v agencijah v času med napotitvami kot tudi dostop do usposabljanja, ki je predvideno za delavce uporabnikov (6. člen),
- vsebuje določbe o zastopanju delavcev, zaposlenih pri agencijah za zagotavljanje začasnega dela (7. člen),
- zahteva, da mora uporabnik priskrbeti ustrezne informacije o uporabi delavcev, zaposlenih pri agenciji za zagotavljanje začasnega dela, kadar obvešča predstavniške organe delavcev v podjetju glede zaposlitvene situacije (8. člen).

V Končnih določbah iz tretjega poglavja direktive je poudarjeno, da pomenijo določbe direktive minimalno varstvo in lahko države članice vedno sprejemajo za delavce ugodnejše predpise, socialni partnerji pa ugodnejše kolektivne pogodbe (9. člen). Od držav članic zahtevajo določitev ustreznih upravnih ali sodnih postopkov za primere kršitev obveznosti iz direktive ter vzpostavitev sistema učinkovitih, sorazmernih in odvračilnih kazni (10. člen).

Direktiva v 10. uvodni izjavi poudarja, da znotraj Evropske unije obstajajo precejšnje razlike glede uporabe dela prek agencij za zagotavljanje začasnega dela¹² in glede pravnega položaja, statusa in delovnih pogojev delavcev, zaposlenih pri agencijah za zagotavljanje začasnega dela. Razlike obstajajo tudi glede tega ali je ta oblika organizacije dela urejena z državnimi predpisi ali kolektivnimi pogodbami. Omenjene razlike pa so v precejšnji meri razlog za to, da se pri izvajanju direktive pojavljajo težave in različna odprta vprašanja, povezana z interpretacijo najpomembnejših substančnih določb direktive.¹³ Avgusta 2011 je posebna

¹² V preteklosti je velika večina vseh začasnih delavcev v EU delala le v štirih državah članicah: na Nizozemskem, v Franciji, Nemčiji in Združenem kraljestvu. Glej delo v op. 9.

¹³ V poročilu je pozornost dana 1. členu (Veljavnost), 3. členu (Definicije), 4. členu (Pregled omejitev ali prepovedi), 5. členu (Načelo enakega obravnavanja), 6. členu (dostop do zaposlitve, bonitet in

skupina strokovnjakov, v kateri so vladni predstavniki vseh držav članic in držav EEA, izdelala poročilo, v katerem je objavila stališča o tem, kako direktivo interpretirati. Bila naj bi v pomoč državam članicam pri njihovem izvajanju direktive.¹⁴ V nadaljevanju želim opozoriti na nekatera najpomembnejša vprašanja, na katera je treba biti pri uporabi direktive posebej pozoren.

2.3. Odprta vprašanja, ki se pojavljajo pri interpretaciji Direktive

2.3.1. Veljavnost direktive

Direktiva določa, da se uporablja za delavce, ki imajo z agencijo za zagotavljanje začasnega dela sklenjeno pogodbo o zaposlitvi ali delovno razmerje¹⁵ in so napoteni v *podjetja uporabnike*, kjer začasno delajo pod njihovim nadzorom in v skladu z njihovimi navodili (prvi odstavek 1. člena). Na drugi strani se direktiva uporablja za javna in zasebna podjetja, ki so agencije za zagotavljanje začasnega dela ali¹⁶ *podjetja uporabniki*, ki opravljajo gospodarsko dejavnost, ne glede na to, ali jo opravljajo na pridobiten ali nepridobiten način (drugi odstavek 1. člena).

Direktiva ne vsebuje določb o *krajevni veljavnosti*. Ta naj bi se ugotavljala v luči določb PDEU. V načelu naj direktiva ne bi veljala za delavce, zaposlene pri agenciji, ki je ustanovljena v EU, ki so napoteni k uporabniku izven EU. Vendarle je treba upoštevati sodno prakso SEU,¹⁷ po kateri dejstvo, da se aktivnosti opravljajo izven EU, samo po sebi še ni razlog za to, da pravo EU ne bi veljalo, če obstaja zadosti trdna vez med delovnim razmerjem in pravom EU. V primeru pa, ko agencija, ustanovljena v tretji državi, napoti delavce k uporabniku, ki ima sedež v EU, obstaja stališče, da se direktiva za te delavce uporablja.

poklicnega usposabljanja), 7. člena (Zastopanje delavcev, zaposlenih pri agencijah za zagotavljanje začasnega dela) in 8. člena (Obveščanje delavskih predstavnikov).

¹⁴ European Commission, Employment, Social Affairs & Inclusion - Unit B2 - Labour Law, Report - Expert Group - Transposition of Directive 2008/104/Ec on temporary agency work - August 2011.

¹⁵ Besedna zveza »pogodba o zaposlitvi ali delovno razmerje« je uporabljena v različnih direktivah. Zato je primerno pojasniti, da se z omembo delovnega razmerja želi poudariti, da gre za situacijo, ko obstajajo različni elementi delovnega razmerja, vendar pa formalno pogodba o zaposlitvi ni bila sklenjena.

¹⁶ Morda bi bilo besedilo drugega odstavka 1. člena direktive jasnejše, če bi bila namesto besede »ali« uporabljena beseda »in«, saj direktiva dejansko velja za agencijo in za uporabnika.

¹⁷ Zadeve C-214/94, Boukhalfa, 36/74 Walrave-Koch, 9/88, Lopes de Veiga, C-60/93, Aldewereld.

Glede tega, za katere delavce direktiva velja, se v nekaterih državah članicah lahko pojavi dilema glede njene veljavnosti za *pomorščake*. Izrecno niso izvzeti iz uporabe direktive, je pa vendarle treba upoštevati, da je treba v zvezi z vprašanjem, katero pravo velja za njihove pogodbe o zaposlitvi, upoštevati v Uredbi št. 593/2008 določene kriterije. To pa pomeni, da je treba v konkretnih primerih, upošteva ustrezne kriterije, ugotavljati, ali direktiva za pomorščake velja ali ne.

Ko gre za vprašanje uporabe direktive za agencije in uporabnike, je jasno, da iz uporabe direktive ni izključena nobena *gospodarsko dejavnost*.¹⁸ Se pa vendarle utegne pojaviti vprašanje glede veljavnosti direktive za uporabnike, ki ne opravljajo gospodarske dejavnosti. Važno je, da direktiva ne velja za uporabnika, ki se ne ukvarja z gospodarsko dejavnostjo, razen če neka država želi, da se direktiva uporablja na prostovoljni osnovi. Drugi odstavek 1. člena nima nobenega vpliva na nacionalno zakonodajo, ki prepoveduje zagotavljanje začasnega dela javnemu sektorju. Za tako prepoved velja 4. člen direktive, ki predvideva tudi preverjanje upravičenosti določenih omejitev ali prepovedi.

Direktiva je namenjena spodbujanju ukrepov, katerih cilj je izboljšati zaposljivost določenih kategorij oseb, ki imajo težave pri vključevanju ali ponovnem vključevanju na trg dela. Države članice naj bi spodbujale agencije za zagotavljanje začasnega dela, da sodelujejo v javnih ali javno podprtih akcijah, katerih namen je olajšati zaposlitev in poklicno integracijo mladih in starejših delavcev ter brezposelnih oseb. Tretji odstavek 1. člena velja tudi za *dobrodelne ustanove*, ki delujejo kot agencije, da zagotavljajo začasno delo invalidom ali nekdanjim zapornikom in jim tako pomagajo, da se postopno prilagodijo normalnim delovnim pogojem. Dobrodelne ustanove ne delujejo pridobitno in so pogosto financirane s strani verskih skupnosti, sindikatov, delodajalskih organizacij ali humanitarnih nevladnih organizacij. Direktiva v omenjenem tretjem odstavku 1. člena sicer dopušča, da lahko države članice iz uporabe direktive izvzamejo pogodbe o zaposlitvi ali delovna razmerja, sklenjena na podlagi javnega ali javno podprtega programa poklicnega usposabljanja, integracije ali ponovnega usposabljanja, vendar velja opozoriti na stališče, da je treba možnost izvetij uporabljati zelo restriktivno. Države članice so

¹⁸ V skladu s pravom EU so vse storitve, opravljene proti plačilu, uvrščene med gospodarske dejavnosti. Po sodni praksi ni pogoj, da storitev plača tisti, za katerega je bila opravljena, pogoj je le, da se za konkretno storitev opravi protiplačilo.

Commission Staff Working Document »Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest, SEC(2010) 1545 final, 7.12.2010.

ob prenašanju direktive v domače pravo tudi dolžne jasno izjaviti, ali nameravajo možnost uporabe izzetja uporabiti. Derogacija je po direktivi dopustna samo po predhodnem posvetovanju s socialnimi partnerji.

2.3.2. Opredelitve pojmov

Direktiva vsebuje opredelitve naslednjih pojmov: delavec, agencija za zagotavljanje začasnega dela, delavec zaposlen pri agenciji za zagotavljanje začasnega dela, podjetje uporabnik, napotitev in osnovni delovni pogoji in pogoji zaposlitve (prvi odstavek 3. člena).

Kot je določeno tudi v mnogih drugih direktivah, velja tudi po tej direktivi, da je »delavec« vsakdo, ki šteje za delavca po nacionalnem delovnem pravu. Direktiva ne posega v nacionalno zakonodajo glede opredelitve delavca (drugi odstavek 3. člena). Ne velja pa za osebe, ki so vključene v javne programe ali javno podprte programe usposabljanja, integracije ali preusposabljanja (tretji odstavek 1. člena).

Opredelitev pojma »agencija za zagotavljanje začasnega dela« je relativno široka, saj se po splošni razlagi nanaša na javne in zasebne agencije, vključno s tistimi, ki opravljajo dejavnost nepridobitno. Glede na to, da pomeni tudi vsako fizično osebo, vidimo, da lahko opravlja dejavnost zagotavljanj začasnega dela vsako ne glede na pravno obliko in velikost.

Za »delavca, zaposlenega pri agenciji za zagotavljanje začasnega dela« je bistvena sklenjena pogodba o zaposlitvi ali delovno razmerje zato, da bo napoten v podjetje uporabnika, kjer bo opravljal začasno delo. Razlog sklenitve pogodbe o zaposlitvi je, da bo agencija delavca lahko napotila na začasno delo k uporabniku. Zato direktiva ne velja za podjetja, ki se ukvarjajo s posredovanjem delavcev tistim delodajalcem, ki so te delavce pripravljeni sami zaposliti. Direktiva ne posega v nacionalno zakonodajo glede opredelitve pogodbe o zaposlitvi (drugi odstavek 3. člena). Delavec lahko sklene pogodbo o zaposlitvi za nedoločen ali določen čas. Pri tem je treba poudariti, da direktiva v 15. uvodni izjavi nakazuje, za nekatere¹⁹ vsaj na deklarativni ravni, da so pogodbe o zaposlitvi za nedoločen

¹⁹ N. Countouris, R. Horton, The Temporary Agency Work Directive: Another Broken Promise?, *Industrial Law Journal*, Vol. 38, No. 3/2009, str. 338.

čas običajna oblika delovnega razmerja in bi bilo treba posebej predvideti izjeme od pravil, ki bodo veljale v podjetju uporabniku.

Direktiva ne velja v primerih, ko neka družba zaprosi drugega delodajalca, da z njegovimi delavci opravi neko delo za družbo v njenih prostorih. Dejavnost agencij za zagotavljanje začasnega dela je treba razlikovati od dela na podlagi podpogodb.

Po direktivi je »podjetje uporabnik« vsaka fizična ali pravna oseba, za katero začasno dela delavec, zaposlen pri agenciji. Direktiva v svoji opredelitvi ne govori o minimalni velikosti ali posebni pravni obliki podjetja uporabnika. Zato so znane razlage, po katerih lahko agencija zagotavlja delo svojih delavcev tudi samozaaposlenim osebam. Na to, da je treba pojem podjetja uporabnika uporabljati v širokem pomenu besede, kaže stališče, da direktiva velja za vsa podjetja uporabnike, vključno z javnimi institucijami, ki opravljajo pridobitno ali nepridobitno gospodarske dejavnosti.

Po direktivi pomeni »napotitev« čas, za katerega je delavec dodeljen delodajalcu uporabniku. V zvezi s tem je, kot kaže praksa v drugih državah članicah EU, odprto vprašanje trajanja napotitve delavca k uporabniku. Treba je razlikovati med časom, za katerega delavec z agencijo sklene pogodbo o zaposlitvi in časom, za katerega je lahko dodeljen uporabniku. Delavci z agencijo sicer lahko sklepajo pogodbe o zaposlitvi za nedoločen ali določen čas, vendar pa mora njihova dodelitev k uporabniku ohraniti začasno naravo. Namen dejavnosti zagotavljanja začasnega dela ni nadomeščanje redne delovne sile z delavci, zaposlenimi pri agenciji za zagotavljanje začasnega dela. Direktiva uporablja izraz začasno delo, vendar ga časovno ne opredeljuje, kar očitno vodi v različno prakso v državah članicah EU. Zato nekateri menijo, da je treba začasno naravo napotitve natančneje časovno opredeliti. Pri tem se sklicujejo na prakso Sodišča EU.²⁰ Da delavec, zaposlen pri agenciji, ne more biti dodeljen uporabniku za časovno neomejen čas pa npr. izhaja tudi iz tretjega odstavka 6. člena direktive, ki vsebuje prepoved zaračunavanja provizije s strani agencije v zameno za to, da je delavec z uporabnikom po »opravljeni napotitvi« sklenil pogodbo o zaposlitvi ali delovno razmerje. Določba nakazuje začasnost napotitve.²¹

²⁰ Glej npr. zadevo Jouini, CJEU 13.9.2007, C-485/05, tč. 35 in 37.

²¹ O tem tudi: Monika Schlachter, Equal Treatment for Transnational Temporary Agency Workers? FORMULA, Working Paper No. 32(2012), University of Oslo, str. 1-2.

Z vidika uresničevanja načela enakega obravnavanja delavcev zaposlenih pri agenciji, z delavci, zaposlenimi pri uporabniku, je končno pomembna tudi opredelitev »osnovnih delovnih pogojev in pogojev zaposlitve«. Po direktivi so to pogoji, določeni z zakoni in drugimi predpisi, kolektivnimi pogodbami oziroma drugimi zavezujočimi splošnimi določbami, ki se nanašajo na trajanje delovnega časa, nadurno delo, odmore, počitke, nočno delo, dopust in dela proste dni ter plačilo.

2.3.3. Omejitve in prepovedi uporabe začasnega dela preko agencij

Iz dokumentov, ki so bili podlaga za sprejeto direktivo, izhaja, da so z direktivo želeli spodbuditi uporabo te oblike dela in na Evropski ravni začeti odpravljati obstoječe omejitve in prepovedi takega dela. Direktiva 4. členu tako določa, da so prepovedi ali omejitve pri uporabi dela preko agencij za zagotavljanje začasnega dela upravičene le zaradi razlogov splošnega interesa, ki se nanašajo na varstvo delavcev, zaposlenih pri agencijah, zahteve glede varnosti in zdravja pri delu ali potrebo, da se zagotovi pravilno delovanje trga dela in preprečevanje zlorab.²² Državam članicam je bilo naloženo, da do izteka roka za uskladitev domačega prava z direktivo, to je do 5.12.2011, preverijo pravno ureditev in upravičenost obstoječih omejitev in prepovedi in o ugotovitvah obvestijo Komisijo. Direktiva je predvidela, da pregled ureditve kolektivnih pogodb lahko opravijo socialni partnerji.

Na kakšen način, s pomočjo katerih ukrepov se lahko v znotraj države, na katerikoli njeni ravni, postavijo omejitve ali prepovedi uporabe začasnega dela preko agencij? Komisija je sestavila neobvezno listo,²³ na katero je uvrstila ukrepe kot so npr.: prepoved uporabe začasnega dela preko agencij v sektorjih dejavnosti, ki štejejo za nevarne, obstoj omejujoče liste razlogov, kdaj je začasno delo dopustno (le če se začasno izjemoma poveča potreba po delu, nadomeščanje odsotnih delavcev ipd.), omejitev trajanja napotitve k uporabniku, omejitev števila zaporednih sklenitev pogodb o zaposlitvi z »začasnimi delavci«, določitev števila ali deleža delavcev, zaposlenih pri agenciji, ki delajo pri uporabniku, obveznost, da nekdo izključno opravlja dejavnost zagotavljanja začasnega dela, določitev zahteve, da ima agencija ali delodajalec določeno pravno obliko. V zvezi z dopu-

²² Enako že v uvodni izjavi direktive št. 18.

²³ COM/2006) 708 final, 22.11.2006.

stnimi omejitvami ali prepovedmi je treba upoštevati tudi uvodno izjavo direktive št. 20, po kateri »določbe direktive glede omejitev ali prepovedi v zvezi z delom prek agencij za zagotavljanje začasnega dela ne posegajo v nacionalno zakonodajo ali prakso, ki prepoveduje nadomeščanje stvarkajočih delavcev z delavci, zaposlenimi pri agencijah za zagotavljanje začasnega dela«.

2.3.4. Načelo enakega obravnavanja

Po vsebinski plati so posebej pomembne določbe 5. člena direktive, v katerih je poudarjeno načelo enakega obravnavanja. Osnovni delovni pogoji in pogoji zaposlitve delavcev, zaposlenih pri agencijah za zagotavljanje začasnega dela, morajo biti v času njihove napotitve v podjetju uporabniku vsaj takšni, kot bi bili pogoji, ki bi veljali, če bi jih zadevno podjetje zaposlilo neposredno na istem delovnem mestu. *Osnovni delovni pogoji* so opredeljeni v 3. členu.²⁴ Obstaja stališče, da delovni pogoji v 3. členu niso izčrpno navedeni, saj velja na splošno, da direktiva določa le minimum varstva. »Osnovni« so tisti pogoji, ki jih določajo katerikoli splošni obvezujoči akti, ki veljajo za uporabnika, ne samo tisti, ki so določeni v tč. 1(f) 3. člena. V primeru, da uporabnika npr. glede plačila ne obvezuje noben pravni akt (ponekod se plača visoko usposobljenih delavcev določa izključno na individualni ravni), tudi za »začasnega delavca« ne bo veljala nobena vnaprej določena višina plače. Koncept *plače* je treba razumeti v skladu 157. člena PDEU in sodne prakse Sodišča EU glede tega, kaj pomeni plača. Načelo enakega obravnavanja se uporablja tudi v zvezi z *varstvom nosečih žensk in doječih mater ter varstvom otrok in mladih*. Enako obravnavanje velja ne glede na spol, raso ali narodnost, vero, prepričanje, invalidnost, starost ali spolno usmerjenost.

Direktiva dopušča nekatere odstopne od načela enakega obravnavanja. Tako velja izjema glede plačila, kadar delavci, ki imajo sklenjeno pogodbo o zaposlitvi za nedoločen čas, prejemajo plačilo tudi v času med napotitvami. Kot drugo, direktiva dopušča, da se pod določenimi pogoji delovni pogoji lahko urejajo tudi s kolektivnimi pogodbami, pri čemer lahko pride v zvezi s posameznimi pravicami

²⁴ Dejstvo, da je načelo enakega obravnavanja omejeno na najbolj osnovne delovne pogoje, nekateri ocenjujejo kot korak nazaj v primerjavi z ureditvijo načela enakega obravnavanja v npr. Direktivi 1999/70/ES.

O tem glej delo v op. 10, str. 66.

v državah, ki ne poznajo razširitve kolektivne pogodbe tudi do odstopa od načela enakega obravnavanja.²⁵

2.3.5. Dostop do zaposlitve, bonitet in poklicnega usposabljanja, zastopanje delavcev, zaposlenih pri agencijah in obveščanje predstavnikov delavcev, zaposlenih pri uporabniku

Kot je že bilo poudarjeno, je direktiva usmerjena v izboljšanje varstva delavcev, zaposlenih pri agenciji za zagotavljanje začasnega dela oziroma v dvig kvalitete začasnega dela. Uresničevanju tega cilja so namenjene določbe 6., 7. in 8. člena.

Da bi delavcem omogočili dostop do zaposlitve za nedoločen čas, direktiva v 6. členu zahteva, da jih uporabniki obveščajo o prostih delovnih mestih. Države članice morajo tudi zagotoviti, da bodo določila, ki prepovedujejo sklenitev pogodbe o zaposlitvi med uporabnikom in delavcem, ki je zaposlen pri agenciji, potem ko je potekla napotitev k uporabniku, neveljavna. Agencije za zagotavljanje začasnega dela delavcem ne smejo zaračunavati provizije za to, da so se z uporabnikom dogovorile za njihovo napotitev k uporabniku. Delavcem je treba omogočiti dostop do socialnih služb in bonitet pri uporabniku pod enakimi pogoji kot jih imajo delavci, ki jih je uporabnik zaposlil neposredno. V skladu z nacionalno zakonodajo in prakso naj se tudi s kolektivnimi pogodbami delavcem, zaposlenim pri agencijah, v času med napotitvami izboljša dostop do usposabljanja in otroškega varstva. Prav tako pa naj bi se jim izboljšal dostop do usposabljanja pri uporabniku.

Število delavcev, zaposlenih pri agencijah, naj bi se pod pogoji, ki jih določijo države članice, upoštevalo pri izračunavanju praga, nad katerim je treba v agenciji oblikovati predstavniki organ. Države članice pa lahko določijo pogoje, kdaj se število delavcev, zaposlenih pri agencijah, upošteva pri izračunu praga, nad katerim je treba pri uporabniku ustanoviti predstavniki organ delavcev.

V skladu z direktivo mora uporabnik primerno obveščati delavske predstavnike pri njem o situaciji glede uporabe začasnega dela, kadar obravnavajo problematiko zaposlovanja (8. člen).

²⁵ Kompromisna rešitev je bila sprejeta zaradi zahtev s strani Združenega kraljestva in Švedske.

3. VELJAVNA DOMAČA PRAVNA UREDITEV ZAGOTAVLJANJA ZAČASNEGA DELA Z VIDIKA DIREKTIVE 2008/104/ES

Glede na to, da je bilo delo preko agencija za zagotavljanje začasnega dela v Republiki Sloveniji dopuščeno in urejeno, preden je bila sprejeta omenjena direktiva,²⁶ sta trenutno aktualni dve vprašanji: ali bo treba domačo pravno ureditev spreminjati, da bi jo uskladili z direktivo, in, ali so nekateri predlogi za spremembe v novem ZDR v skladu z načeli in zahtevami, na katerih temelji direktiva.

Direktiva je bila delno v domače pravo prevzeta z ZUTD. Čeprav naj bi ta zakon uredil predvsem to, kdo se lahko ukvarja z zagotavljanjem začasnega dela delavcev uporabnikom, in bolj ali manj postopkovna vprašanja kot so vpis v register domačih pravnih in fizičnih oseb za opravljanje dejavnosti zagotavljanja začasnega dela uporabniku oziroma vpis v evidenco tujih pravnih in fizičnih oseb za opravljanje omenjene dejavnosti, je vendarle posegel tudi v vsebinska vprašanja pravnega položaja delavcev.²⁷ Zastavlja se vprašanje kriterijev za določitev, katera vprašanja resnično sodijo v ZUTD, katera pa v ZDR, kar pomeni lahko tudi dilemo nometnične narave. Vprašanje je, ali bo sprejeta ureditev nekaterih pravic delavcev v ZUTD zadoščala, ali pa bi jih vendarle kazalo v ZDR natančneje in bolje urediti. Zakonodajalec je želel z zakonom preprečiti nekatere kršitve, ki so jih ugotavljali v praksi, vendar je dejstvo, da je zakon ostal na ravni splošnosti in je ureditev v posameznih elementih pomanjkljiva ali nejasna. Za uveljavitev načela enakega obravnavanja delavcev, zaposlenih pri agencijah, je glede na besedilo prve alineje prvega odstavka 165. člena mogoče samo sklepati, da naj bi načelo v RS veljalo širše glede vseh delovnih pogojev in ne samo osnovnih delovnih pogojev, ki jih zakon tudi ni opredelil. Tudi glede drugega odstavka 165. člena in njegove interpretacije dopuščam, da se bodo v praksi pojavljali problemi.

Glede ureditve obravnavane oblike opravljanja dela je verjetno dopustna splošna ugotovitev, da zaradi sprejete Direktive 2008/104/ES ne bo treba v temeljih spreminjati ureditve v ZDR. Pa vendarle prikaz namena in vsebine direktive kot tudi nekaterih stališč glede njene interpretacije nakazuje, da bi primerno, glede na napovedan sprejem novega ZDR, potrebno pozornost posvetiti podrobnostim

²⁶ Zagotavljanje začasnega dela preko agencij je dopustila novela zakona o zaposlovanju in zavarovanju za primer brezposelnosti leta 1998, pravni položaj delavcev, zaposlenih pri agencijah pa uredil ZDR leta 2002.

²⁷ Glej zlasti 165. in 166. člen ZUTD.

v zvezi z nekaterimi vprašanji in njihovo ureditvijo v novem zakonu. Sama menim, da v krog takih vprašanj sodijo tudi:

- natančnejša opredelitev, za katere agencije in podjetja uporabnike velja ureditev iz direktive,
- ponovno bi bilo treba preveriti opredelitve pojmov iz 163. člena ZUTD,
- glede na začasno naravo napotitve delavca k uporabniku, bo treba biti pozoren na predloge iz prakse, da naj zakon odpravi veljavno časovno omejitev opravljanja dela pri uporabniku kot jo določa 59. člen ZDR,
- glede na namen direktive, da vpliva na odpravljanje omejitev in prepovedi uporabe dela preko agencij za zagotavljanje začasnega dela, se lahko zastavi vprašanje, ali je v skladu s tem namenom po vsebini zelo splošna določba četrte alineje drugega odstavka 57. člena ZDR, po kateri je prepovedana napotitev delavcev na delo k uporabniku »v drugih primerih, ki se lahko določijo s kolektivno pogodbo dejavnosti, če zagotavljajo večje varstvo delavcev ali...«; prav tako je lahko vprašljivo, ali bodo lahko neomejen čas veljali pogoji za opravljanje dejavnosti zagotavljanja dela delavcev po 164. členu ZUTD,
- določbe tako ZUTD kot tudi veljavnega ZDR, ki jih razlagamo kot določbe, s katerimi je uzakonjeno načelo enakega obravnavanja delavcev, ki jih njihov delodajalec začasno napoti na delo k uporabniku, menim, da niso popolnoma v skladu z namenom direktive, ki poudarja, da morajo biti v času napotitve delovni pogoji napotitih delavcev vsaj takšni, kot bi bili pogoji, ki bi veljali, če bi jih konkreten uporabnik neposredno zaposlil na istem delovnem mestu,²⁸
- z zahtevami direktive glede upoštevanja števila delavcev, ki začasno delajo pri uporabniku, pri oblikovanju predstavniških organov tako pri agencijah kot tudi pri uporabnikih, bo treba uskladiti zakon o sodelovanju delavcev pri upravljanju.

Našteta vprašanja prav gotovo niso edina, ki so aktualna pri usklajevanju domačega prava z obravnavano direktivo. Dopuščam, da bi bilo treba de lege ferenda upoštevati še nekatera druga, še posebej zato, ker smo doslej lahko pogosto slišali, da v praksi delavci, zaposleni pri agencijah za zagotavljanje začasnega dela, pogosto delajo pod veliko slabšimi pogoji od tistih, ki veljajo za delavce, zaposlene pri uporabnikih, kar ne more prispevati k uresničevanju ciljev direktive.

²⁸ Takšno širše razumevanje načela je pomembno takrat, ko neke pravice ne ureja noben obvezujoči pravni akt in je lahko predmet le individualnega pogajanja.

LITERATURA:

Bečan e tal., Zakon o delovnih razmerjih s komentarjem, GV Založba, Ljubljana 2008.

Commission Staff Working Document »Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest, SEC(2010) 1545 final, 7.12.2010.

Countouris, N. In R. Horton, The Temporary Agency Work Directive: Another Broken Promise?, *Industrial Law Journal*, Vol.38, No. 3/2009, str. 328-338.

Evju, S. in T. Novitz, The evolving regulation:dynamics and consequences, *FORMULA*, Working paper, No. 33(2012), University of Oslo.

Proposal for the Directive of the European Parliament and the Council on working conditions for temporary workers, Explanatory Memorandum, COM/2002/0149 final-COD 2002/0072.

Report, Expert Group, Transposition of Directive 2008/104/EC on Temporary agency work, European Commission, Employment, Social Affairs&Inclusion, Unit B2, Labour Law, August 2011.

Robin-Olivier, S., A French Reading of Directive 2008/104 on Temporary Agency Work, *European Labour Lw Journal*, Vol. 1, No. 3/2010, str. 398-405.

Rönnmar, M., The Regulation of Temporary Agency Work in Sweden and the Impact of the (2008/104/EC) Directive, *European Labour Law Journal*, Vol. 1, No. 3/2010, str. 422-429.

Schlachter, M., Equal Treatment for Transnational Temporary Agency Workers?, *FORMULA*, Working paper, No. 32(2012).

REGULATION OF TEMPORARY WORK AND THE IMPACT OF THE DIRECTIVE 2008/104/EC

Polonca Končar*

SUMMARY

According to the Commission and its Communication on the Social Agenda covering the period up to 2010 and the European Council, new forms of work organisation and a greater diversity of contractual arrangements for workers and businesses should better reconcile flexibility and job security and create more and better jobs.

Temporary agency work is one of the so-called new forms of work organisation. The share of temporary work in Europe has been increasing steadily, but the growth of this form of work is very uneven in the EU member states. In addition to the considerable differences in the use of temporary agency work, the differences in the legal situation and the working conditions of temporary agency workers within the EU have to be taken into consideration. The Directive on temporary agency work, adopted in 2008 was on one hand aimed to improve the quality of the temporary agency work and to establish protection and rights for temporary workers in accordance with the social policy aims by ensuring the principle of equal treatment, on the other hand, the Directive is oriented towards the elimination of the existing restrictions and limitations to the use of temporary work and improvement of the functioning of the labour market at the EU level.

Legal framework for the use of the temporary agency work was integrated into the Slovenian labour law system by the Employment Relationships Act from 2002, and amended in 2007. The Act has been interpreted in the way that it is based on the principle of equal treatment. The majority of other issues covered by the Directive are also included in the legal framework. For this reason, a very general statement would be possible, namely that the Directive is not likely to have a revolutionary impact on the Slovenian law. However, a more detailed comparison of the requirements set down by the Directive with the current legislation shows that in the future some alterations in the regulation will be required.

* Polonca Končar, PhD, Professor at the Faculty of Law, University of Ljubljana, Slovenia.
polonca.koncicar@pf.uni-lj.si