

DELAVCI - ZUNANJI IZVAJALCI?

Darja Senčur Peček*

UDK: 331:349.2:658.3

Povzetek: Avtorica obravnava nekaj aktualnih delovno-pravnih vidikov outsourcinga. Pri tem se osredotoča na različne pravne položaje delavcev, ki so doslej to delo opravljali v delovnem razmerju z delodajalcem. Prvi je primer prenosa podjetja, kjer je ključno vprašanje, kdaj se v primeru prenosa dejavnosti, kot je čiščenje, ohrani identiteta gospodarske enote. Drugi primer je, ko delodajalec opravljanje določene dejavnosti prenese dose-danjemu delavcu, ki praviloma pred tem postane samostojni podjetnik. V tej zvezi se zastavlja predvsem vprašanje potrebnega varstva ekonomsko odvisnih oseb. Poseben problem predstavljajo tristranska razmerja med uporabnikom, izvajalcem storitve in delavci, kjer so delavci pogosto formalno zaposleni pri izvajalcu, dejanski delodajalec pa je uporabnik.

Ključne besede: outsourcing, sprememba delodajalca, ekonomsko odvisni samozaposleni, tristransko razmerje, delavec, delodajalec

WORKERS – OUTSOURCED?

Abstract: The authoress discusses some current issues regarding the outsourcing. She focuses on the different legal position of the employees who were formerly employed by the employer. One of them is transfer of the undertaking. The most important question in the case of transfer of the services (for example cleaning) is, when the economic entity retains its identity. Very common is also the situation where the employer contract-out certain activity to the former employee (who becomes self-employed person). This category of economically dependent workers needs certain labour-law protection. Special problem are triangle relationships between

* Darja Senčur Peček, doktorica pravnih znanosti, docentka na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru

darja.sencur-pecek@uni-mb.si

Darja Senčur Peček, PhD, Assistant Professor at the Faculty of Law, University of Maribor

user, provider of the service and employee, where the question of the true employer arises.

Key words: *outsourcing, transfer of the undertaking, economically dependent self-employed, triangle relationship, employee, employer*

1. UVOD

Organizacija dela in načini njegovega opravljanja so se v letih od nastanka delovnega prava zelo spremenili. Vertikalno (piramidalno) organizacijo dela je zamenjala horizontalna, pojavljajo se ohlapne organizacijske oblike. Poleg tega se delodajalci vedno bolj poslužujejo t.i. outsourcinga,¹ se pravi pogodbene prepustitve določenih (praviloma stranskih) funkcij oziroma dejavnosti zunanjim izvajalcem. Namesto da bi določena opravila, dela opravljali pri delodajalcu zaposleni delavci, jih kot storitev opravljajo zunanji izvajalci oz. pri njih zaposleni delavci. Outsourcing omogoča podjetjem, da se osredotočijo na temeljno dejavnost, stranske pa prepustijo specialistom in s tem zmanjšajo stroške.

Pojav množičnega outsourcinga, viden v razvitih državah Evrope in sveta, pa tudi v Sloveniji, ima močne delovno-pravne učinke. Situacije so lahko zelo različne, pravno varstvo dosedanjih delavcev delodajalca, ki je določeno dejavnost prepustil zunanjemu izvajalcu pa odvisno od tega, ali jih delovno pravo zajame tudi v novem pravnem položaju ali pa zaradi odstopanja od tradicionalnih konceptov iz tega varstva izpadejo.

V primeru, ko delodajalec svojo dejavnost kot del podjetja prenese na zunanjega izvajalca in se uporabi institut spremembe delodajalca, so delavci ustrezno varovani. Na podlagi zakona preidejo k novemu delodajalcu in tam ohranijo dosedanje pravice iz delovnega razmerja. Ključno pri uporabi instituta spremembe delodajalca je vprašanje, ali se je pri prenosu ohranila gospodarska enota. Glede na novejšo sodno prakso Sodišča EU je odgovor na navedeno vprašanje še posebej nejasen v primerih, ko gre za prenos dejavnosti, za katero niso značilna sredstva in oprema, ampak predvsem delavci (na primer outsourcing dejavnosti čiščenja).

Pogost primer outsourcinga predstavljajo situacije, ko delodajalec določeno dejavnost s pogodbo prepusti v opravljanje dosedanjim delavcem, ki postanejo sa-

¹ Gre za Outside Resource Using (uporabo zunanjih virov).

mozaposleni (na primer samostojni podjetniki). Z vidika delodajalca se naveden pojav označuje kot t.i. beg iz delovnega prava,² z vidika dosedanjih delavcev pa kot nova samozaposlenost (Neue Selbständigkeit; modern self-employment). Ta se kaže ne le v novejših branžah (informacijska tehnologija), ampak tudi v branžah, v katerih so včasih delo tradicionalno opravljali delavci (na primer pospeševalci prodaje, šoferji kamionov, ki dostavljajo zamrznjeno hrano).³ Poleg primerov, ko formalno samozaposleni v resnici po svojih značilnostih še vedno ohranjajo razmerje, ki se ne razlikuje od delovnega razmerja, se ugotavlja tudi velik delež t.i. ekonomsko odvisnih samozaposlenih, ki se jim v mnogih evropskih državah priznava določen obseg delovno-pravne zaščite.

Z vidika delovnega prava najbolj problematičen pa je pojav outsourcinga, v katerem dosednji delodajalec zunanjemu izvajalcu (podizvajalcu) sicer formalno prepusti v izvajanje določeno dejavnost, a na tak način, da pri tem ohrani popolni nadzor nad načinom izvajanja te storitve in nad opravljanjem dela delavcev. Delavci imajo pogodbo o zaposlitvi sklenjeno z izvajalcem storitve, delo pa opravljajo izključno za uporabnika, v njegovih prostorih, po njegovih navodilih. V tej zvezi se v teoriji delovnega prava že zastavlja vprašanje, kdo je delodajalec teh delavcev – je to res izvajalec storitve (podizvajalec), je to morda uporabnik ali oba solidarno?

2. OUTSOURCING KOT PRENOS PODJETJA

Delovno-pravni vidiki prestrukturiranja podjetij so že od 70. let prejšnjega stoletja predmet urejanja na evropski ravni.⁴ Namen te ureditve ni bil le v zagotovitvi ustrezne zaščite delavcem, ampak tudi (predvsem?) v preprečitvi odpora delavcev, ki bi negativno vplival na prestrukturiranje podjetij⁵ in v izenačenju nivoja delovno-pravnih standardov v posameznih državah članicah, kar naj bi preprečilo »tekmo proti

² Glej Rebhahn R., *Der Arbeitnehmerbegriff in vergleichender Perspektive*, *Recht der Arbeit*, 3/2009 (v nadaljevanju Rebhahn I), stran 163.

³ Waas B., *The Legal Definition of the Employment relationship*, *European Labour Law Journal*, Volume I (2010), št. 1, (v nadaljevanju Waas), stran 51.

⁴ Gre za direktive, ki se nanašajo na kolektivno odpuščanje, na varstvo pravic delavcev v primeru prenosa podjetij in na varstvo pravic delavcev primeru insolventnosti delodajalca.

⁵ Prestrukturiranje podjetij pa je bilo tesno povezano s pretvorbo nacionalnih trgov v notni evropski trg.

dnu». ⁶ V tem kontekstu je treba razumeti tudi Direktivo 77/187/EGS o zblizevanju zakonov držav članic glede varstva pravic delavcev v primeru prenosov podjetij, obratov ali delov obratov, ⁷ ki je bila kasneje spremenjena z Direktivo 98/50/ES, ki spreminja in dopolnjuje Direktivo 77/187/EGS, ⁸ obe pa sta bili razveljavljeni in nadomeščeni z novo Direktivo 2001/23/ES o zblizevanju zakonov držav članic glede varstva pravic delavcev v primeru prenosov podjetij, obratov ali delov podjetij ali obratov (v nadaljevanju: direktiva). ⁹ Direktiva vzpostavlja tri stebre zaščite delavcev: avtomatski prenos delovnega razmerja z vsemi pravicami in obveznostmi od delodajalca prenosnika na delodajalca prevzemnika; zaščito delavcev pred odpovedjo s strani delodajalca prenosnika ali prevzemnika in obveznost delodajalca prenosnika in delodajalca prevzemnika, da delavske predstavnike obveščata in se z njimi posvetujeta. ¹⁰

Navedena direktiva, ki je bila v slovenski pravni sistem implementirana s 73. in 74. členom Zakona o delovnih razmerjih ¹¹ (v nadaljevanju: ZDR) je bila in je še pogosto predmet obravnave pred sodiščem EU v postopkih predhodnega odločanja. ¹² K razlagi očitno nejasne ureditve ni prispevalo niti Sodišče EU s svojimi, pogosto nasprotujočimi si odločitvami. Na to kaže kontinuiran pritok tovrstnih zadev, ki se noče in noče ustaviti. Med njimi so najpomembnejše tiste, ki se nanašajo na vprašanje uporabe direktive, se pravi na vprašanje, ali (lahko) gre v konkretnem primeru za prenos podjetja. Posebej problematično je to vprašanje v primeru outsourcinga, ki se je množično začel uveljavljati v Evropi v času, ko je direktiva že veljala.

Čeprav je bil razlog za sprejem direktive predvsem v ureditvi položaja delavcev v primeru združitve in prevzema, ki so bili povezani z notnim trgov, je bil pojem prenosa podjetja v direktivi opredeljen širše. ¹³ Ko so se sredi osemdesetih let prejšnjega stoletja pred Sodiščem EU pojavili primeri, ki so se nanašali na

⁶ Glej, Jeffery M., *European Labor Laws Relating to Business Restructuring*, *Comparative Labour Laws & Policy Journal*, leto izdaje 24 (2003), številka 4 (v nadaljevanju Jeffery), strani 670-671.

⁷ OJ L 061; 5. 3. 1977.

⁸ OJ L 201; 17. 7. 1998.

⁹ OJ L 082; 22. 3. 2001.

¹⁰ Barnard C., *EC Employment Law*, Third Edition, Oxford University Press, 2006, stran 621, 622 (v nadaljevanju Barnard).

¹¹ Uradni list RS št. 42/2002 in 103/07.

¹² Gre za največkrat obravnavano direktivo. Tako Barnard, stran 620.

¹³ Zanimivo je, da se je prvi osnutek direktive nanašal le na zagotovitev pravic delavcev v primeru združitve, prevzema in pripojitev.

zagotavljanje storitev, je Sodišče potrdilo, da sodijo v okvir direktive, čemur so nasprotovale nekatere države članice in poslovni lobiji.¹⁴ Hkrati pa Sodišče s svojimi odločitvami ni uspelo ustvariti jasnih in konsistentnih pravil v zvezi z uporabo direktive na področju zagotavljanja storitev.¹⁵

Dejstvo je, da so okoliščine primerov, ko gre za pogodbeno zagotavljanje storitev lahko zelo raznovrstne. Gre lahko za različne storitve, ki pogosto predstavljajo zgolj stransko dejavnost (čiščenje, varovanje, priprava hrane), kar pa glede na dikcijo spremenjenega 1b. člena direktive ni ovira za njihovo vključitev v okvir direktive.¹⁶ Kar se tiče strank, iz prakse Sodišča EU izhaja, da je lahko uporabnik podjetje, pa tudi oseba javnega prava, prav tako je lahko ponudnik storitve gospodarska družba, pa tudi neprofitna organizacija.¹⁷ Glede na vrsto spremembe, ki lahko nastopi pri izvajanju storitve, ločimo tri skupine primerov, vse pa lahko glede na odločitve Sodišča EU spadajo v okvir direktive. V prvo sodijo primeri, ko se uporabnik odloči, da določene storitve ne bo več opravljal sam, ampak jo s prepusti v opravljanje zunanjemu izvajalcu – contracting out ali outsourcing (*C-201/91, Rask*), v drugo primeri nasledstva pogodb o opravljanju storitev, ko ob izteku pogodbe s prvim izvajalcem uporabnik opravljanje iste storitve prepusti drugemu izvajalcu (*C-13/95, Sützen*) in v tretjo primeri, ko uporabnik ob poteku pogodbe z izvajalcem ponovno prične z izvajanjem dejavnosti z lastnimi zaposlenimi – insourcing (*C-173/96, C-247/96 in 74/97, Sanchez*).

Ključno vprašanje, od katerega je odvisen pravni položaj delavcev je, ali je v konkretnem primeru na podlagi pravnega prenosa ali združitve oz. delitve prišlo do prenosa podjetja ali dela podjetja v smislu 73. člena ZDR¹⁸ oziroma 1. člena direktive.¹⁹

¹⁴ Glej Jeffery, stran 683.

¹⁵ Teh pravil pa ne vsebuje niti direktiva, saj se je v času njenega sprejemanja predvidevalo, da s prepoznavanjem velikih združitvev in prevzemov (na katere se je direktiva osredotočala), ne bo težav.

¹⁶ V 1. b členu direktive je izrecno določeno, da lahko gre za prenos podjetja tudi, če gre za stransko dejavnost.

¹⁷ Glej primere *C-29/91* (Redmond Sticthing, *C-343/98* (Collino); *C-173/96, C-247/96 in 74/97* (Sanchez), *C-175/99* (Mayeur), *C- 452/02* (Delahaye).

¹⁸ Iz 1. odstavka 73. člena ZDR izhaja, da »če pride zaradi pravnega prenosa podjetja ali dela podjetja, izvedenega na podlagi zakona, drugega predpisa, pravnega posla oziroma pravnomočne sodne odločbe ali zaradi združitve ali delitve do spremembe delodajalca, preidejo pravice in obveznosti iz delovnih razmerij, ki so jih delavci imeli pri delodajalca prenosniku na delodajalca prevzemnika.«

¹⁹ Kot izhaja iz 1. člena se direktiva uporablja za vsak prenos podjetja ali dela podjetja na drugega delodajalca, ki je posledica pravnega prenosa ali združitve. Za prenos podjetja v smislu direktive se

V konkretnem primeru je torej treba ugotoviti:

- ali je bil izveden pravni prenos²⁰ in
- ali je na tej podlagi prišlo do prenosa podjetja oziroma dela podjetja.

Pravni prenos

Sodišče EU je v zvezi z razlago pojma pravni prenos zavzelo široko interpretacijo. Iz sodb izhaja, da do prenosa podjetja lahko pride na podlagi pogodbe o prodaji podjetja, pa tudi na podlagi pogodbe o leasingu (*Ny Molle Kro*, C 287/86; *Daddy's Dance Hall*, C 324/86, *Bork*, C 101/87) ali pogodbe o prepustitvi opravljanja storitev - contracting out, tako v zasebnem sektorju (*Rask*, C 209/91) kot v javnem sektorju (*Sanchez Hidalgo*, C - 173/96 in C 247/96). Za pravni prenos se šteje tudi prenos, do katerega pride na podlagi upravnega ali zakonskega akta (*Sophie Redmond*, C 29/91, *Temco*, C-51/00 - akt lokalne oblasti; *Martin*, C-4/01, *Celtec*, C-478/03 - privatizacija), na podlagi sodne odločbe (*Abels*, C 135/83, *d'Urso*, C-362/89, *Dethier Equipment v. Dassy*, C-319/94, *Europieces*, C-399/96 - primeri postopkov prenehanja družbe s sodno odločbo), in celo brez katerega od navedenih pravnih aktov in brez pogodbe (*Merckx and Neuhuys*, C - 171/94 in C - 172/94).

Iz odločitev Sodišča izhaja, da pojem pravni prenos zajema skoraj vsa razpolaganja,²¹ da se torej direktiva uporablja v primeru vsake pravne spremembe osebe delodajalca.²² Iz ene novejših sodb (*Abler*, C-340/01) izhaja, da se »direktiva uporablja vedno, ko je v kontekstu pogodbenih razmerij prišlo do spremembe fizične ali pravne osebe, ki je odgovorna za izvajanje posla in vstopi v obveznosti delodajalca v razmerju do delavcev podjetja.« Gre torej za široko formulacijo, ki se bolj osredotoča na rezultat prenosa, kot na obliko, v kateri do njega pride.

Slovenski ZDR že upošteva ekstenzivno razlago pojma pravni prenos, saj v 1. odstavku 73. člena navaja različne možne načine pravnega prenosa (zakon, drugi

šteje prenos gospodarske enote, ki ohrani svojo identiteto, se pravi organiziranega skupka virov, katerega cilj je opravljanje gospodarske dejavnosti, ne glede na to ali je glavna ali stranska.

²⁰ Glede na tematiko prispevka (outsourcing) puščamo združitve in delitve kot statusni preoblikovanji ob strani.

²¹ Glej Barnard, stran 643.

²² Glej sodbo v zadevi *Allen*, C-234/98, točka 17.

predpis, pravni posel, sodna odločba). Mednje upošteva prakso Sodišča EU nedvomno sodijo tudi vse tri oblike pogodbenega prenosa opravljanja storitev.

Prenos podjetja ali dela podjetja

Glede na široko razlago pojma pravni prenos, je za uporabo direktive oz. 73. člena ZDR ključno vprašanje, ali je v konkretnem primeru dejansko prišlo do prenosa podjetja ali dela podjetja.

Po vrsti različnih formulacij, ki jih je v zvezi z vprašanjem pojma podjetja oziroma dela podjetja razvilo Sodišče EU, se je s spremembo direktive v 1.b členu jasno določilo, da je predmet prenosa »gospodarska enota, ki ohrani svojo identiteto, se pravi organiziran skupek virov, katerega cilj je opravljanje gospodarske dejavnosti, ne glede na to, ali je ta dejavnost glavna ali stranska.« Ključna je torej presoja, ali je prenesena gospodarska enota ohranila svojo identiteto.

Za namen te presoje je Sodišče EU razvilo t.i. multi-factor test (test na podlagi več kriterijev). Seznam teh kriterijev je sodišče prvič izpostavilo v znanem primeru *Spijkers*:²³ vrsta podjetja ali posla, na katerega se nanaša prenos, ali so ali niso prenesene nepremičnine in premičnine, vrednost imaterialnega premoženja v času prenosa, ali je bilo jedro zaposlenih prevzeto s strani novega delodajalca, ali so bili preneseni kupci, stopnja podobnosti med dejavnostmi, ki so se izvajale pred in po prenosu in obdobje morebitne vmesne prekinitve dejavnosti. Gre za odprto listo kriterijev, pri čemer noben od teh kriterijev ni odločujoč sam po sebi, ampak je teža posameznega kriterija odvisna od vrste podjetja v konkretnem primeru. Navedeni test oziroma kriteriji so postali nekakšna »mantra«, ki jo Sodišče ponavlja v vseh svojih sodbah.

Na odločitve Sodišča pa so zelo vplivali tudi testi, ki so že obstajali v državah članicah, ki so že pred sprejemom direktive z nacionalnim pravom urejale prenos podjetja. Šlo je za dva testa, od katerih je vsak temeljil na enem ključnem kriteriju – prvi na prenosu delovnih sredstev (premoženja) med enim in drugim delodajalcem in drugi na dejavnosti – na tem, ali je novi delodajalec opravljal natanko isto dejavnost, kot prejšnji.²⁴ Oba testa sta obstajala pred množičnim razmahom

²³ *Spijkers v. Gebroeders Benedik Abbatoir*, C 24/85.

²⁴ Glej Jeffery, stran 691. V tej zvezi glej tudi Barnard, stran 637, ki navaja, da temelji test dejavnosti na delovno-pravnem pojmovanju podjetja, test sredstev pa na gospodarsko-pravnem pojmovanju.

outsourcinga in nedvomno imata drugačen učinek, če se uporabljata v primerih pogodbenega prenosa storitev. Z uporabo testa dejavnosti v primeru prenosa storitev ti primeri praviloma pridejo v okvir direktive, če pa se uporabi test sredstev, je uporaba direktive odvisna od tega, kaj se zgodi s sredstvi, kar je arbitrarni kriterij, saj je odvisen od dogovora strank, poleg tega so v določenih primerih sredstva last uporabnika, v določenih primerih pa se za izvajanje dejavnosti ne zahteva uporaba posebnih sredstev.

Čeprav je Sodišče razvilo svoj multi-factor test je v praksi pri svojih odločitvah nihalo med testom dejavnosti in testom sredstev.

V starejših sodbah v zvezi s prenosom podjetja je Sodišče EU uporabilo test dejavnosti. Kot ključno za uporabo direktive je štelo ohranitev identitete podjetja, ki se je izkazovala s tem, da se je njegovo delovanje dejansko nadaljevalo ali ponovno vzpostavilo s strani novega delodajalca, z enakimi ali podobnimi dejavnostmi. Navedeno stališče je kulminiralo v zadevi *Schmidt (C-392/92)*.²⁵ Široka razlaga pojma prenos podjetja, kot je izhajala iz sodbe v navedeni zadevi je bila predmet kritik delodajalcev, posameznih komentatorjev in vlad največjih držav članic.²⁶

To je bil verjetno tudi razlog za preobrat, do katerega je prišlo v zadevi *Süzen (C-13/95)*.²⁷ V navedeni sodbi in naslednjih je Sodišče EU zavrnilo test dejavnosti in poudarilo pomen multi-factor testa in testa delovnih sredstev. Zavzelo je stališče, da golo dejstvo, da je storitev, ki jo izvaja stari pogodbenik podobna tisti, ki jo izvaja novi pogodbenik, ne opravičuje sklepa, da je šlo za prenos gospodarske enote. Takšna gospodarska enota ne more biti zreducirana na dejavnost, ki jo opravlja. Njena identiteta je odvisna tudi od drugih faktorjev, kot so delovna sila, vodstveni kader, način, na katerega je organizirano delo, metode poslovanja, kjer je to primerno tudi sredstva za delo, ki so ji na voljo.²⁸

²⁵ Sodišče je dogovor o prenosu opravljanja pomožne dejavnosti čiščenja, ki jo je pred prenosom opravljala ena sama delavka štelo za prenos podjetja v smislu Direktive.

²⁶ Predvsem Nemčije, Francije in Velike Britanije. Po drugi strani pa je Evropski parlament nasprotoval težnjam po zoževanju obsega direktive, ki je sledil navedeni sodbi. Tudi posamezne stranke v Veliki Britaniji so se zavzemale za širšo razlago direktive, kot je izhajala iz sodbe v zadevi *Schmidt*, predvsem iz razloga pravne varnosti. Glej Jeffery, stran 692.

²⁷ Primer se je nanašal na drugostopenjski prenos opravljanja storitev (contracting out). Družba A, ki je čiščenje svojih prostorov prenesla na B, je odpovedala to pogodbo in za izvajanje podobnega dela sklenila pogodbo s C, ne da bi hkrati prišlo do prenosa premičnih ali nepremičnih poslovnih sredstev od enega na drugo podjetje.

²⁸ Glej sodbo v zadevi *Süzen*, točka 15.

Iz kasnejših sodb Sodišča EU izhaja, da je pri ugotavljanju, ali je prišlo do prenosa gospodarske enote pomembno razlikovanje med posli (dejavnostmi), ki temeljijo na delovnih sredstvih, in posli, pri katerih delovna sredstva niso pomembna, ampak temeljijo na delovni sili. V primeru poslov, ki temeljijo na delovnih sredstvih, opremi, lahko pride do prenosa podjetja le, če je bilo trajno ali začasno prenese-no premično ali nepremično premoženje (primer *Oy Liikenne, C-172/99, Carlito Abler* in drugi, C – 340/01). V dejavnostih (kot so čiščenje, varovanje), kjer je bistvenega pomena delovna sila, lahko skupina delavcev, ki stalno opravljajo ne-ko delo pomeni gospodarsko celoto (primeri *Süzen, Hernandez Vidal in drugi, C-127/96, C-229/96 in C-74/97; Sanchez Hidalgo in drugi*). V teh primerih do prenosa podjetja pride le, če prevzemnik prevzame večino prenosnikovih delavcev (po številu in usposobljenosti), ki so bili pri prenosniku zadolženi za opravljanje določenega dela.²⁹

Kot izhaja iz navedenih primerov, je Sodišče zavzelo stališče, da je v konkretnem primeru za odločitev o obstoju identitete gospodarske enote (poleg opravljanja enake dejavnosti) pomemben bodisi prenos delovnih sredstev bodisi prenos delavcev, nikoli pa ni treba v istem primeru presoјati obeh kriterijev. Pri tem je mogoče hkrati ugotoviti, da Sodišče ni dalo jasnih usmeritev v zvezi s presoјo ali se posamezna dejavnost uvršča med tiste, ki temeljijo na delovnih sredstvih ali med tiste, ki temeljijo na delavcih.³⁰ Kot kaže množica novejših primerov pred Sodiščem EU, ki se nanašajo na prenos storitev, razlaga direktive v tej zvezi še vedno ni jasna in povzroča težave delavcem in delodajalcem v državah članicah.³¹

Dodatni pomislek v zvezi z navedeno razlago pojma prenosa podjetja v primeru outsourcinga se pojavlja zaradi možne arbitrarnosti delodajalcev, ki se lahko izogonejo uporabi direktive. Če sledimo razlagi, da je prenos podjetja podan le v primeru, če je prišlo do prenosa sredstev ali skupine delavcev,³² to dejansko

²⁹ Glej sodbo v zadevi *Sanchez Hidalgo in drugi, točka 21, Temco, točka 27*.

³⁰ Sodišče je tako presodilo, da storitev javnega prevoza temelji na delovnih sredstvih (*Oj Liikenne*), prav tako catering v bolnici (*Abler*), medtem ko vrtanje tunelov v rudniku ne temelji na delovnih sredstvih (*C-234/98, Allen*).

³¹ Na to opozarja na primer Jeffery, stran 693-695, prav tako je najti tovrstna stališča v nemški literaturi – glej na primer Schaub G., Koch U., Linck R. in Vogelsang H., *Arbeitsrechts- Handbuch*, 13. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2009, stran 1194 (v nadaljevanju Schaub et al.)

³² Tako v Barnard, stran 642. Drugačno razlago navedenih sodb glej v Deakin S., Morris G. S., *Labour Law, Fifth Edition*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2009, stran 201 (v nadaljevanju Deakin, Morris), kjer je zavzeto stališče, da s tem, ko Sodišče poudarja pomen obstoja organizirane skupine oseb in premoženja pred prenosom, prevzemniku implicitno otežuje, da bi se izognil direktivi s tem, da ne bi prevzel delavcev.

pomeni, da je v teh primerih uporaba direktive odvisna od volje prevzemnika, da prevzame ali ne prevzame delavce (kar je v nasprotju z duhom direktive, katere namen je zaščita zaposlitve delavcev).

Na to kaže tudi en zadnjih primerov, *Clece SA (C-463/09)*, v katerem je Sodišče odločilo, da »se direktiva ne uporablja za položaj, ko se občinska uprava, ki je prepustila čiščenje svojih prostorov zasebnemu podjetju, odloči, da bo odpovedala pogodbo, ki jo je sklenila s tem podjetjem, in sama opravljala dejavnost čiščenja teh prostorov tako, da zaposli novo osebje.« Kot izhaja iz sodbe (točki 40 in 41) je bil glavni razlog za zavrnitev uporabe direktive v tem, da je občinska uprava zaposlila nove delavce in ni prevzela delavcev družbe Clece, ki so doslej pri njej opravljali dejavnost čiščenja, saj identiteta gospodarske enote, ki temelji na delovni sili ne more biti ohranjena, če domnevni pridobitelj ne prevzame bistvenega dela njenih zaposlenih. Po mnenju Sodišča za obstoj identitete gospodarske enote ni pomembno, ali je prevzem bistvenega dela zaposlenih opravljen v okviru pogodbenega prenosa ali pa je posledica enostranske odpustitve delavcev v strani prenosnika in kasnejše zaposlitve bistvenega dela teh zaposlenih s strani prevzemnika. Pri tem Sodišče v točki 38 izpostavlja, da »če bi bila uporaba direktive pogojena s tem, da je bila sklenjena pogodba med prenosnikom in prevzemnikom, bi bilo varstvo delavcev prepuščeno diskrecijski pravici vodstev podjetij, ki bi se lahko s tem, da ne bi sklenila pogodbe izognila uporabi direktive v škodo ohranitve pravic prenesenih delavcev, ki jih zagotavlja 3. 1. člen direktive.« Zanimivo je, da Sodišče izraža tovrstno bojazen, hkrati pa s svojim stališčem dejansko odpira vrata arbitrarnosti. V konkretnem primeru je tako lahko v zvezi z outsourcingom dejavnosti čiščenja s strani občinske uprave na družbo Clece obstajal prenos podjetja (če je na primer občinska uprava prepustitev posla pogojevala z zaposlitvijo bivših občinskih čistilk), po poteku te pogodbe pa (več) ne gre za prenos podjetja, ker občinska uprava teh delavcev (ki so lahko bivši njeni delavci) ne želi ponovno zaposliti.

V tej zvezi se lahko zastavi tudi vprašanje uporabe oziroma neuporabe šestega odstavka 73. člena ZDR v primerih outsourcinga. Gre za določbo, po kateri v primeru, če delodajalec prenosnik začasno prenese na podlagi pravnega posla podjetje na delodajalca prevzemnika, po prenehanju veljavnosti tega pravnega posla preidejo pogodbene in druge pravice in obveznosti iz delovnih razmerij delavcev ponovno na delodajalca prenosnika oziroma na delodajalca – novega prevzemnika. Menim, da bi glede na dikcijo določbe, v primeru, če bi ob prenosu opravljanja določene storitve izvajalec prevzel delavce uporabnika, ob poteku te pogodbe težko zavzeli stališče, da se navedena določba ne uporabi, ker uporabnik ni prevzel delavcev izvajalca.

Slovenska sodna praksa³³ sicer pri razlagi pojma prenosa podjetja tudi v primeru outsourcinga sledi usmeritvam Sodišča EU. Iz posameznih sodb izhaja, da je Vrhovno sodišče RS v primeru dejavnosti, za katere niso potrebna sredstva, priznalo uporabo 73. člena ZDR v primeru, ko je novi delodajalec zaposlil vse delavce, ki so bili doslej zaposleni pri prejšnjem delodajalcu (sodba VIII Ips 352/2007 iz 12. 5. 2009), ni pa je priznalo v primeru, ko delavci niso bili preneseni k novemu delodajalcu (sodba in sklep VIII Ips 126/2009 iz 11. 1. 2011).

S takšno razlago se sicer prepreči, da bi novi izvajalec storitve pogodbeno ali dejansko prevzetim delavcem zagotavljal slabši delovno-pravni položaj (kar je pri prevzemniku storitve pogosto želen način znižanja stroškov),³⁴ prav tako se prepreči, da bi prevzemnik storitve prevzel večino delavcev in peščico delavcev zavrnil. Hkrati pa zaradi navedene razlage delavci zgolj zaradi arbitrarne odločitve delodajalca in/ali novega izvajalca storitve ostanejo brez zaposlitve, pa čeprav se enaka dejavnost opravlja naprej, na enak način, novi izvajalec pa bo zaposlil nove (zaradi neuporabe direktive), cenejše delavce. Prav tako ta razlaga ne preprečuje situacij, ko novi delodajalec selektivno zaposli le nekaj delavcev dosedanjega delodajalca,³⁵ pri tem pa pazi, da ne bi prevzel večine delavcev, saj bi bili v tem primeru delavci deležni varstva po 73. členu ZDR.

Države članice morajo implementirati direktive v svoj pravni red, nacionalna sodišča pa morajo nacionalno pravo razlagati v duhu direktiv, pri tem pa upoštevati usmeritve, ki izhajajo iz odločitev Sodišča EU. Hkrati pa se je treba zavedati dejstva, da direktiva pomeni minimalni standard in ne ovira držav članic, da na določenem področju sprejmejo za delavce ugodnejše zakone ali druge predpise oziroma spodbujajo ugodnejše kolektivne pogodbe.³⁶ V tem smislu je mogoče razumeti tudi določbo četrtega odstavka 73. člena ZDR,³⁷ ki daje delavcem več

³³ Podobno velja za nemško sodno prakso, pri čemer se v nemški teoriji v tej zvezi opozarja na pomanjkanje ustreznih kriterijev, ki bi zagotovili ustrezno pravno varnost. Schaub et al., stran 1194.

³⁴ Predvsem z nižjimi plačami, s tem, da delavci izgubijo pravice, ki so vezane na delovno dobo pri delodajalcu, s tem, da za izvajalca storitve velja manj ugodna kolektivna pogodba ali sploh ne velja nobena kolektivna pogodba. V tej zvezi glej tudi Jeffery, stran 688.

³⁵ In se tako izogne zaposlitvi morebitnih varovanih kategorij delavcev, delavcev z daljšo delovno dobo, in podobno.

³⁶ To izrecno določa tudi 8. člen direktive.

³⁷ Gre za določbo, po kateri delodajalec prenosnik solidarno odgovarja z delodajalcem prevzemnikom tudi za terjatve delavcev, nastale zaradi tega, ker je delavec odpovedal pogodbo o zaposlitvi zaradi poslabšanja pravic iz pogodbe o zaposlitvi in ne le za terjatve, nastale do datuma prenosa (kot to določa direktiva).

pravic od direktive, na nek način pa tudi določbo že omenjenega šestega odstavka 73. člena ZDR.

Kot primer ustrezne nacionalne ureditve pojma prenosa podjetja, ki bi lahko služila kot vzor tudi slovenskemu zakonodajalcu in socialnim partnerjem, je mogoče navesti angleška Pravila o prenosu podjetij in zaščiti zaposlitve iz leta 2006 (v nadaljevanju TUPE).³⁸ Do široke opredelitev pojma prenos podjetja v angleškem TUPE je prišlo ravno zato, da bi se odpravile nejasnosti v zvezi z uporabo direktive v primerih prenosa opravljanja storitev (contracting out) v delovno intenzivnih panogah (kot je čiščenje) in bi se zagotovila delavcem zaščita v vseh potrebnih primerih.³⁹

Iz člena 3 tako izhaja, da se TUPE uporablja: a.) v primeru prenosa podjetja ali dela podjetja, ko gre za prenos gospodarske enote, ki ohrani svojo identiteto in b.) v primeru spremembe zagotavljanja storitev, ki zajema situacije, ko naročnik določenih storitev ne opravlja več sam, ampak jih opravlja izvajalec na njegov račun; situacije, ko storitve več ne opravlja prvi izvajalec, ampak jih na račun naročnika opravlja naslednji izvajalec in situacije, ko storitev na račun naročnika več ne opravlja prvi ali naslednji izvajalec, ampak jih opravlja sam naročnik. Pogoja za uporabo TUPE v obravnavanih situacijah pa sta, da obstaja organizirana skupina delavcev, katere glavni namen je izvajanje zadevne dejavnosti na račun naročnika, in da ne gre za prenos opravljanja dejavnosti zgolj za posamičen poseben namen, nalogo ali za kratek čas. Če so izpolnjeni navedeni pogoji, se uporabi TUPE, kar pomeni, da pravno varstvo delavcev tudi v primeru pogodbenega prenosa opravljanja storitev ni odvisno od volje delodajalcev.

3. ZUNANJI IZVAJALCI - EKONOMSKO ODVISNE OSEBE

Delodajalci se v zadnjih letih vedno pogosteje odločajo za pogodbeno prepuščanje določenih del v izvajanje dosedanjim zaposlenim, ki pred tem postanejo samozaposleni. V teoriji se ta pojav razlaga s tem, da sklenitev delovnega razmerja delodajalcem ne prinaša več ekonomskih prednosti, kot jih je včasih oziroma jih lahko dosežejo tudi s sklenitvijo pogodbe s samozaposlenimi. Nadzor nad opra-

³⁸ The Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 2006 (TUPE), SI 2006/246. S temi pravili so bila spremenjena istoimenska pravila iz leta 1981, SI 1981/1794.

³⁹ Deakin, Morris, stran 203.

vljanjem dela lahko uporabnik doseže tudi pri samozaposlenih, ki delajo izključno zanj; transakcijski stroški so se zaradi olajšane komunikacije tudi pri samozaposlenih znižali; prav tako se s samozaposlenimi, ki so vezani le na tega uporabnika vzpostavi trajnejše, stabilnejše razmerje.⁴⁰

Ti samozaposleni pogosto v novem pogodbenem razmerju delo opravljajo na enak način in pod enakimi pogoji, kot so ga prej, ko so bili delavci. Če je mogoče tudi v novem pogodbenem razmerju prepoznati elemente delovnega razmerja, je tem osebam, ki so v tem primeru le navidezno samozaposleni treba priznati položaj delavca.⁴¹ V večini primerov pa te osebe niso v razmerju formalne podrejenosti, odvisnosti, so pa ekonomsko odvisne od svojega glavnega (edinega) naročnika.⁴²

Ocenjuje se, da v Evropski uniji samozaposleni predstavljajo 10% oseb, ki opravljajo pridobitno delo, od teh pa jih četrtina (cca 5 milijonov) ni tržno orientiranih, ampak delo v glavnem opravlja za enega pogodbenega partnerja.⁴³ Gre za t. i. ekonomsko odvisne osebe.⁴⁴ Ta kategorija oseb je tesno povezana z outsourcingom. Raziskave namreč kažejo, da naraščanju pojavov outsourcinga sledi naraščanje števila tistih samozaposlenih, ki so ekonomsko odvisni od naročnika.⁴⁵

V več pravni sistemih (na primer v Nemčiji, Avstriji, Italiji, Franciji, Veliki Britaniji, na Nizozemskem, na Portugalskem, v Španiji)⁴⁶ se tem ekonomsko odvisnim osebam priznava določeno delovno-pravno varstvo, praviloma na tak način, da se določene norme delovnega prava uporabljajo tudi za te osebe, ki izpolnjujejo predpisane kriterije.

⁴⁰ Rebhan I, stran 163.

⁴¹ Glej na primer Davidov G., *Re-Matching Labour Laws with Their Purpose*; v *The Idea of Labour Law*, ed. by Davidov G., Langille B., Oxford University Press, 2011 (v nadaljevanju Davidov, 2011), stran 183, 184. S tem vidikom, ki posega na področje opredelitve pojma delovnega razmerja oziroma delavca se v tem prispevku ne ukvarjamo. Več o tem na primer v Senčur Peček D., *Razmejitev med zaposlenimi in samozaposlenimi, s posebnim poudarkom na direktorju*, 14. posvetovanje o aktualni problematiki s področja gospodarskega prava, Pravna fakulteta, Inštitut za gospodarsko pravo, Maribor, 2006, strani 409-430.

⁴² Perulli A., *Economically dependent/quasi subordinate (parasubordinate) employment: legal, social and economic aspects*, 2003 (v nadaljevanju Perulli), stran 15; Rebhahn I, stran 163.

⁴³ Glej Rebhahn R., *Arbeitnehmerähnliche Personen – Rechtsvergleich und Regelungsperspektive*, *Recht der Arbeit*, 4/2009 (v nadaljevanju Rebhahn II), strani 239, 240.

⁴⁴ Kljub različni opredelitvi te kategorije v posamezni državi (*Arbeitnehmerähnliche Personen*, *parasubordinati* in podobno), se v Evropi pogosto uporablja ta izraz

⁴⁵ Perulli, stran 91.

⁴⁶ Glej *Thematic Report 2009, Characteristics of the Employment Relationship*, European Network of Legal Experts in the field of Labour Law, 2009 (v nadaljevanju *Thematic Report 2009*), strani 34-37.

Nemško pravo priznava določen obseg delovno-pravnega varstva kategoriji »delavcem podobnih oseb« (Arbeitnehmerähnliche Personen, quasi-employees). V navedeno kategorijo sodijo osebe, ki so ekonomsko odvisne in podobno kot delavci potrebne socialne zaščite. Nadaljnje predpostavke so, da: opravljajo delo za druge osebe na podlagi službene ali podjemne pogodbe, dogovorjene storitve (delo) opravljajo osebno in v glavnem brez sodelovanja delavcev in delo opravljajo pretežno za eno osebo ali plačilo, ki ga prejmejo od ene osebe predstavlja v povprečju več kot polovico vseh prihodkov od opravljanja njihove dejavnosti v zadnjih šestih mesecih.⁴⁷

Delavcem podobne osebe v omejenem obsegu uživajo delovno-pravno zaščito. Posamezni zakoni, kot so Zakon o dopustu, Zakon o delovnih sodiščih, Zakon o kolektivnih pogodbah, Zakon o varnosti in zdravju pri delu, Zakon o zaščiti zaposlenih pred spolnim nadlegovanjem na delovnem mestu izrecno določajo, da veljajo ne le za delavce, ampak tudi za delavcem podobne osebe. Poleg tega se zanje določene delovno-pravne norme analogno uporabljajo.⁴⁸

Kategorija delavcem podobnih oseb se je uveljavila tudi v Avstriji, vanjo pa se uvrščajo osebe, ki opravljajo delo oziroma storitve po naročilu in na račun druge osebe, ne da bi imele sklenjeno pogodbo o zaposlitvi, so pa v razmerju ekonomske odvisnosti. Kriteriji, po katerih se ugotavlja obstoj ekonomske odvisnosti so: delo se opravlja za enega ali manjše število pogodbenih strank, oseba pri tem ne uporablja pomembnih svojih sredstev, glede preživljanja je odvisna od prihodkov. Izrecno uporabo svojih določb za delavcem podobne osebe predvidevajo Zakon o delovnih sodiščih, Zakon o agencijskem delu, Zakon o odgovornosti delavcev in anti-diskriminacijska zakonodaja. Sodišča jim priznavajo tudi uporabo nekaterih drugih predpisov (med njimi pa ni tistih, ki se nanašajo na varstvo pred odpovedjo, niti na plačan letni dopust).⁴⁹

Nizozemsko pravo kot kriterije, po katerih se presoja, ali oseba sodi v kategorijo ekonomsko odvisnih oseb določa: oseba opravlja dela; oseba opravlja delo največ za dva delodajalca; delo opravlja s pomočjo največ dveh oseb; delo ni pomožne narave. Ekonomsko odvisnim pogodbenikom se zagotavlja varstvo v zvezi z odpovedjo pogodbe iz ekonomskih razlogov in v zvezi z minimalnim plačilom.⁵⁰

⁴⁷ Gre za definicijo iz 12. člena Zakona o kolektivnih pogodbah (TVG).

⁴⁸ Blanpain R., *Labour Law in Motion*, Kluwer Law International, Hague, Netherlands, 2005, stran 24, 25.

⁴⁹ Thematic Report 2009, stran 34.

⁵⁰ Rebhahn II, stran 238, Thematic Report 2009, stran 35, 36.

Portugalska delovna zakonodaja (iz leta 2003) določa, da se določbe, ki se nanašajo na osebnostne pravice, diskriminacijo, enako obravnavo in varnost in zdravje pri delu uporabljajo tudi za osebe, ki profesionalno opravljajo delo za drugega brez pravne podrejenosti, se pa izvajalec šteje za ekonomsko odvisnega od uporabnika.⁵¹

V Španiji je posebna skupina ekonomsko odvisnih oseb izrecno priznana z zakonom (iz 2007). Vanjo se uvrščajo osebe, ki delo opravljajo osebno, v glavnem za enega naročnika, redno in za plačilo, najmanj 75% vseh prihodkov iz poklicne aktivnosti prejmejo od tega naročnika. Da bi se štele za ekonomsko odvisne osebe, ne smejo zaposliti delavcev, niti s pogodbo prepustiti opravljanja dela tretji osebi, ne smejo dela opravljati na tak način kot delavci naročnika; imeti morajo svojo lastno organizacijo, opremo in material, delovati po svojih načelih vodenja, prejemati morajo plačilo, ki je odvisno od rezultatov dejavnosti, nositi morajo ustrezne rizike, ne smejo imeti pisarn oziroma prostorov odprtih javnosti, niti ne smejo delovati kot gospodarska družba. Ekonomsko odvisnim osebam se med drugim priznava pravica do kolektivnega pogajanja in varstvo pred odpovedjo (naročnik lahko pogodbo odpove le iz objektivnega razloga).⁵²

Francoska zakonodaja ne določa splošnih kriterijev za opredelitev ekonomsko odvisnih oseb, ampak se širok obseg delovno-pravnega varstva na podlagi zakonskih domnev uporablja za posamezne poklicne skupine (ki se sicer ne štejejo za delavce). Med drugim se delovno-pravno varstvo zagotavlja osebam, ki vodijo svoja podjetja, pri tem pa dejavnost opravljajo ekskluzivno ali kvazi-ekskluzivno za eno, dominantno družbo, ki jim določa cene (na primer vodje bencinskih servisov, stranke licenčnih pogodb, ekskluzivni dobavitelji in v zadnjem času tudi franšizojemalci).⁵³

Kljub razlikam v ureditvi, se v vseh pravnih sistemih v okviru tretje kategorije kot kvazi zaposleni varujejo osebe, ki ne izpolnjujejo pogojev za uvrstitev v pojem delavca, hkrati pa niso v neodvisnem razmerju, ampak v razmerju ekonomske odvisnosti, zato so potrebne določene zakonske zaščite. Kot negativni kriterij se v večini zakonodaj tako navaja odsotnost osebne podrejenosti,⁵⁴ kot pozitivni pa obstoj ekonomske odvisnosti. Pokazatelji le-te so praviloma osebno opravljanje

⁵¹ Thematic Report 2009, stran 36, Rebhahn II, stran 239.

⁵² Isto tam.

⁵³ Glej v Labour law in Motion, 2005, stran 16; tudi Rebhahn II, stran 239.

⁵⁴ Saj se bi v tem primeru oseba štela za delavca in bi se ji moralo priznavati celotno delovno-pravno varstvo.

dela, dejstvo, da oseba ne nastopa na trgu, daljše sodelovanje z enim pogodbenim partnerjem in prihodek iz tega razmerja kot edini ali glavni vir.⁵⁵

Čeprav je outsourcing tudi v slovenski praksi vedno bolj pogost, s tem pa tudi prehod dosedanjih delavcev iz delovnega razmerja v samozaposlenost, se slovenska delovna zakonodaja na to še ni odzvala. Tudi v primerih, ko bivši zaposleni postanejo ekonomsko odvisni od svojega naročnika (bivšega delodajalca), niso deležni niti minimalnega delovno-pravnega varstva.

4. KDO JE DELODAJALEC?

Vprašanje personalnega obsega delovnega razmerja se v glavnem osredotoča na osebo, ki opravlja delo in na njeno opredelitev kot delavca ali samozaposlenega. Na drugi strani na videz ni težav, delodajalec je pač nasprotna pogodbeni stranka osebe, ki je opredeljena kot delavec. V primerih nekaterih pogodbenih razmerij, v katerih so delodajalske pristojnosti (v različnem razmerju) razdeljene med dva ali več pravnih subjektov, pa priznavanje delodajalskega položaja le tistemu, ki je z delavcem v formalnem pogodbenem razmerju, pogosto ne zajame dejanskih delodajalskih pristojnosti, ki jih ima drugi subjekt (ki ni priznan kot delodajalec). Tipični primer takšnih pravnih razmerij so poleg nekaterih vrst outsourcinga tudi dolgotrajno posredovanje dela delavcev s strani agencij, in različne oblike franšizinga in koncesij.⁵⁶

S tem, ko delodajalci vključujejo zunanje izvajalce (podizvajalce) in agencije, zmanjšujejo stroške in eksternalizirajo svoje obveznosti (jih prenašajo na manj stabilne subjekte), s tem pa prihaja do segmentacije trga dela in do različne obravnave delavcev v temeljnih dejavnostih in tistih v pomožnih dejavnostih.⁵⁷

V primerih, ko delodajalec na zunanjega izvajalca dejansko prenese opravljanje neke storitve (na primer čiščenje, varovanje) in delavce, ki so doslej opravljali to delo, in novi delodajalec tudi dejansko prevzame vsa delodajalska pooblastila

⁵⁵ Rebhahn II, stran 239, Perulli, strani 98 do 100.

⁵⁶ Davies P., Freedland M., Changing Perspectives Upon the Employment Relationship in British Labour Law, v *The Future of Labour Law*, ed. Barnard C., Deakin S, Norris G. S., Oxford and Portland Orgegon, 2004, stran 135.

⁵⁷ Fudge J., *The Legal Boundaries of the Employer, Precarious Workers, and Labour Protection*, v *Boundaries and Frontiers of Labour Law*, ed. Davidov G., Langille B., Oxford and Portland, Oregon, 2006, stran 302.

v zvezi s temi delavci, se vprašanje, kdo je delodajalec, ne zastavlja, pa čeprav delavci delo še naprej opravljajo v prostorih uporabnika (prejšnjega delodajalca). Drugače pa je v primerih, ko se opravljanje dejavnosti (storitve), ki je predmet outsourcinga dejansko ne prenese, ampak le funkcija zaposlovanja, odpuščanja, plačevanja delavcev, ti pa delo trajno opravljajo pri uporabniku, pod njegovim nadzorom in po njegovih navodilih.

Tudi v primeru, ko agencija delavce za krajši čas napotuje na delo k posameznim uporabnikom, medtem ko imajo delavci stabilno razmerje z agencijo, ni dileme o tem, kdo je delodajalec. Ta nastopi v primerih, ko delavci trajno opravljajo delo pri istem uporabniku.

V primeru takšnih tristranih razmerij med izvajalcem storitve (agencijo), uporabnikom in delavcem se torej zastavlja vprašanje pravnega pojma delodajalca. Gre za dilemo, ali je nosilec pravic in obveznosti v razmerju do delavca izvajalec storitve (agencija) ali uporabnik. Odgovor je izjemnega pomena za pravni položaj delavca, saj praviloma delavci uporabnika uživajo višji nivo pravic iz delovnega razmerja,⁵⁸ prav tako je njihova zaposlitev varnejša, saj so uporabniki praviloma stabilnejši pravni subjekti.

V večini evropskih držav se v primeru tristranskih razmerij, ki nastanejo s posredovanjem delavcev s strani agencij, za delodajalce štejejo agencije. Vse dokler agencije opravljajo svojo vlogo začasnega posredovanja dela delavcev, je takšna opredelitev ustrezna. Morebitne zlorabe (se pravi nastanek situacij, ko so delavci le formalno zaposleni pri agencijah, dejansko pa trajno delajo pri enem delodajalcu) pa evropske zakonodaje preprečujejo na različne načine. Po eni strani z zakonskim omejevanjem dopustnega obdobja napotitve k posameznemu delodajalcu⁵⁹ ali z določanjem razlogov, ko uporabnik lahko najame agencijske delavce,⁶⁰ po drugi strani z zaščito agencijskih delavcev in hkratnim minimiziranjem možnih

⁵⁸ Razlog je pogosto v kolektivnih pogodbah, ki zavezujejo uporabnika, medtem ko izvajalci storitev (agencije) praviloma niso vezani s kolektivnimi pogodbami. Poleg tega imajo delavci uporabnika določene pravice iz naslova trajanja zaposlitve pri njem. Nenazadnje pa je razlog tudi v tem, da manjši izvajalci storitev in agencije pogosto ne spoštujejo delovne zakonodaje. Glej Davidov G., Joint Employer Status in Triangular Employment Relations, *British Journal of Industrial Relations*, dec. 2004 (v nadaljevanju Davidov, 2004), stran 731.

⁵⁹ V Sloveniji je to obdobje enega leta, v Franciji na primer osemnajst mesecev.

⁶⁰ Belgijsko pravo dopušča najem agencijskih delavcev le zaradi nadomeščanja odsotnih redno zaposlenih delavcev, v primeru začasnega povečanja potreb po delu ali za izvajanje izjemnega dela.

motivov za zlorabe,⁶¹ kot skrajno zaščitno sredstvo pa nekatere določajo, da se v primeru ko zaposlitev agencijskih delavcev odstopa od zakonskih omejitev, za delodajalca šteje uporabnik.⁶²

Drugačne metode se uporabljajo v Kanadi in ZDA, tako v zvezi z ugotavljanjem delodajalca v primeru napotovanja delavcev s strani agencij kot v primeru outsourcinga.

V kanadskem pravu ni jasnih usmeritev glede tega, kdo je delodajalec v primeru tristranih razmerij, ampak sodišča o tem presojajo v konkretnem primeru. Pri tem uporabljajo vrsto pokazateljev, na podlagi katerih ugotavljajo, kdo ima bistveni nadzor nad delavci. V zvezi s kolektivnim pogajanjem so kanadska sodišča praviloma ugotovila, da je pravi delodajalec uporabnik, medtem ko v zvezi z uporabo delovnih standardov jasnega stališča še ni. Upošteva pogosto zakonsko določbo o povezanih delodajalcih (related employer), po kateri se v smislu določenega zakona lahko za delodajalca štejeta dva ali več povezanih delodajalcev, se bo lahko tudi v primeru, ko uporabnik ne bo prepoznan kot dejanski delodajalec, štel za delodajalca skupaj z agencijo oziroma podizvajalcem (kot povezani delodajalec).⁶³

To pa je očitno tudi najbolj uporabljena metoda v ZDA. Ameriška sodna praksa je poleg koncepta enega delodajalca (single employer), po katerem se kot enega delodajalca obravnava različne pravne subjekte, ki so formalno samostojni, v resnici pa delujejo kot povezano podjetje razvila tudi koncept združenega delodajalca (joint employer), po katerem se kot so-delodajalci obravnavajo ločeni subjekti, ki si delijo ali so-določajo zadeve v zvezi z zaposlitvijo (kot so zaposlovanje, odpustanje, disciplina, nadzor, navodila).⁶⁴

⁶¹ V to skupino ukrepov se uvršča zagotavljanje enakih plač in delovnih pogojev agencijskim delavcem kot jih imajo delavci pri uporabniku; odgovornost uporabnika za varnost in zdravje agencijskih delavcev, posebne licence, ki jih morajo pridobiti agencije, in ki pogosto vključujejo poseben depozit kot neke vrste finančno garancijo; prepoved najemanja agencijskih delavcev v primeru stavke delavcev uporabnika oziroma v primeru kolektivnih odpustov pri uporabniku in podobno. Glej Davidov, 2004, stran 733.

⁶² Francosko pravo tako določa, da se šteje, da je delavec, ki je bil k uporabniku napoten s strani agencije, za nedoločen čas zaposlen pri uporabniku, če je njegova napotitev presegla zakonski maksimum ali če ni bil napoten iz zakonsko določenih razlogov.

⁶³ Fudge, strani 305 in naslednje, tudi Davidov, 2004, stran 734.

⁶⁴ Da bi se uporabniki izognili statusu združenega delodajalca, pogosto želijo dajati vtis, da le agencije oziroma izvajalci storitev vršijo nadzor nad delavci, zato postavljajo predstavnike agencij oz. izvajalcev storitev kot nadzornike na sedežu uporabnika.

Kljub navedenim poskusom evropske zakonodaje in kanadske in ameriške sodne prakse, da bi preprečili zlorabe, raziskave kažejo, da se delodajalci zelo uspešno in množično izogibajo svojim delodajalskim obveznostim.⁶⁵ V tuji teoriji se navajajo primeri, ko je vloga agencije omejena na izplačevanje plače («payrolling») in primeri, ko agencija poleg tega prevzame še nekatera druga kadrovska opravila v zvezi z delavci, ki delajo pri uporabniku (na primer objavo prostih del, izvedbo zaposlitvenih razgovorov in včasih celo izbiro novih delavcev), delo pa se dejansko opravlja pri uporabniku, po njegovih navodilih in pod njegovim nadzorom. Uporabnik se želi na tak način izogniti vlogi delodajalca, znižati plače in ostale pravice tem delavcem in se morda tudi izogniti zaposlovanju v primerih, ko zanj veljajo kakšne omejitve.⁶⁶

Podobne primere lahko najdemo tudi v slovenski praksi. Znan je primer slovenske gospodarske družbe, ki je prepustila opravljanje del pretovarjanja 40 podizvajalcem (podpogodbениkom), ki zaposlujejo več kot 500 delavcev. Ti delavci, ki imajo sklenjene pogodbe o zaposlitvi s podizvajalci, delo dejansko opravljajo izključno pri uporabniku. Podizvajalec jih napoti na delo na določeno delovišče uporabnika, nato pa delavci z njim nimajo več kontakta, saj jim delo, pa tudi delovni čas odreja delavci uporabnika. Plačo jim sicer izplačuje podizvajalec, namesto plačila prehrane pa dobijo bloke za prehrano v kantini uporabnika.⁶⁷

Očitno se v takšnih in podobnih primerih uporabnik želi izogniti statusu delodajalca, zato se daje vtis, da je delodajalec zunanji izvajalec. Namen uporabnika je pogodbeni prepustitev (outsourcing) delodajalskih obveznosti oziroma statusa delodajalca, kar pa ni mogoče.⁶⁸ Pravo ne sme slediti videzu in dopustiti pravemu delodajalcu, da se izogne svojim obveznostim. Pri presoji pojma delodajalca je treba upoštevati načelo prednosti dejstev, podobno kot to velja v zvezi s pojmom delavca oziroma delovnega razmerja.⁶⁹ Tako kot sodišča ne glede na označbo razmerja s strani strank, štejejo osebo za delavca, če so v tem razmerju izraženi elementi delovnega razmerja, bi morala šteti za delodajalca tisti subjekt, pri katerem so dejansko izražene značilnosti delodajalca. Tisti, ki organizira delovni proces, v katerem delajo delavci, ki delavcem daje navodila in jih nadzoruje, ki

⁶⁵ Glej Davidov, 2004, strani 735, 736.

⁶⁶ Davidov, 2004, stran 736, 737; glej tudi Davidov, 2011, stran 187.

⁶⁷ Podatki so povzeti iz prijave Republiškememu inšpektoratu za delo iz 2. 8. 2011, objavljene na spletni strani Nevidni delavci sveta <http://www.njnetwork.org/Prijava-Republikemu-inspektoratu>.

⁶⁸ Tako tudi Davidov, 2004, stran 737.

⁶⁹ O načelu prednosti dejstev glej na primer Senčur Peček D., Komu zagotavljati delovnopravno varstvo, Podjetje in delo, 6-7/2007, strani 1230-1232.

uživa dobiček iz tega dela, naj nosi tudi obveznosti in odgovornosti v razmerju do delavcev.

5. SKLEPNO

Delovno pravo je nastalo z namenom zaščititi tiste, ki delo opravljajo v razmerju odvisnosti, ki so šibkejša stranka v razmerju dveh neenakih strank. Potreba po tovrstni zaščiti obstaja še danes, pa čeprav so se spremenili delodajalci, oblike in načini opravljanja dela.

Delodajalci imajo pravico organizirati svoj poslovni proces tako, kot je to zanje najbolj ustrezno in ekonomično, delovno pravo pa mora tudi v novih razmerah varovati osebe, ki so potrebne delovno-pravne zaščite in to v razmerju do pravega delodajalca. Ekonomična organizacija poslovanja in dela ne sme biti dosežena na račun delavcev, le s tem, da se delodajalci otresejo svojih obveznosti iz delovnega razmerja, s tem, da se osebe, ki delo opravljajo v razmerju odvisnosti izločijo iz obsega delovno-pravnega varstva ali tako, da se jim to varstvo zniža.

To velja tako v primeru prenosa podjetja, ko je predmet prenosa opravljanje storitve, ki ne vključuje bistvenih sredstev, ampak predvsem delo določene skupine delavcev; tudi v primeru, ko zaradi outsourcinga bivši delavci postanejo ekonomsko odvisni samozaposleni, pa tudi v primeru, ko so delavci formalno zaposleni pri izvajalcih storitev, dejansko pa je njihov delodajalec uporabnik storitve.

LITERATURA, PRAVNI IN DRUGI VIRI:

Barnard C., *EC Employment Law*, Third Edition, Oxford University Press, 2006.

Blanpain R (ed.), *Labour Law in Motion*, Kluwer Law International, Hague, Netherlands, 2005.

Davidov G., *Joint Employer Status in Triangular Employment Relations*, *British Journal of Industrial Relations*, dec. 2004, strani 727-746.

Davidov G., *Re-Matching Labour Laws with Their Purpose*, v *The Idea of Labour Law*, ed. by Davidov G., Langille B., Oxford University Press, 2011, strani 179-189.

Davies P., Freedland M., *Changing Perspectives Upon the Employment Relationship in British Labour Law*, v *The Future of Labour Law*, ed. Barnard C., Deakin S., Norris G. S., Oxford and Portland Oregon, 2004, strani 129-158.

Deakin S., Morris G. S., *Labour Law*, Fifth Edition, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2009.

Dietrich T., Müller-Glöge R., Preis U. in Schaub G., Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 6. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2006.

Fudge J., The Legal Boundaries of the Employer, Precarious Workers, and Labour Protection, v Boundaries and Frontiers of Labour Law, ed. Davidov G., Langille B., Oxford and Portland, Oregon, 2006, strani 295-315.

Jeffery M., European Labor Laws Relating to Business Restructuring, Comparative Labour Laws & Policy Journal, leto izdaje 24 (2003), številka 4, strani 669-696.

Perulli A., Economically dependent/quasi subordinate (parasubordinate) employment: legal, social and economic aspects, študija, pripravljena za Evropsko komisijo, 2003.

Rebhahn R., Der Arbeitnehmerbegriff in vergleichender Perspektive, Recht der Arbeit, 3/2009, strani 154-175.

Rebhahn R., Arbeitnehmerähnliche Personen – Rechtsvergleich und Regelungsperspektive, Recht der Arbeit, 4/2009, strani 236 – 253.

Schaub G., Koch U., Linck R. in Vogelsang H., Arbeitsrechts- Handbuch, 13. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2009.

Senčur Peček D., Razmejitev med zaposlenimi in samozaposlenimi, s posebnim poudarkom na direktorju, 14. posvetovanje o aktualni problematiki s področja gospodarskega prava, Pravna fakulteta, Inštitut za gospodarsko pravo, Maribor, 2006, strani 409-430.

Senčur Peček D., Komu zagotavljati delovnopravno varstvo, Podjetje in delo, 6-7/2007, strani 1223-1237.

Thematic Report 2009, Characteristics of the Employment Relationship, European Network of Legal Experts in the field of Labour Law, 2009.

Waas B., The Legal Definition of the Employment relationship, European Labour Law Journal, Volume I (2010), št. 1, strani 45-57.

Zakon o delovnih razmerjih, Uradni list RS, št. 42/02 in 103/07.

Direktiva 2001/23/EC o zblževanju zakonov držav članic glede varstva pravic delavcev v primeru prenosov podjetij, obratov ali delov podjetij ali obratov, UL L 082; 22. 3. 2001.

The Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 2006 (TUPE), SI 2006/246, angleški.

WORKERS – OUTSOURCED?

Darja Senčur Peček*

SUMMARY

The authoress discusses some aspects of the presently existing employment law, and the current phenomenon of outsourcing that is transferring certain type of – usually secondary activities - to outside contractors. She focuses on the legal status of the workers, who have previously performed the same work under an employment contract with the employer. Three legal positions are discussed in which workers whose work has been outsourced may find themselves in.

In case of a contractual transfer of business, the question often arises whether the employer has actually been changed, as in such case workers are guaranteed the rights under Article 73 of the Employment Relationships Act and pursuant to Directive 2001/23/EC. Taking into account the extensive case law of the EU Court, this paper deals with the cases including elements supporting the fact that the issue at stake is transfer of business.

Another issue to be discussed refers to the cases where the employer transfers certain activities to a (former) employee who for this purpose as a rule acquires the status of private entrepreneur. Apart from the situations where the relationships between the contractual parties still include elements of the employment relationship, there are also situations where an entrepreneur is not in a formal relationship of dependence, yet is economically dependent on the former employer. The authoress addresses the issue of the definition of economically dependent persons and a possible regulation of their status, taking into account solutions in comparative law.

Another situation occurring in practice is that the employer by contract transfers work to subcontractors, yet the work is being carried out on the premises of the employer and with his means. The employer also organises work process and orders workers what to do, though the latter are formally employed by the subcontractor. This fact raises a number of issues discussed in the paper, the most important being, who is the real employer of such workers.

* Darja Senčur Peček, PhD, Assistant Professor at the Faculty of Law, University of Maribor
darja.sencur-pecek@uni-mb.si