

Prepoved nadomeščanja stalnih zaposlitev z zunanjimi delavci - primer začasnega agencijskega dela

Katarina Kresal Šoltes*

»Preprečujejo se delovna razmerja, ki vodijo v negotove delovne razmere, tudi s prepovedjo zlorab netipičnih pogodb o zaposlitvi.«

(iz Evropskega stebra socialnih pravic, 2017)

UDK: 331.1:349.2

Povzetek: Prispevek na primeru začasnega agencijskega dela analizira možnost sprejema ustreznih ukrepov za varstvo stalnih zaposlitev v razmerju do uporabe dela zunanjih delavcev. Kakšno vlogo imajo zakonodajalec in socialni partnerji in katere omejitve in prepovedi so lahko utemeljene na splošnem interesu varstva stalnih zaposlitev.

Ključne besede: trg dela, stalna zaposlitev, začasno agencijsko delo, omejitve

Prohibition of Replacing Permanent Employment with External Workers – the Case of Temporary Agency Work

Abstract: On the case of temporary agency work, the article analyses the issue of adopting appropriate measures for the protection of permanent employment in relation to the use of external workers. What is the role of the legislator and social partners and which restrictions and prohibitions could be justified on the grounds of general interest by protection of permanent employment?

Key words: labour market, permanent employment, temporary agency work, restrictions.

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

1. UVOD

Varna in prilagodljiva zaposlitev je eno od dvajsetih načel Evropskega stebra socialnih pravic, v okviru katerega Evropska komisija državam članicam med drugim priporoča tudi spodbujanje prehoda v zaposlitev za nedoločen čas ter preprečevanje delovnih razmerij, ki vodijo v negotove delovne razmere, tudi s prepovedjo zlorab netipičnih pogodb o zaposlitvi.¹ Zaposlitvena in dohodkovna stabilnost kot ena od ključnih funkcij standardnega delovnega razmerja,² pomeni za delavca kontinuirano plačano delo z možnostjo enostranske odpovedi s strani delodajalca le v primeru zakonitega utemeljenega razloga ter stabilen, to je dovolj velik in kontinuiran zaslužek, opredeljen glede na obseg delovnega časa ter zajamčen najmanj v višini zakonske minimalne plače, ki zagotavlja delavcu dostojno plačilo, s katerim lahko preživlja sebe in svojo družino. Tudi z vidika interesov delodajalca, gospodarstva ter trga dela in družbe kot celote, imajo stabilne zaposlitve številne pozitivne učinke kot so bolj stabilno in predvidljivo delovno in poslovno okolje, večja lojalna konkurenca med podjetji z vidika stroškov dela ter manjša neenakost in revščina z vidika družbe kot celote. Zato je spodbujanje in varstvo stabilnih zaposlitev v splošnem interesu, da se zagotovi varstvo delavcev kot tudi pravilno delovanje trga dela.

Vendar se zaradi novih načinov organizacije dela, spremenjene vsebine dela in digitalizacije delovnih procesov ter predvsem zaradi hudih pritiskov na globalni ravni na zniževanje stroškov dela, stalne zaposlitve v podjetjih pogosto nadomeščajo z angažiranjem zunanjih delavcev (*outsourcing*). Podjetja v praksi angažirajo zunanje delavce bodisi neposredno kot samostojne gospodarske subjekte na trgu bodisi posredno s strani podizvajalcev (*subcontracting*), zaposlitvenih agencij (*temporary agency work*) in spletnih platform (*platform work*). Z vidika veljavnega prava se odpira problematika nezakonitih praks in zlorab, vključno z obstojem prikritih delovnih razmerij oz. navideznih samozaposlenih (*false self-employed*), v primeru zakonitih praks pa pereča problematika odvisnih samo-

¹ Evropska Komisija (2017). Priporočilo Komisije (EU) 2017/761 z dne 26. aprila 2017 o evropskem stebru socialnih pravic; Ur. l. EU, L 113/56, 29.4.2017, II. poglavje »Pošteni delovni pogoji«, točka 5 »Varna in prilagodljiva zaposlitev«.

² Mednarodna organizacija dela (MOD) navaja osem funkcij standardnega delovnega razmerja, poleg zaposlitvene in plačne stabilnosti še varno in zdravo delovno okolje, ohranjanje produktivnosti, stabilno gospodarstvo, zastopanje delavcev oz. imeti svoj glas, pošteno obravnavo, enakost dostopa do zaposlitev in socialno varnost. Glej: ILO, 2016a, str. 12.

zaposlenih (*dependent self-employed*), na makro ravni pa problematika segregacije trga dela in prekarizacije dela.³

V nadaljevanju prispevka bo analizirana ureditev začasnega agencijskega dela kot ene od najbolj pogostih in tudi pravno bolj reguliranih oblik angažiranja zunanjih delavcev in sicer z vidika vprašanja, kako ustrezno nasloviti problem nadomeščanja stalnih zaposlitev pri delodajalcu na račun najemanja zunanjih delavcev.

2. OMEJITVE IN PREPOVEDI GLEDE UPORABE AGENCIJSKEGA DELA PO DIREKTIVI 2008/104/ES

Države članice ne morejo a priori prepovedati angažiranja zunanjih delavcev, ki so napoteni prek agencij za zagotavljanje začasnega dela (v nadaljevanju: začasno agencijsko delo; *temporary agency work*), saj na podlagi prava EU in sodne prakse Sodišča EU zasebne zaposlovalne agencije uživajo pri izvajanju te dejavnosti kot profitne gospodarske dejavnosti varstvo svobode konkurence po pravu EU.⁴ Vendar lahko države članice na podlagi člena 4/1 Direktive 2008/104/ES o delu prek agencij za zagotavljanje začasnega dela⁵ uveljavijo določene *upravičene* omejitve in prepovedi pri uporabi dela prek agencij za zagotavljanje začasnega dela. Omejitve in prepovedi so lahko upravičene le zaradi *razlogov splošnega interesa*, ki se nanašajo predvsem na:

- varstvo agencijskih delavcev
- zahteve glede zdravja in varnosti pri delu
- potrebo, da se zagotovi pravilno delovanje trga dela in preprečevanje zlorab
- ali drugega razloga splošnega interesa.

V prvem odstavku 4. člena direktive razlogi splošnega interesa, ki upravičujejo omejitve in prepovedi uporabe agencijskega dela, niso navedeni taksativno (izključno), temveč zgolj primeroma, tako da države članice lahko upravičijo takšne ukrepe tudi iz drugih razlogov splošnega interesa. Države članice se zlasti sklicujejo na utemeljitve, izrecno navedene v sami direktivi, poleg teh pa navajajo

³ Kresal Šoltes, K., Strban, G., Domadenik, P. (uredniki). *Prekarno delo: multidisciplinarna analiza*. Ljubljana: Pravna fakulteta, Ekonomska fakulteta, 2020.

⁴ Glejsodbi v zadevah C-41/90, *Höfner v. Macrotron*, z dne 23. aprila 1991, ECLI:EU:C:1991:161 in C-55/96, *Job Centre*, z dne 11. decembra 1997, ECLI:EU:C:1997:603.

⁵ U L L 327, 5. 12. 2008, str. 9-14.

tudi druge kot na primer: *varstvo pravice do stavke* (Avstrija, Belgija, Bolgarija, Francija, Grčija, Hrvaška, Italija, Madžarska, Poljska, Slovenija, Španija), *potrebo po zaščiti zaposlitve za nedoločen čas in preprečevanju razmer, v katerih bi lahko delavci, zaposleni za določen čas, zapolnili delovna mesta za nedoločen čas* (Belgija, Francija, Grčija, Poljska), *varovanje življenja in zdravja ljudi* (Avstrija), idr.⁶

Iz drugega odstavka 4. člena direktive izhaja obveznost držav članic, da po posvetovanju s socialnimi partnerji v skladu z zakonodajo, kolektivnimi pogodbami in prakso *pregledajo omejitve in prepovedi* glede uporabe začasnega agencijskega dela, da bi preverile, ali so te upravičene iz razlogov, navedenih v direktivi. Iz sodne prakse Sodišča EU izhaja, da je treba to zahtevo iz direktive razlagati tako, da je navedeni člen direktive »namenjen le pristojnim organom držav članic, tako da jim nalaga obveznost pregleda, da bi preverili, ali so morebitne prepovedi ali omejitve v zvezi z angažiranjem delavcev, zaposlenih pri agencijah za zagotavljanje začasnega dela, upravičene, in da zato nacionalnim sodiščem ne nalaga obveznosti, da ne uporabijo nobenih določb nacionalnega prava, ki vključujejo prepovedi ali omejitve v zvezi z angažiranjem delavcev, zaposlenih pri agencijah za zagotavljanje začasnega dela, ki niso upravičene iz razlogov splošnega interesa v smislu navedenega člena 4/1).«⁷

V tej zadevi je šlo za finski primer in sicer je sindikat pred finskim delovnim sodiščem tožil na izplačilo denarne kazni v skladu z veljavno kolektivno pogodbo, ker naj bi podjetje trajno in brez prekinitve angažiralo agencijske delavce za opravljanje povsem enakih nalog, kot so tiste, ki jih opravljajo njeni lastni delavci, kar naj bi bilo v smislu veljavne kolektivne pogodbe nedopustno. Veljavna kolektivna pogodba naj bi namreč določala, da morajo podjetja omejiti angažiranje agencijskih delavcev na primere povečanega obsega dela ali na naloge, ki so omejene časovno ali glede na njihovo naravo ter ki jih zaradi njihove nujnosti, omejenega časa trajanja dela, potrebnega poklicnega znanja in posebnih naprav ali iz primerljivih razlogov ne morejo opravljati njihovi delavci. Veljavna kolektivna pogodba je s tem v zvezi še določala izrecno prepoved uporabe agencijskih delavcev, če se

⁶ Poročilo Komisije Evropskemu parlamentu, Svetu, Evropskemu ekonomsko-socialnemu odboru in odboru regij o uporabi Direktive 2008/104/ES o delu prek agencij za zagotavljanje začasnega dela (COM/2014/0176 final), str. 1, tč. 1.1. dostopno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014DC0176&from=EN>, 1.9.2020.

⁷ Sodba Sodišča EU v zadevi C-533/13, *Auto- ja Kuljetusalan Työntekijäliitto AKT ry* proti *Öljytuote ry, Shell Aviation Finland Oy*, z dne 17. marca 2015, ECLI:EU:C:2015:173.

taki delavci zaposlijo v okviru običajne dejavnosti podjetja poleg stalnih delavcev in za daljše časovno obdobje pod istim vodstvom. Toženi podjetji sta pred finskim sodiščem uveljavljali ugovor, da navedena kolektivna pogodba vsebuje omejitve in prepovedi uporabe agencijskega dela, ki niso upravičene v smislu člena 4(1) direktive. Finsko sodišče je zaprosilo Sodišče EU za razlago obsega obveznosti iz 4(1) člena direktive v smislu, ali iz navedenega člena izhaja tudi zahteva, da morajo nacionalni organi, vključno sodišča, z razpoložljivimi sredstvi stalno zagotavljati, da niso v veljavi ali da se ne uporabljajo nobeni nacionalni predpisi ali določbe kolektivnih pogodb, ki so v nasprotju s katero od določb te direktive. Sodišče EU se ni spuščalo v presojo, ali navedena določba kolektivne pogodbe vsebuje omejitve in prepovedi agencijskega dela, ki niso utemeljene na razlogih iz 4(1) člena direktive, temveč je le odločilo, da iz navedenega člena direktive ne izhaja obveznost za nacionalna sodišča, da ne bi uporabila določb veljavnih kolektivnih pogodb glede omejitev in prepovedi uporabe agencijskega dela.

Čeprav iz določb direktive izrecno ne izhaja pogojevanje uporabe agencijskega dela le za določene primere *začasne potrebe po delu pri uporabniku*, pa element začasnosti izhaja že iz samega naslova direktive in poimenovanja agencij za zagotavljanje začasnega dela, prav tako pa je ta pogoj v pravnih ureditvah držav članic pogosto izrecno določen. V nekaterih državah članicah je že v zakonodaji določena omejitev uporabe agencijskega dela le v primerih začasne potrebe po delu (na primer v Belgiji) ali najdaljše trajanje napotitve k uporabniku (na primer v Belgiji in Nemčiji), v nekaterih pa so te omejitve določene s kolektivnimi pogodbami (na primer v zgornjem primeru iz Finske).

3. PRIMERJALNOPRAVNI PRIKAZ

Poročilo Komisije o uporabi direktive iz leta 2014⁸ kaže na veliko raznolikost med nacionalnimi ureditvami držav članic glede omejitev in prepovedi uporabe agencijskega dela. Nekatere države prepovedujejo agencijsko delo v določenih ranljivejših dejavnostih (npr. v gradbeništvu v Belgiji, Grčiji, Nemčiji) ali v določenih segmentih javnega sektorja (Belgija, Grčija, Španija) ali glede dela, ki je posebno nevarno za zdravje in varnost (Belgija, Hrvaška, Francija, Grčija, Poljska,

⁸ Poročilo Komisije, navedeno delo. Glej tudi: European Commission (2014), Commission staff working document, accompanying the document, SWD(2014) 108 final. Dostopno na: <file:///C:/Users/inst.delo/Downloads/SWD2014108EN.pdf>, 1.9.2020.

Portugalska, Slovenija, Španija) ali glede narave nalog, ki so lahko dodeljene (Italija, Poljska), ali z obstojem objektivnih pogojev (Belgija, Finska, Francija, Grčija, Italija, Poljska, Portugalska, Romunija) ali kvantitativno z najdaljšim trajanjem napotitve (Belgija, Francija, Grčija, Poljska, Portugalska, Nemčija) ali maksimalnimi kvotami bodisi na splošno (Slovenija) bodisi v določeni dejavnosti (v zdravstvu v Avstriji, pa tudi v Italiji in na Nizozemskem) ali v določenem časovnem obdobju po kolektivnih odpustih (Hrvaška, Francija, Grčija, Italija, Poljska, Slovenija, Španija), ali ga pogojujejo s pridobitvijo soglasja bodisi s strani sindikatov (Belgija) bodisi s strani svetov delavcev (Nemčija). Praktično v vseh državah članicah je agencijsko delo prepovedano uporabljati za nadomeščanje stavka-jočih delavcev ter so določene omejitve glede začetka izvajanja te dejavnosti in obveznostjo poročanja javnim oblastem. Podrobneje so te omejitve in prepovedi predstavljene v nadaljevanju za Belgijo in Nemčijo.

3.1. Belgija

V skladu z belgijsko zakonodajo, je agencijsko delo dovoljeno le za izvajanje določenega *začasnega dela v zakonsko taksativno določenih primerih*.⁹ Glavni takšni primeri so:

- začasna nadomestitev stalnega zaposlenega
- začasno povečanje potreb po delu
- izvajanje izjemnega dela
- zaposlitev agencijskega delavca neposredno pri uporabniku.

Agencijsko delo je dovoljeno za nadomestitev stalnega delavca, katerega pogodba o zaposlitvi je prenehala (maksimalno trajanje 6 mesecev, z možnostjo podaljšanja še za isto obdobje v nekaterih primerih; zahteva se predhodno soglasje sindikata pri uporabniku) ali je bil suspendiran ali pa za začasno nadomestitev javnega uslužbenca. Prav tako je uporaba agencijskega delavca dovoljena v primeru začasnega povečanja potreb po delu; tudi v tem primeru se zahteva predhodno soglasje sindikata pri uporabniku, če pa sindikalnega predstavnika ni, je najdaljše trajanje omejeno na 6 mesecev, z možnostjo podaljšanja za enako obdobje. Prav tako je uporaba agencijskega dela dovoljena v primeru izjemnih

⁹ ILO, 2016b, str. 46.

nalog, pri čemer kolektivna pogodba opredeljuje, kaj se šteje za izjemne naloge, v smislu aktivnosti, ki niso del običajne gospodarske aktivnosti uporabnika in določa izčrpen seznam; takšno delo je načeloma dovoljeno v trajanju največ 3 mesecev brez predhodnega postopka pridobitve soglasja, razen v določenih primerih, ko je potrebno soglasje sindikata oz. če tega ni, skupnega organa pri uporabniku.

Belgijska vlada je v poročilu o uporabi Direktive 2008/104/ES ocenila, da ti zakonsko določeni pogoji ne pomenijo prepovedi in omejitev iz 4. člena direktive, kolikor pa bi se opredelili kot taka omejitev, pa je le-ta *utemeljena na temelju splošnega interesa za zaščito stalnih zaposlitev*. Postopek pridobitve predhodnega soglasja s strani sindikata pri uporabniku pa je ukrep kontrole, ki je bistvena z vidika preprečevanja morebitnih zlorab.¹⁰ Od 1. septembra 2013 je agencijsko delo dovoljeno tudi iz razloga integracije (*«motif d'insertion»*) z namenom neposredne zaposlitve agencijskega delavca pri uporabniku; dolžina trajanja takšne pogodbe je omejena na 6 mesecev in za isto prosto delovno mesto so dovoljeni trije poskusi s tremi agencijskimi delavci, v tem primeru v skupni dolžini največ 9 mesecev.

Belgijska zakonodaja je v primerjavi z drugimi državami posebna tudi v tem, da se za uporabo agencijskega dela zahteva v določenih primerih soglasje sindikata pri uporabniku, nekatere sektorske kolektivne pogodbe pa določajo tudi obveznost obveščanja sindikatov o uporabi agencijskega dela. Za belgijske sindikate je značilno, da so tradicionalno aktivno vključeni v reguliranje trga dela, vključno tudi segmenta agencijskega dela in da igrajo pomembno vlogo zaradi svojega močnega položaja (imajo okrog 50 % včlanjenost v sindikate, med agencijskimi delavci celo okrog 60%, kar jih uvršča na vrh lestvice v Evropi in svetu, imajo močno sindikalno zastopanje, tudi na ravni podjetij, zlasti v večjih podjetjih, vključeni so v upravljanje sistemov socialne varnosti ipd.).¹¹ Zato ne preseneča, da krovne in sektorske kolektivne pogodbe pomembno dopolnjujejo zakonsko ureditev omejitev in prepovedi uporabe agencijskega dela.

V skladu z belgijsko zakonodajo je uporaba agencijskega dela prepovedana, če gre za nadomeščanje stavkajočih delavcev (enako kot tudi v Sloveniji ali Nemčiji)

¹⁰ European Commission (2014), navedeno delo, str. 21 (Belgium).

¹¹ Podrobneje o vlogi sindikatov glej: Pulignano, V., Meardi, G., & Doerflinger, N. (2015). Trade unions and labour market dualisation: a comparison of policies and attitudes towards agency and migrant workers in Germany and Belgium. *Work, Employment and Society*, 29(5), 808–825. <https://doi.org/10.1177/0950017014564603>.

ali v primerih izprtja pri uporabniku (lock-out). V javnem sektorju je bila uporaba agencijskega dela prepovedana, razen v izjemnih primerih (če je javni uslužbenec suspendiran ali je na koriščenju poklicnega dopusta (career break) v obliki zmanjšanja delovnih ur, ali če gre za izvajanje umetniške dejavnosti). V razpravi je mehčanje te prepovedi v smislu pristojnosti regij, da dovolijo uporabo agencijskega dela v svojih organih in v lokalnih agencijah. Različne sektorske kolektivne pogodbe določajo različne omejitve oz. dodatne pogoje kot na primer obveznost uporabnika, da o uporabi agencijskega dela obvešča sindikate, obveznost uporabnika ponuditi agencijskemu delavcu stalno zaposlitev, kar belgijska vlada *utemeljuje s splošnim interesom zaradi učinkovitega funkcioniranja trga dela* z zagotavljanjem vloge agencij kot oblike rekrutne verige.¹² V specifičnih dejavnostih s posebno nevarnim delom in večjim številom nesreč pri delu (pomorski sektor, ribiška industrija in pristaniška dejavnost) lahko posebni predpisi določijo, da mora delavec predhodno opraviti določeno akreditacijo oz. da delo lahko opravljajo samo certificirani delavci. Iz razlogov zdravja in varnosti pri delu je določena prepoved uporabe tudi v določenih sektorjih (na primer odvoz in skladiščenje, celinske plovne poti), splošna prepoved pa je določena na primer pri delu z azbestom ali fumigati – pesticidi. Prepoved uporabe je določena tudi v številnih situacijah v dejavnosti gradbeništva. Vendar je zakon o ekonomski rasti iz marca 2018 omejil možnost za sektorje do prepovedi uporabe agencijskega dela.

3.2. Nemčija

Element začasnosti agencijskega dela je nemški AÜG ponovno uveljavil z novelo leta 2017¹³, ko je zakonodajalec ponovno določil zakonsko najdaljše trajanje napotitve posameznega agencijskega delavca k istemu uporabniku (*Überlassungshöchstdauer*). Ta je zdaj določena na 18 mesecev, pri čemer trimesečne ali krajše prekinitve med napotitvami ne pomenijo prekinitve trajanja tega obdobja oz. začne 18-mesečni rok ponovno teči, če je od prejšnje napotitve k istemu podjetju minilo več kot 3 mesece (člen 1 (1b) zakona o napotitvi delavcev). Če pride do prekoračitve najdaljšega dovoljenega trajanja napotitve, se že na podlagi zakona vzpostavi delovno razmerje med uporabnikom in agen-

¹² European Commission (2014), navedeno delo, str. 22 (Belgium).

¹³ *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, AÜG (Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung)*, In der Fassung der Bekanntmachung vom 03.02.1995 (BGBl. I S. 158), zuletzt geändert durch Gesetz vom 15. 8. 2019 (BGBl. I S. 1307).

cijskim delavcem (domneva delovnega razmerja), takšna sankcija pa je doslej že veljala tudi v primeru, če uporabnik ni imel za najem agencijskega delavca potrebnega dovoljenja. Z vidika varstva agencijskega delavca je pomembno njegovo upravičenje, da ima možnost, da poda izjavo o ohranitvi delovnega razmerja z agencijo, kolikor bi bila taka njegova pogodbeno volja in sicer v roku 1 meseca od poteka najdaljšega trajanja v skladu z členom 9(1/1b), to pravico pa izpeljuje nemški zakonodajalec iz načela pogodbene svobode (*Vertragsfreiheit des Arbeitnehmers*). Poleg sankcije transformacije delovnega razmerja zakon določa tudi globo za prekršek v višini 30.000 eur za podjetje uporabnika. Vendar ima ta zakonska ureditev dve pomanjkljivosti; omejitev se nanaša le na agencijskega delavca, torej lahko pri uporabniku trajno delajo začasni delavci, dokler posamezni agencijski delavec ne dela več kot 18 mesecev, prav tako pa zakon določa možnost odstopanja od zakonsko najdaljšega trajanja napotitve s kolektivnimi pogodbami in sicer se lahko s panožnimi kolektivnimi pogodbami derogira zakonsko najdaljše trajanje brez omejitev oz. imajo podjetja, ki jih takšna panožna kolektivna pogodba ne zavezuje možnost prevzema ureditve iz panožne kolektivne pogodbe na način sprejema podjetniškega sporazuma, vendar je v tem primeru derogacija možna le z omejitvijo najdaljšega trajanja do največ 24 mesecev.

V skladu s členom 1(1b) AÜG velja v Nemčiji prepoved uporabe agencijskega dela v dejavnosti gradbeništva za izvajanje fizičnega dela, razen določenih izjem (utemeljenih na kolektivnih pogodbah s splošno veljavnostjo ali če podjetja sodijo v isti okvir in socialne fonde kolektivnih pogodb). To omejitev nemške oblasti *utemeljujejo s potrebo po stabilnosti zaposlovanja, socialni varnosti zaposlenih ter finančno stabilnostjo institucij socialne varnosti v tej dejavnosti ter zaradi predhodnih izkušenj z zlorabami v tem sektorju*. Določene omejitve obstajajo tudi v domačem prometu. Reforma iz leta 2017 je izrecno prepovedala uporabo agencijskega dela za nadomeščanje stvarkajočih delavcev.

4. PREDLOGI ZA DOPOLNITEV SLOVENSKE ZAKONODAJE

Slovenska zakonodaja določa primere, v katerih je uporaba agencijskih delavcev v podjetju prepovedana, v 59. členu Zakona o delovnih razmerjih (ZDR-1)¹⁴ ter

¹⁴ Uradni list RS št. 21/13 in naslednji.

v 165. členu Zakona o urejanju trga dela (ZUTD).¹⁵ Ureditev je primerljiva drugim državam EU,¹⁶ izboljšave pa je pričakovati prav na področju učinkovitejšega preprečevanja zlorab in pogojevanja uporabe agencijskih delavcev z začasnimi potrebami pri uporabniku. Glede naslavljanja izziva preprečevanja uporabe agencijskega dela za nadomeščanje stalnih zaposlitev pri delodajalcu in ne le za zagotavljanje začasnega dela (in s tem preprečevanje izkrivljanja in anomalij delovanja trga dela) predlagam v razpravo naslednje predloge za spremembo sedanje slovenske zakonodaje (predloge je avtorica oblikovala v projektu MAPA, CRP 2017, V5-1741).

4.1. Določitev maksimalnega trajanja in števila napotitev istega delavca k istemu uporabniku ali/in pogojevanje napotitve z obstojem zakonitih razlogov

Gledano z vidika primerjalnopravnih ureditev držav EU kot tudi Komisije (glej Poročilo Komisije COM/2014/0176 final), je *zaščita stalnih zaposlitev pri delodajalcu* v smislu, da se le-te ne bi nadomeščale z agencijskim delom ter s tem potreba, da se zagotovi pravilno delovanje trga dela, *utemeljen splošni interes*, ki upravičuje zakonodajalčeve ukrepe v smislu določanja maksimalnega trajanja ali veriženja napotitev (na primer v Belgiji ali Nemčiji) ali pogojevanja napotitve z eksplicitno navezavo, da gre za začasno delo ali z zakonsko določenimi objektivnimi pogoji kot to velja za pogodbe za določen čas (na primer v Belgiji). Ta ukrep bi lahko v slovenski zakonodaji konkretizirali oz. uveljavili na naslednje načine:

a) zakonsko ureditev bi dopolnili z določilom o najdaljšem trajanju napotitve istega delavca k istemu uporabniku

Najdaljše trajanje posamezne napotitve bi bilo lahko določeno za vse napotitve enako (splošna omejitev), lahko pa bi bila poleg takšne omejitve (ali namesto nje) določena omejitev najdaljšega trajanja napotitve le za različne dejavnosti, poklice ali vrste dela različno (posebne omejitve). Na primer, splošna maksimalna omejitev trajanja napotitve bi bila lahko določena do največ enega leta, pri čemer trimesečne prekinitve ne bi pomenile prekinitve trajanja tega obdobja, kot je podobno to že določal prejšnji ZDR v 59. členu, zakonodajalec pa je to

¹⁵ Uradni list RS št. 80/10 in naslednje.

¹⁶ Kresal Šoltes, K. Komentar k členom 59 – 63 ter uvodno pojasnilo, str. 346 – 378, v: Belopavlovič, N., et.al., zakon o delovnih razmerjih s komentarjem, navedeno delo, 2019.

pravilo leta 2013 z novim ZDR-1 ukinil. Podobno je tudi nemški zakonodajalec v preteklosti najprej takšno omejitev določal, jo zaradi cilja večje fleksibilnosti trga dela kasneje opustil, a ker se je to izkazalo kot neustrezno in za enega od razlogov za segmentacijo trga dela, je z obsežno reformo agencijskega dela leta 2017 ponovno zakonsko omejil najdaljše trajanje napotitve.

b) zakonsko ureditev najdaljšega trajanja posamezne napotitve bi lahko kombinirali z določitvijo maksimalnega števila ponovnih napotitev istega delavca k istemu uporabniku

Zakonodaja bi lahko na primer določila, da je za posamezno delo pri uporabniku dovoljena napotitev največ dvakrat v obdobju 1 leta, pri čemer trajanje ponovne napotitve ne more biti daljše od trajanja prve napotitve (po zgledu belgijske ureditve). S takim ukrepom bi lahko preprečevali nepotrebno veriženje kratkotrajnih istih napotitev in tako omilili tveganje za prekarnost na področju varstva oz. trajanja zaposlitve agencijskih delavcev.

c) zakonsko ureditev bi lahko dopolnili s tem, da bi pogojevali uporabo agencijskega dela le v zakonsko določenih primerih začasne potrebe po delu

Ta ukrep je lahko alternativa ali pa še boljše dopolnitev prejšnjih dveh ukrepov – tako bi posamezno napotitev omejili časovno, preprečili drobljenje na več krajših istih napotitev ter jo pogojevali z obstojem enega od zakonsko taksativno naštetih primerov oz. razlogov, za katere je že zakonodajalec presodil, da gre za utemeljene začasno povečane potrebe po delu, tako kot je to v veljavni slovenski ureditvi določeno glede sklepanja pogodbe o zaposlitvi za določen čas (na primer zaradi nadomeščanja odsotnega delavca, zaradi povečanega obsega dela, sezonskega dela ipd. glej 54. člen ZDR-1); tak kombiniran pristop na primer pozna belgijska zakonodaja.

4.2. Kvote ter druge omejitve in prepovedi uporabe agencijskega dela

Določitev maksimalnega števila agencijskih delavcev v razmerju do zaposlenih delavcev pri uporabniku je zelo pogost zakonski ukrep omejevanja uporabe agencijskega dela in ga poznamo tako v slovenski zakonodaji (3. odstavek 59. člena ZDR-1) kot v številnih primerjalnopравниh ureditvah. Ker slovenski ZDR-1 relativizira splošno kvoto s številnimi izjemami, ocenjujem, da to pravilo ni dovolj učinkovito in predlagam de lege ferenda naslednje ukrepe:

a) znižanje sedanje splošne zakonske kvote in odprava izjem

Sedanja zakonska kvota bi se lahko znižala iz 25 % na primer na 10%, za manjše delodajalce pa do določenega števila zaposlenih. Prav tako bi lahko črtali sedanje izjeme, tako da s kolektivno pogodbo ne bi bilo možno določiti višje kvote, ampak le nižjo od zakonsko določene. Prav tako bi bilo treba določiti kvoto oz. maksimalno število agencijskih delavcev tudi za manjše delodajalce. Vprašanje je, ali je sedanja ureditev, da se v kvoto ne všttevajo agencijski delavci, ki imajo z agencijo sklenjeno pogodbo za nedoločen čas, ustrezna, ali pa bi bilo treba v prihodnje črtati tudi to izjemo.

b) določitev posebnih, strožjih kvot ali popolna prepoved uporabe agencijskega dela za posamezne poklice, vrsto dela ali dejavnosti

To bi bilo smiselno na primer, če gre za dejavnosti, poklice ali dela, kjer je identificiranih več poškodb pri delu oz. so večja tveganja za poškodbe in poklicne bolezni. Prav tako bi bila takšna prepoved smiselna v dejavnostih, poklicih ali pri delu, kjer je še posebej razbohotena nezakonita praksa ali je zaradi specifične dela otežen nadzor (na primer fizična dela v gradbeništvu, pri natovarjanju in raztovarjanju blaga, delo v skladiščih in v pristaniščih, določeni poklici ali deli javnega sektorja, zdravstvena dejavnost ipd.). Takšne pristope poznajo praktično vse primerjalne ureditve (Poročilo Komisije COM/2014/0176 final).

Glede pravne utemeljitve velja, da je treba vsako tako omejitev utemeljiti na splošnem interesu (glej zgoraj). S prepovedjo uporabe agencijskega dela glede določenih del in nalog lahko učinkovito zasledujemo *tudi cilj preprečevanja tveganja za poškodbe pri delu in poklicne bolezni*, kjer raziskave prav tako identificirajo visoko stopnjo tveganja.

4.3. Preprečevanje navideznih napotitev in drugih zlorab in kršitev v praksi

a) domneva vzpostavitve delovnega razmerja z uporabnikom v primeru navideznih ali prikritih napotitev, nedovoljenih napotitev in drugih kršitev

Raziskave in sodna praksa kažejo, da je v Sloveniji glede agencijskega dela problematična ne toliko zakonodaja kot pa razbohotena nezakonita praksa, ki po eni strani povzroča nelojalno konkurenco agencijam in uporabnikom, ki spoštujejo zakonodajo, po drugi strani pa spravlja delavce v težak prekarni položaj.

Velik problem predstavljajo t.i. *navidezne napotitve* delavcev k uporabniku, ko posredniki sploh niso agencije, ampak posredujejo svoje delavce kot *podizvajalci*, čeprav dejansko to niso, ampak zgolj prikrivajo dejansko delovno razmerje delavcev pri uporabniku. Drug primer kršitev so primeri, ko po zakonu napotitev ni dovoljena, agencija pa vseeno posreduje uporabniku delavce. Kot učinkovit zakonodajni ukrep za preprečevanje tovrstnih zlorab v praksi predlagam po vzoru nemškega zakonodajalca iz zadnje obsežne reforme agencijskega dela iz leta 2017 oz. po vzoru pristopa, ki ga slovenski zakonodajalec določa za primere nezakonitega sklepanja pogodb za določen čas s sankcijo transformacije v pogodbe za nedoločen čas, ukrep vzpostavitve delovnega razmerja z uporabnikom.

Določba 59. člena ZDR-1, ki določa primere, v katerih napotitev agencijskih delavcev k uporabniku ni dovoljena, bi se lahko dopolnila z določilom, da v primeru kršitev velja, da je napoteni agencijski delavec sklenil pogodbo o zaposlitvi z uporabnikom, razen kolikor bi agencijski delavec v določenem roku izrecno uveljavljal delovno razmerje pri agenciji. Ta dostavek je zaradi varstva pogodbene svobode na strani agencijskega delavca, ne pa tudi uporabnika kot stranke, ki je odgovorna za kršitev zakonodaje in se zato ne bi mogel sklicevati na varstvo pogodbene svobode.

Enako bi se dopolnila določba 166. člena ZUTD za primer, ko bi uporabnik sprejel delavce od podjetij, ki nimajo dovoljenja za posredovanje delavcev (neprave oz. prikrite napotitve). Tako bi lahko ustrezno sankcionirali primere, ko uporabnik krši pravilo, da sme sprejeti na delo začasne delavce le s strani agencije, ki ima potrebna dovoljenja, ne pa tudi delavcev od navideznih podizvajalcev, ki glede na vrsto in način dela posredovanih delavcev to niso. Podobno se dopolni tudi določilo drugega odstavka 165. člena ZUTD kolikor se nanaša na prikrite napotitve (navedena določba je tudi sicer nejasna glede česa zakonodajalec določa prepoved). Dopolnitev ZUTD v smislu določitve sankcije vzpostavitve delovnega razmerja z uporabnikom bi po naši oceni najbolj učinkovito naslovila enega od trenutno najbolj perečih problemov, to je *vprašanje pravega delodajalca*.

Sankcija domneve vzpostavitve delovnega razmerja z uporabnikom bi se lahko uporabila tudi za druge najhujše kršitve zakonodaje, lahko v kombinaciji s sedaj določeno denarno kaznijo (na primer tudi za kršitev maksimalnega trajanja napotitve, če bi tako pravilo ponovno uveljavili, po zgledu nemškega zakonodajalca).

Hkrati s sankcijo vzpostavitve delovnega razmerja z uporabnikom, bi določili tudi *solidarno odgovornost dotedanjega formalnega/navideznega delodajalca*

za vse obveznosti iz delovnega razmerja, ki so nastale do trenutka ugotovitve delovnega razmerja z neposrednim uporabnikom.

Tako kot ostale ukrepe, ki omejujejo uporabo agencijskega dela, je treba tudi ta ukrep utemeljiti na splošnem interesu v smislu 4. člena direktive (podrobneje glej zgoraj).

b) okrepiti inšpekcijo dela in učinkovitost nadzora ter izboljšati evidenco na spletni strani ministrstva

Pomen inšpekcije dela in učinkovitosti inšpekcijskega nadzora je zagotovo eden od ključnih vzvodov za preprečevanje zlorab in anomalij trga dela. Na to stroka opozarja že desetletja. Brez okrepitve inšpekcije dela ni mogoče pričakovati izboljšanja stanja na tem področju, ne glede na spremembe zakonodaje.

c) okrepiti vlogo predstavnikov delavcev pri uporabniku (informiranje, posvetovanje, soglasje) in pomen kolektivnega pogajanja

Vprašanje sodelovanja delavskih predstavništev pri informiranju, posvetovanju in odločanju o zadevah v zvezi z angažiranjem zunanjih delavcev je predstavljeno v posebnem prispevku avtorice Valentine Franca v tej reviji. Glede pomena kolektivnega pogajanja pa naj izpostavim, da raziskave kolektivnih pogodb kažejo, da zaenkrat še ne vsebujejo določb, ki bi omejevale nadomeščanje stalnih zaposlitev na račun angažiranja zunanjih delavcev. Nasprotno, nekaj kolektivnih pogodb dejavnosti celo povečuje zakonsko kvoto agencijskih delavcev pri uporabniku. Vsi zgoraj predstavljeni predlogi ukrepov nadgradnje zakonodaje, bi bili lahko uveljavljeni tudi s kolektivnimi pogodbami oziroma bi bili lahko v prihodnje na agendi kolektivnega pogajanja. Aktivnejša vloga socialnih partnerjev bi bila zagotovo dobrodošla, saj gre za pomembne vsebine, ki so neposredno prepletene tudi s problematiko prekarnega dela.

5. ZAKLJUČEK

Ena od značilnosti sodobnega trga dela je tudi izgubljanje stalnih zaposlitev na račun vedno večjega angažiranja zunanjih delavcev, ki niso neposredno zaposleni pri delodajalcu. Takšen trend lahko vodi v anomalijo in nepravilno delovanje trga dela ter je eden od vzrokov za prekarizacijo dela. Z vidika delavca je stalna zaposlitev z vsem delovnopravnim in socialnopravnim varstvom na temelju zakonodaje in kolektivnih pogodb še vedno največji garant za dostojno, varno in

ustrezno plačano delo. Kakšna je pri tem lahko vloga zakonodajalca in socialnih partnerjev ter kakšne ukrepe lahko ti sprejmejo z namenom varstva stalne zaposlitve, je v prispevku prikazano na primeru ureditve začasnega agencijskega dela.

V skladu z Direktivo 2008/104/ES o delu prek agencij za zagotavljanje začasnega dela so prepovedi in omejitve pri uporabi začasnega agencijskega dela upravičene le zaradi razlogov *splošnega interesa* in ki se nanašajo predvsem na varstvo agencijskih delavcev, zahteve glede zdravja in varnosti pri delu in potrebo, da se zagotovi pravilno delovanje trga dela in preprečevanje zlorab. Iz primerjanopravne analize izhaja, da države članice z različnimi ukrepi preprečujejo ali omejujejo uporabo začasnega agencijskega dela.

Najnovejša analiza slovenske pravne ureditve, ki se je zaključila marca 2020 v okviru projekta MAPA (Multidisciplinarna analiza prekarnega dela – pravni, ekonomski, socialni in zdravstveno varstveni vidiki; dostopno na: <https://institut-delo.com/S40400/MAPA>) kaže, da je slovenska zakonodaja glede začasnega agencijskega dela ustrezna z vidika dosledne uveljavitve načela enakega obravnavanja, vendar pa nima zadostnih varoval za preprečevanje zlorab in kršitev zakonodaje, prav tako pa je pomanjkljiva, ker ne določa časovne omejitve najdaljšega trajanja napotitve k uporabniku. Avtorica je v okviru navedenega projekta oblikovala številne predloge za izboljšanje veljavne zakonodaje, ki so predstavljeni tudi v tem prispevku, z namenom spodbuditve širše strokovne razprave o izboljšanju sedanje ureditve.

LITERATURA

- Belopavlovič, N., Kresal, B., Kresal Šoltes, K., in Senčur Peček, D. (ur.): Zakon o delovnih razmerjih s komentarjem. IUS Software (GV Založba), Ljubljana 2019.
- Evropska Komisija (2017). Poročilo Komisije (EU) 2017/761 z dne 26. aprila 2017 o evropskem stebru socialnih pravic; Ur. l. EU, L 113/56, 29.4.2017.
- European Commission (2014). Commission staff working document, accompanying the document, SWD(2014) 108 final. Dostopno na: <file:///C:/Users/inst.delo/Downloads/SWD2014108EN.pdf>, 1.9.2020.
- Evropska Komisija (2014). Poročilo Komisije Evropskemu parlamentu, Svetu, Evropskemu ekonomsko-socialnemu odboru in odboru regij o uporabi Direktive 2008/104/ES o delu prek agencij za zagotavljanje začasnega dela (COM/2014/0176 final). Dostopno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014DC0176&from=EN>, 1.9.2020.

- European Parliament: The Role and Activities of Employment Agencies, Eichhorst W. (in drugi), IZA Research Report No. 57, 2013.
- Hanesch, W.: Reform of temporary agency work and service contracts in Germany. European Commission, Bruselj 2017.
- ILO, 2016a. Non – standard employment around the world, *International Labour office Geneve*.
- ILO, 2016b. Countouris, N., Deakin, S., Freedland, M., Koukiadaki, A., Prassl, J. Report on temporary employment agencies and temporary agency work. ILO, EU.
- Kresal Šoltes, K., Strban, G., Domadenik, P. (uredniki). Prekarno delo: multidisciplinarna analiza. Ljubljana: Pravna fakulteta, Ekonomska fakulteta, 2020. Dostopno na: file:///C:/Users/Uporabnik/Downloads/Prekarno_delo%20(14).pdf
- Pulignano, V., Meardi, G., & Doerflinger, N. (2015). Trade unions and labour market dualisation: a comparison of policies and attitudes towards agency and migrant workers in Germany and Belgium. *Work, Employment and Society*, 29(5), 808–825. <https://doi.org/10.1177/0950017014564603>.
- Sartori, A.: Temporary agency work in Europe, Degree of convergence following directive 2008/104/EU, v: *European Labour Law Journal*, 7 (2016) 1, str. 109–125.

Prohibition of Replacing Permanent Employment with External Workers – the Case of Temporary Agency Work

Katarina Kresal Šoltes*

Summary

One of the features of the modern labour market is the loss of permanent employment at the expense of the increasing use of services and work by external workers who are not directly employed by the employer. Such a trend may lead to an anomaly and an incorrect functioning of the labour market. From the perspective of the worker, permanent employment with all the employment and social law protection based on legislation and collective agreements is still the biggest guarantor of decent, safe and properly paid work. What can be the role of the legislator and the social partners and what measures they can take to protect permanent employment is illustrated in the example of temporary agency work arrangements. In accordance with Directive 2008/104/EC on temporary agency work, prohibitions and restrictions on the use of temporary agency work are justified only on the grounds of general interest related in particular to the protection of agency workers, health and safety requirements at work and the need to ensure proper functioning of the labour market and prevention of abuses (Article 4). From the comparative analysis it is evident that the Member States prohibit or restrict the use of temporary agency work by applying various measures, including measures explained by the need to protect permanent employment. The most recent analysis of Slovenian legal regulation, completed in March 2020 under the MAPA project (Multidisciplinary Analysis of Precarious Work – Legal, Economic, Social and Health Protection Aspects; accessible at: <https://institut-delo.com/S40400/MAPA>) shows that Slovenian legislation on temporary agency work is appropriate in the light of the strict implementation of the principle of equal treatment, but it does not include sufficient safeguards to prevent abuse and violations of the law, and is also deficient because it does not provide for a time limit on the maximum duration of the posting to the user. The need to protect permanent employment is not sufficiently addressed. Experts propose to reintroduce again the statutory maximum duration of each posting,

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

to reduce the current quota of the permitted proportion of agency workers compared to full-time workers, to introduce bans on occupations or activities with the highest risk of abuse, and to introduce a legal presumption of establishment of an employment relationship between a user company and an agency worker in the event of disguised postings and serious breaches of the law, and to strengthen the labour inspection, etc. Another unexploited potential is also a more active role for the social partners.