

OMEJEVANJE AVTONOMIJE STRANK POGODBE O ZAPOSLOTVI KOT DEJAVNIK ZAGOTAVLJANJA DELOVNOPRAVNEGA VARSTVA

Luka Tičar*

UDK: 331.106:331.105.2

Povzetek: Avtor želi v prispevku postaviti fenomen avtonomije volje v kontekst funkcije delovnega prava, to je zagotavljanja delovnopravnega varstva. Pri tem izpostavi posamezne segmente delovnih razmerij, pri katerih je delodajalčeva avtonomija omejena, poseben poudarek pa avtor nameni omejevanju avtonomije pri presoji pravne narave konkretnega pogodbenega razmerja. S pomočjo argumentov sodne prakse izrazi strinjanje z neučinkovito označitvijo odvisnega delovnega razmerja za civilno razmerje, ki delovno aktivni osebi odreka delovnopravno varstvo.

Ključne besede: avtonomija volje, delovnopravno varstvo, subordinacija, delovno razmerje, sodna praksa

RESTRICTION OF AUTHONOMY OF CONTRACTUAL PARTIES OF THE EMPLOYMENT CONTRACT AS A FACTOR FOR ENSURING EMPLOYMENT PROTECTION

Abstract: In his contribution the author aims to place the phenomenon of autonomy of the will into the context of the function of labour law. He points at some segments of labour relationships which restrict the employer's autonomy. His focus is further on the restriction of the autonomy upon assessing the legal nature of an existing contractual relationship. On the grounds of the respective case law he believes that the regulation of dependant employment relationship is inadequately referred to as being

* Luka Tičar, doktor pravnih znanosti, asistent na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani
luka.ticar@pf.uni-lj.si
Luka Tičar, PhD, Faculty of Law, University of Ljubljana, Slovenia

a civil relationship which denies an employed person an adequate legal protection according to the labour law.

Key words: *autonomy of will, employment protection, subordination, employment relationship, judicial practice*

1. UVOD

Zagotavljanje delovnopravnega varstva je prvi in osnovni namen delovnega prava. Slednje se je pojavilo in razvilo v želji zaščiti delavca, ki delo opravlja za drugega, to je delodajalca. Ker v delovnem pravu načeloma ne govorimo o položaju oseb, ki delo za drugega (npr. naročnika) opravljajo na temelju pogodbe civilnega prava, torej v prirejenem razmerju, delovnopravno varstvo predstavlja nekaj, namenjeno delavcu v odvisnem, do delodajalca podrejenem razmerju. Smisel zagotavljanja delovnopravnega varstva je v skrbi po omilitvi izrazitosti podrejenosti delavca, to je težnji po izenačevanju položajev pogodbenih strank.

Pri utemeljevanju upravičenosti delavcev do delovnopravnega varstva izhajamo torej iz položaja strank delovnega razmerja. Podrejenost (subordinacija) delavca delodajalcu je tisti osrednji element delovnega razmerja ali značilnost pogodbe o zaposlitvi, ki je lastna izključno delovnemu razmerju, zato slednjega tudi opredeljuje. O delovnem razmerju lahko govorimo vse dokler je delavec osebno in ekonomsko podrejen svojemu delodajalcu. Osebna podrejenost se odraža v obveznosti spoštovati navodila delodajalca in v podvrženosti nadzoru z njegove strani, ekonomska podrejenost pa se v svojem izvornem smislu odraža v izraziti ekonomski premoči delodajalca. Slednji je lastnik kapitala, proizvodnih sredstev ipd., delavec pa v sebi združuje le svojo delovno aktivnost, ki jo za plačilo ponudi delodajalcu. Ko utemeljujemo upravičenost delovnopravnega varstva moramo in moremo reči, da je delavec do tega varstva upravičen v zameno za svoj podrejen položaj. Podrejen položaj delavca pa je nenazadnje tudi, kot pravi Končar, protiutež temu, da delavec s svojo aktivnostjo ne nosi nobenega poslovnega rizika.¹ Le ta je na strani delodajalca. Tudi breme poslovnega rizika prispeva torej k omilitvi izrazitosti subordinacije delavca.

V tem prispevku bom pozornost namenil avtonomiji volje v civilnem in podrobneje v delovnem pravu, pri slednjem v luči posameznih segmentov delovnih razmerij.

¹ Tako Končar v Zakonu o delovnih razmerjih s komentarjem, 2008, str. 38.

Omejevanje avtonomije pogodbenih strank, predvsem delodajalca, ni zgolj dejavnik zagotavljanja delovnopravnega varstva, temveč praktično tudi predpogoj zanj. Omejevanju avtonomije volje pa bom usmeril tudi na vprašanje vpliva volje na pravno naravo pogodbenega razmerja. V praksi je namreč vse pogosteje opaziti trend izogibanja delovnemu razmerju in varstvu iz tega naslova s poskusom označevanja klasičnega delovnega razmerja s civilnim razmerjem. Prikazana bo sodna praksa, pri kateri je (ne)upoštevanje volje pogodbenih strank ključen dejavnik odločitev.

2. SPLOŠNO O NAČELU AVTONOMIJE VOLJE

Za urejanje pogodbenih razmerij v civilnem pravu načeloma velja pogodbeni svoboda strank oz. avtonomija volje. To pomeni, da stranke, ki so po pozitivnem pravnem redu sposobne skleniti zavezujoč pravni posel, v formalno postavljenih okvirih avtonomije same odločajo o sklenitvi razmerja sploh, o nasprotni stranki, o prenehanju pogodbenega razmerja, in predvsem o vsebini konkretnega razmerja.² V teoriji je pod okriljem avtonomije volje moč zaslediti tudi svobodo pri izbiri institutov in pogodbenih tipov, določenih v zakonu, konsenzualnost pri sklepanju pogodb, kot tudi možnost strank pogodbeno razmerje podrediti avtonomnim pravilom ali celo tujemu pravnemu redu.³

Za civilno pravo velja, da je vloga države pri sklepanju tovrstnih poslov minimalna, država torej načeloma v urejanje pogodbenih razmerij med posamezniki ne posega, pravna pravila, ki pa jih vendarle postavi, pa so praviloma dispozitivne narave. Takšno stanje, seveda tudi v civilnem pravu obstajajo kogentne norme, je posledica enakopravnosti pogodbenih strank, prav tako temeljnega načela Obligacijskega zakonika (Uradni list RS, št. 97/07-UPB1, v nadaljevanju OZ).⁴

V OZ je vprašanje pogodbene svobode urejeno v obliki temeljnega načela v 3. členu pod naslovom »Prosto urejanje obligacijskih razmerij«, ko pravi, da udeleženci prosto urejajo obligacijska razmerja, ne smejo pa jih urejati v nasprotju z ustavo, s prisilnimi predpisi ali z moralnimi načeli. Tu se torej pokažejo formalni okviri znotraj katerih stranke svobodno izražajo svojo voljo. Poleg tega pa avtono-

² Tako Strohsack, 1995, str. 51

³ Tako Kranjc v Obligacijskem zakoniku s komentarjem, 1. knjiga, 2003, str. 92.

⁴ 4. člen OZ določa načelo enakopravnosti udeležencev v obligacijskih razmerjih.

mijo strank omejujejo tudi pravni standardi, ki jo nadalje relativizirajo. Med takšne pravne standarde sodijo morala v ožjem smislu,⁵ vestnost in poštenje, dobri poslovni običaji, skrbnost dobrega gospodarja in prepoved zlorabe pravic.⁶

2.1. Avtonomija volje v delovnem pravu⁷

Drugačno pa je stanje na področju delovnih razmerij, pa čeprav so tudi ta pogodbenena. To dejstvo izvira iz neenakopravnega položaja delavca in delodajalca, zato je tudi vloga države, ki s svojo regulativo nujno vpliva na pogodbeno svobodo, večja in pomembnejša kot na področju civilnega prava.

Glede na to, da je področje delovnega prava in delovnih razmerij po celem svetu, z uveljavitvijo Zakona o delovnih razmerjih (Uradni list RS, št. 42/02, 103/07, v nadaljevanju ZDR) 1.1.2003 pa formalno tudi pri nas, zaznamovano z idejo in mislijo civilnega pogodbenega prava, je obravnavanje pogodbene svobode v delovnem pravu izjemnega pomena. Pri obravnavi tega fenomena je nujno potrebno upoštevati dejstva, da je pogodba o zaposlitvi pogodba delovnega prava ter da je normiranje posameznega področja opredeljeno z njegovo naravo.⁸ Narava delovnega prava, ki določa tudi značilnosti pogodbe o zaposlitvi, je jasno izražena v 1. členu ZDR, v katerem je zakonodajalec postavil cilje zakona in načela, ki morajo biti pri doseganju teh ciljev dosledno spoštovana.⁹ Omenjeni dejstva zato v delovnem pravu utemeljujeta specifično ureditev pogodbene svobode strank, to je delavca in delodajalca, oz. z drugimi besedami, dovoljujeta izrazitejšo vlogo države kot zakonodajalca. Avtonomija pogodbenih strank je omejena pri skle-

⁵ Termin moralna načela iz 3. člena OZ bi lahko razlagali kot zbirni pojem, pod katerega bi bilo mogoče uvrstiti omenjene pravne standarde. Nekateri teoretiki (npr. Cigoj, 1984-1986) namreč pod pojmom morala obravnavajo vse pravne standarde, ki v določeni meri temeljijo na moralnem elementu, spet drugi (npr. Zabel, 1967) pa izrecno opozarjajo na razliko med moralo in dobrimi poslovnimi običaji. Ker stari ZOR, na podlagi katerega so razvijali teorije omenjeni teoretiki, ni vseboval termina »moralna načela«, v tem dejstvu vidim upravičenost za uporabo tega termina kot krovnega termina. Zato tudi morala v ožjem smislu.

⁶ O vplivu pravnih standardov na pogodbeno svobodo strank podrobneje Kranjc, 1996, str. 493-512.

⁷ O tem glej tudi Tičar, 2003, str. 173-182.

⁸ Kranjc, 1996, str. 493.

⁹ »Cilji zakona so **vključevanje** delavcev v delovni proces, **zagotavljanje** usklajenega poteka delovnega procesa ter **preprečevanje** brezposelnosti, pri čemer se upošteva pravica delavcev do **svobode dela**, **dostojanstva** pri delu in varuje **interese delavcev** v delovnem razmerju.« (drugi odstavek 1. člena ZDR, poudarek avtorja)

panju in prenehanju pogodbe o zaposlitvi in v času trajanja delovnega razmerja in sicer z obveznostjo upoštevati določbe ZDR in drugih zakonov, ratificiranih in objavljenih mednarodnih pogodb, drugih predpisov, kolektivnih pogodb in splošnih aktov delodajalca (povzeto po 7. člen ZDR). To pomeni, da sta tako delavec kot delodajalec vezana tudi s pravnimi standardi v civilnem pravu kot so morala, vestnost in poštenje, dobri poslovni običaji, skrbnost dobrega gospodarja in prepoved zlorabe pravic.

Pomemben in hkrati učinkovit ter nujen način za dosego bolj izenačenega položaja strank delovnega razmerja predstavlja odklon od načela avtonomije volje¹⁰ pogodbenih strank v civilnem pravu, odklon, ki je izrazitejši na strani delodajalca. Zakonsko omejevanje avtonomije delodajalca delavcu vsaj pravno-formalno zagotavlja primernejši položaj v delovnem razmerju. Omejevanje avtonomije delodajalca se kaže pri številnih delovnopravnih vprašanjih, npr. pri: i) izbiri pogodbenega partnerja, ii) določanju vsebine pogodbenega razmerja, iii) vezanosti na institute in pogodbene tipe, določenih v zakonu, iv) upoštevanju zahtev po pisnosti pogodbe, kot tudi v) načinih prenehanja pogodbenega razmerja.

2.1.1. Izbira pogodbenega partnerja

Ob predpostavki, da tudi v delovnem pravu praviloma ne poznamo obvezne sklenitve pogodbe o zaposlitvi (t.i. kontrahirne dolžnosti), je delodajalec, za razliko od delavca, omejen pri izbiri osebe, s katero bo sklenil pogodbo o zaposlitvi. Delodajalec se mora po 6. členu ZDR vzdržati diskriminatornega ravnanja.¹¹ To kaže na dejstvo, da je vloga države, ki določa osebne okoliščine, na podlagi katerih izbira delavca velja za neprimerno in nezakonito, prisotna, vendar delodajalcu še vedno pušča dovolj maneverskega prostora. Delodajalčeva volja je vse do trenutka, ko izbira temelji na nedopustni osebni okoliščini kandidata, povsem svobodna. Specifična narava delovnega prava pa utemljuje omejevanje pogodbene svobode delodajalca pri postopku izbiranja delavcev tudi ko delodajalec ne

¹⁰ Obligacijski zakonik (Uradni list RS, št. 97/2007-UPB 1, v nadaljevanju OZ) v 3. členu med temeljnimi načeli določa prosto urejanje obligacijskih razmerij.

¹¹ Delodajalec mora iskalcu zaposlitve oz. kandidatu pri zaposlovanju zagotavljati enako obravnavo ne glede na narodnost raso ali etnično poreklo, nacionalno in socialno poreklo, spol, raso,... ali drugo osebno okoliščino v skladu s tem zakonom, predpisi o uresničevanju načela enakega obravnavanja in predpisih o enakih možnosti žensk in moških (povzeto po prvem odstavku 6. člena ZDR).

ravna diskriminatorno. Primer takšne izjeme od pogodbene svobode delodajalca v postopku izbire je poznala že stara delovna zakonodaja, saj je do 31.12.2002 veljavni ZDR (Uradni list RS, št. 14/90 s spremembami in dopolnitvami- v nadaljevanju stari ZDR) določal prednostno pravico pri morebitnem vnovičnem zaposlovanju delodajalca, ki je zaradi nujnih operativnih razlogov moral »odpustiti«¹² določeno število trajno presežnih delavcev.¹³ Tudi ZDR ohranja institut prednostne pravice do zaposlitve delavcev, ki jim je delodajalec redno odpovedal pogodbo o zaposlitvi zaradi poslovnih razlogov (102. člen ZDR), s to omejitvijo, da so imetniki te pravice le delavci, ki jim je pogodba o zaposlitvi bila odpovedana v postopku odpovedi večjemu številu delavcev.¹⁴ To pomeni, da delavec, kateremu delodajalec redno odpove pogodbo o zaposlitvi iz poslovnih razlogov kot posamezniku, nima prednostne pravice do zaposlitve.¹⁵

2.1.2. Vsebina pogodbenega razmerja

V času, ko država s svojo zakonodajo posega v pogodbeno razmerje med delavcem in delodajalcem, ko torej definira tako obveznosti strank, kot tudi obseg pravic, je pogodbeno svoboda strank pri določanju natančne vsebine pogodbe o zaposlitvi bolj ali manj omejena. Trend poseganja države v smislu zakonskih norm je vse bolj izrazit celo v pravnih sistemih držav, ki temeljijo na običajnem pravu, torej držav anglosaksonskega pravnega področja. V teh državah, za razliko od kontinentalne Evrope, ki temelji na širokem zakonskem urejanju družbenih razmerij, se je vprašanju omejevanja pogodbene svobode v pravni teoriji namenilo veliko pozornosti. Sprva v teh državah zakonov s strani države praktično niso poznali, vse je bilo prepuščeno volji strank in v primeru sporov odločitvam sodišč, ki so v precedenčnem sistemu izgrajevali t.i. *Common Law*. Z razvojem zavesti po nujno potrebnem varstvu delavca,

¹² Stara delovna zakonodaja ni poznala termina odpuščanje in odpovedi, temveč je govorila o prenehanju delovnega razmerja, v tem primeru zaradi nujnih operativnih razlogov pri delodajalcu.

¹³ Stari ZDR je v 36.f členu določal, da je imel delavec, ki mu je prenehalo delovno razmerje, pri istem delodajalcu, v primeru da le ta v enem letu ponovno zaposluje, pod enakimi pogoji prednostno pravico pri sklenitvi delovnega razmerja.

¹⁴ Pogoj za uveljavitev prednostne pravice pri novem zaposlovanju je, da imetnik te pravice izpolnjuje pogoje za opravljanje dela.

¹⁵ O kontrahirni dolžnosti pri sklepanju pogodbe o zaposlitvi tudi Mežnar, 1998, str. 104

kot izrazito šibkejše stranke, je država vse pogosteje začela posegati tudi na to področje. To pa seveda nujno pomeni, da ni več celotna pogodbeno vsebina prepuščena volji strank, temveč sta le ti, predvsem pa delodajalčeva, omejeni. Pravni teoretiki so ugotavljali trend od pogodbe k statusu.¹⁶ Urejanje medsebojnih razmerij v pogodbi ima vse manjši vpliv na definiranje vzajemnih pravic in obveznosti. Le te naj bi za posameznika, ki ima status delavca v večji ali manjši meri že bile določene. Zato ima pogodba o zaposlitvi predvsem funkcijo vzpostavitve delovnega razmerja. Na tej točki je moč na pogodbeno svobodo gledati iz dveh vrednostno nasprotnih si stališč. Nekateri teoretiki z negativnim pristopom in pesimizmom zatrjujejo, da pogodbene svobode praktično ni več, saj sta stranki pri določanju vsebine pogodbe povsem omejeni. Drugi pa s pozitivnim pristopom in optimizmom zatrjujejo, da pogodbeno svoboda še vedno obstaja, in sicer zlasti pri odločitvi glede samega vstopa v zaposlitev in delovni proces, ki je ne more ogroziti niti dejstvo, da je vsebina oz. vsaj njen del v naprej že določen. Pozitiven pogled je v očeh kontinentalnega pravnika možen tudi glede vsebine pogodbe o zaposlitvi, saj zakonska norma ali norma kolektivne pogodbe postavlja zgolj minimum pravic, ki na individualni ravni ne more biti zmanjšan. Rezultat pogodbene svobode in volje pa je lahko višji nivo pravic kot je določen s kogentno normo. Manevrski prostor za pogajanja glede pogodbene vsebine na individualni ravni torej vendarle obstaja, upoštevati je potrebno zgolj uveljavljeni pravni standard *in favorem laboratoris*.

Dejstvo upoštevanja pravnega standarda *in favorem laboratoris* se odraža tudi v ZDR, ko na obvezujoč način določa vsebino pogodbe o zaposlitvi. V 29. členu je določeno, da mora pogodba o zaposlitvi poleg določitve strank pogodbe, datuma nastopa dela, kraja opravljanja dela, vsebovati tudi čas trajanja delovnega razmerja, dolžino delovnega časa, višino plače in njene sestavine, dolžino letnega dopusta, dolžino odpovednih rokov itd. Pri klavzulah, ki opredeljujejo obseg pravic je pogodbeno svoboda strank neomejena samo pri določanju večjega obsega teh pravic. Po 30. členu ZDR namreč velja, da se v primeru nezakonite pogodbene določbe kot del pogodbe o zaposlitvi šteje prekršena kogentna norma. Prekršena je lahko bodisi zakonska norma,

¹⁶ Deakin/Morris, 2005, 121 in nasl. Glej tudi Veneziani, 1986, str. 54 in nasl., kjer paradigmo »od pogodbe k statusu« postavi tudi v zgodovinski kontekst.

norma kolektivne pogodbe, sklenjene na kateremkoli nivoju ali norma splošnega akta delodajalca, sprejetega na podlagi tretjega odstavka 8. člena ZDR.¹⁷ Znotraj tega segmenta pogodbene svobode strank je leta pri določanju vsebine pogodbe o zaposlitvi omejena na najmočnejši način. Mežnar si v tem in širšem kontekstu zastavlja celo vprašanje morebitnega pojava ali obstoja adhezijske pogodbe.¹⁸

2.1.3. Vezanost na delovnopravne institute in tipizacije pogodb

V tesni povezavi z ravno napisanim je tudi možnost strank, da izberejo različni tip pogodbe o zaposlitvi. Tudi tu so stranke lahko omejene in sicer predvsem v primeru, ko zakonodaja države kot pravilo postavlja npr. pogodbo o zaposlitvi za nedoločen čas s polnim delovnim časom. To namreč pomeni, da morajo za vsako izjemno obliko pogodbe o zaposlitvi, npr. za določen čas, s krajšim delovnim časom (*part time*), biti izpolnjeni posebni pogoji, ki takšno obliko pogodbe utemeljujejo. Vendar pa se na tem področju ugotavlja trend k vse večji pogodbeni svobodi strank, saj sodobno tržno gospodarstvo in hitro spreminjajoče se zahteve in potrebe trga dela, zahtevajo vse bolj prožne oblike pogodb o zaposlitvi, ki dovoljujejo primeren odziv na takšne situacije. Delovne zakonodaje sicer postavljajo pogoje za t.i. atipične oblike zaposlovanja, vendar ti pogoji upoštevajoč dogajanja na trgu dela postajajo vse bolj odprti, kar ima za posledico vse milejše omejevanje drugih, atipičnih, pogodb o zaposlitvi. Tudi pri večjem ali manjšem omejevanju drugih tipov pogodb o zaposlitvi se kaže prvotna vloga delovnega prava, to je varstvo delavca, ki naj bi mu v večini primerov zagotovilo trajno pogodbeno razmerje z delodajalcem ali zagotovilo vsaj kakršno koli formalno obliko dela z ciljem zagotoviti eksistenco delavca.

Nezadnje pa delodajalec ni omejen zgolj pri izbiri v okviru posebnosti pogodb o zaposlitvi, čeprav pravilo pogodbe o zaposlitvi za nedoločen čas žal izgublja na pomenu. Delodajalec ne sme skleniti pogodbe civilnega prava oz. se delo ne sme opravljati na tej podlagi, če obstajajo elementi delovnega razmerja.¹⁹ O tem več v nadaljevanju prispevka.

¹⁷ Gre za tip splošnega akta delodajalca, v katerem je pod določenimi pogoji lahko urejena materijo, sicer lastna kolektivnim pogodbam oz. predmet kolektivnega pogajanja.

¹⁸ Podrobneje Mežnar, 1998, str. 106, 107.

¹⁹ Določba drugega odstavka 11. člena ZDR.

2.1.4. Obličnost pogodbe o zaposlitvi

Element omejevanja avtonomije volje delodajalca je tudi odstop od načela konsenzualnosti pri sklepanju pogodb, kot to velja v civilnem pravu. ZDR namreč v 15. členu določa, da se pogodba o zaposlitvi sklene v pisni obliki. Vendar je potrebno kljub temu ugotoviti, da načelo konsenzualnosti prevladuje nad zahtevo po pismenosti. Za nastanek delovnega razmerja ni potrebna pisna pogodba o zaposlitvi, zadošča že obstoj elementov delovnega razmerja iz 4. člena ZDR. To pomeni, da v našem delovnem pravu velja obličnost pogodbe o zaposlitvi v smislu »*ad probationem*« in ne »*ad valorem*«, ko je nastanek pravnega razmerja odvisen od pismenosti pogodbe. S takšno ureditvijo se štiti pravni položaj delavca, saj za uveljavljanje pravic iz naslova delovnega razmerja ni potrebna pisna pogodba o zaposlitvi. ZDR na obstoj elementov delovnega razmerja veže domnevo obstoja delovnega razmerja. Na ta način je delavcu v prid določena pravna posledica kršitve obveznosti sklenitve pisne pogodbe o zaposlitvi.

ZDR pa vsebuje tudi nekaj določb, ki delodajalcu z vidika avtonomije njegove volje predstavljajo določene omejitve. Zakon namreč obvezuje delodajalca, da delavcu tri dni pred predvidenim datumom podpisa pogodbe izroči pisni predlog pogodbe o zaposlitvi, ob sklenitvi pa pogodbo v pisni obliki.²⁰ Zakonska obveznost pisnega predloga pogodbe o zaposlitvi sili delodajalca k temu, da bo delovno razmerje nastalo na podlagi pisne pogodbe o zaposlitvi. Kršitev obveznosti je razlog za izrek globe, kar predstavlja dodaten mehanizem za uresničevanje določbe v praksi. Poleg tega k dosežku pisne pogodbe o zaposlitvi prispeva tudi možnost delavca sodno zahtevati od delodajalca izročitev pogodbe o zaposlitvi.²¹

Opisana zakonska ureditev glede oblike pogodbe o zaposlitvi sledi Direktivi 91/533/EEC o obveznosti delodajalca obvestiti delavce o pogojih, ki se nanašajo na pogodbeno oz. delovno razmerje²². Le ta vsebuje zahtevo, da mora delodajalec delavca obvestiti o bistvenih sestavinah delovnega razmerja, in sicer z ustreznim pisnim dokumentom; pri nas je to bodisi pisni predlog pogodbe o zaposlitvi bodisi pisna pogodba sama. S tem je tudi Direktiva 91/533/EEC sugerirala pravno učinkovanje zahtev po obličnosti, katere osnovni namen je delavcu zagotoviti pisni dokument o delovnem razmerju in ne poseg v nacionalne ureditve glede obličnosti pogodbe o zaposlitvi kot dejavnika za nastanek delovnega razmerja.

²⁰ Drugi odstavek 15. člena ZDR.

²¹ Tretji odstavek 15. člena ZDR.

²² OJ L 288, z dne 18.10.1991

Pomen in vpliv pismenosti pogodbe o zaposlitvi je povsem drugačen, če gre za katerokoli izmed posebnosti pogodbe o zaposlitvi ali kakšen poseben dogovor strank. Če npr. želita delavec in delodajalec skleniti delovno razmerje za določen čas, mora dogovor o času trajanja biti v pisni obliki, sicer se šteje, da je predmet pogodbe o zaposlitvi delovno razmerje za nedoločen čas. Poseben dogovor med delavcem in delodajalcem, kjer je pismenost prav tako konstitutivnega značaja je npr. tudi dogovor o konkurenčni klavzuli, to je dogovor o prepovedi konkurence delodajalcu po prenehanju delovnega razmerja.

2.1.5. Načini prenehanja pogodbe o zaposlitvi

V civilnem pogodbenem pravu je pogodbena svoboda strank relevantna tudi pri prenehanju pogodbenega razmerja. Vsaka stranka je načeloma svobodna pri izjavi o odpovedi pogodbe, s tem da je dolžna upoštevati morebitne pogodbene omejitve glede nastopa pravnih učinkov takšne odpovedi. V delovnem pravu je zopet njegova narava tista, ki narekuje omejevanje svobodnega prenehanja pogodbe o zaposlitvi in s tem delovnega razmerja. Pri tem ima delovno pravo pred očmi posledice prenehanja delovnega razmerja predvsem za delavca. Le ta je navadno eksistenčno odvisen od obstoja delovnega razmerja, saj iz tega naslova dobiva največkrat edini vir sredstev za preživljanje sebe in morebiti svoje družine. Konec takšnega pogodbenega razmerja ima za delavca torej lahko zelo drastične in pogosto dolgotrajne posledice. Zato delovno pravo v smislu varstva položaja delavca vzpostavlja sistem prenehanja pogodbe o zaposlitvi,²³ znotraj katerega je zlasti odpoved s strani delodajalca razumljena kot *ultima ratio* sredstvo. V tem smislu mora delodajalec odpoved pogodbe o zaposlitvi vedno natančno utemeljiti, ZDR govori utemeljenih razlogih za redno odpoved, ki morajo hkrati onemogočati nadaljevanje dela pod pogoji iz pogodbe o zaposlitvi.²⁴ Vidno torej je, da

²³ V ZDR vzpostavljen sistem prenehanja pogodbe o zaposlitvi loči več načinov prenehanja; upoštevajoč pogodbeno naravo delovnega prava in predvsem pogodbeno svobodo znotraj njega, je potrebno kot enega izmed načinov prenehanja pogodbe o zaposlitvi omeniti prenehanje pogodbe s sporazumom. Le ta je povsem v diskreciji pogodbenih strank. Tudi tu pa bi morda lahko govorili o delni omejitvi pogodbene svobode, saj je delodajalec delavca dolžan opozoriti na posledice, ki jih takšen sporazum povzroči glede uveljavljanja pravic iz naslova zavarovanja za primer brezposelnosti (povzeto po 79. členu ZDR). Teoretična razmišljanja o pomenu sporazumnega prenehanja glej v Mežnar, 1998, str. 198.

²⁴ Razloge za redno odpoved ZDR ureja v 88. členu; ti razlogi so: poslovni razlog, razlog nesposobnosti, krivdni razlog in nezmožnost opravljanja dela zaradi invalidnosti. Razlogi morajo, podobno

pravzaprav sleherna aktivnost z namenom vzpostaviti sistem prenehanja pogodbe o zaposlitvi pomeni poseg v pogodbeno svobodo delodajalca.²⁵ Poleg jasno določenih razlogov, na podlagi katerih delodajalec sploh lahko redno odpove pogodbo o zaposlitvi, pogodbeno svobodo omejujeta pri redni odpovedi vsaj še instituta odpovednega roka, katerega cilj je, da pogodba o zaposlitvi preneha šele z njegovim potekom, in odpravnine, katere smoter počiva v omilitvi negativnih materialnih posledic prenehanja pogodbe o zaposlitvi. Za razliko od delodajalca je delavec pri redni odpovedi popolnoma svoboden, saj mu v skladu z ZDR svoje odločitve ni potrebno utemeljevati. Pri pravici pogodbo o zaposlitvi izredno odpovedati, pa sta omejeni obe stranki, saj ZDR taksativno našteva razloge, zaradi katerih je takšna odpoved sploh možna. Stranka, ki izredno odpoveduje pogodbo o zaposlitvi, mora pri razlogu, ki je glede na težo pravzaprav utemeljen in resen že sam po sebi, dokazati zgolj njegov obstoj. Kljub temu je pomemben dejavnik zakonitosti izredne odpovedi tudi izkaz nemožnosti nadaljevanja delovnega razmerja do izteka odpovednega roka. Zakonodajalec močnejše omejevanje pogodbene svobode strank pri izredni odpovedi utemeljuje s posledicami, ki jih izredna odpoved povzroči. V obeh primerih, če odpoveduje delavec ali delodajalec, pogodba o zaposlitvi preneha takoj, brez odpovednega roka, do odpravnine pa je delavec upravičen zgolj, če je on tisti, ki odpoveduje.

Za zakonsko ureditev redne odpovedi, ki, kot rečeno v znatno večji meri omejuje pogodbeno svobodo delodajalca, je značilno, da predmetne svobode ne omejuje zgolj v materialnem smislu, to je v tem., da mora delodajalec redno odpoved vsebinsko utemeljiti. Delodajalec mora pri redni odpovedi pogodbe o zaposlitvi upoštevati tudi vrsto postopkovnih določil, ki za delodajalca nujno pomenijo nadaljnje omejevanje njegove avtonomije volje. V ta sklop postopkovnih obveznosti sodijo npr. pisno opozorilo delavcu v primeru redne odpovedi iz krivdnega razloga (člen 83/1 ZDR), omogočanje zagovora delavcu v primeru redne odpovedi iz razloga nesposobnosti in krivdnega razloga ter v primeru izredne odpovedi (člen 83/2 ZDR), pisno obvestilo o nameravani redni odpo-

kot po konvenciji MOD št. 158 o prenehanju delovnega razmerja na pobudo delodajalca, biti resni in utemeljeni. Konvencija uporablja termin »valid reason«. Seveda isto velja tudi za razloge pri izredni odpovedi, ki pa pomenijo tako hudo kršitev pogodbenega razmerja, da so že sami po sebi resni in utemeljeni. Ravno teža teh razlogov utemeljuje prenehanje pogodbe o zaposlitvi brez odpovednega roka.

²⁵ O omejevanju pogodbene svobode delodajalca pri odpuščanju delavcev govori tudi Končar in opozarja, da je z ZDR sprejeto načelo omejenosti pravice delodajalca do odpuščanja delavcev (Končar, 2002, str. 1324).

vedi iz poslovnega razloga (člen 83/3 ZDR), vloga sindikata v postopku redne odpovedi (84. člen ZDR) idr. Z vidika delavca je torej zelo pomembno, da se pri sodni presoji zakonitosti redne odpovedi upošteva tako vsebinski kot tudi postopkovni vidik.

3. OMEJITEV AVTONOMIJE POGODBENIH STRANK

Zgoraj sem kot enega pomembnejših mehanizmov za zagotavljanje delovnopravnega varstva podrobneje obravnaval problematiko avtonomije volje pogodbenih strank. Prikazal sem vsebino omejevanja volje po posameznih segmentih ravnanja delodajalca pred in med delovnim razmerjem. V nadaljevanju se bo razprava omejila le na že nakazano omejenost (prepoved) sklepanja pogodb civilnega prava oz. obveznost sklenitve pogodbe o zaposlitvi,²⁶ če konkretne okoliščine to zahtevajo. Gre za jasno omejevanje pogodbene svobode.

V zvezi s prvim odstavkom 7. člena ZDR²⁷ je v drugem odstavku 11. člena²⁸ jasno vsebovana prepoved opravljanja dela na podlagi pogodb civilnega prava, če obstajajo elementi delovnega razmerja. Na ta način naj bi se zagotovilo delovnopravno varstvo širšemu krogu oseb, to je tudi osebam, ki delo formalno opravljajo na temelju pogodbe civilnega prava, vendar v okoliščinah, lastne delovnemu razmerju. ZDR torej ne dopušča pogodbenim strankam označitve njunega razmerja za civilno, če so ob izvajanju tega razmerja podani elementi delovnega razmerja. Na temelju pogodbe civilnega prava lahko delo opravlja fizična oseba, ki ima status samozaposlene osebe, kot tudi fizična oseba, ki takšnega statusa nima, opravlja torej t.i. pogodbeno delo. Razlika med njima torej ni v pravni kvalifikaciji pogodbe, na podlagi katere opravljata delo (pogodba civilnega prava), temveč v pravnem statusu (pravnoorganizacijski obliki), v katerem nastopata kot pogodbeni stranki. Samozaposlena oseba se, v kolikor gre za samostojnega podjetnika

²⁶ Besedna zveza »obveznost sklenitve pogodbe o zaposlitvi« nima nobene vsebinske povezave s kontrahirno dolžnostjo. Gre za zahtevo ZDR, da se delo, če obstajajo opredelilni elementi delovnega razmerja, lahko opravlja le na temelju pogodbe o zaposlitvi.

²⁷ »Pri sklepanju in prenehanju pogodbe o zaposlitvi in v času trajanja delovnega razmerja sta delodajalec in delavec dolžna upoštevati določbe tega in drugih zakonov, ratificiranih in objavljenih mednarodnih pogodb, drugih predpisov, kolektivnih pogodb in splošnih aktov delodajalca.«

²⁸ »Če obstajajo elementi delovnega razmerja v skladu s 4. in v povezavi z 20. oz. 52. členom tega zakona, se delo ne sme opravljati na podlagi pogodb civilnega prava, razen v primerih, ki jih določa zakon.«

posameznika,²⁹ šteje za gospodarski subjekt. Zato so pogodbe civilnega prava, ki jih sklepajo gospodarski subjekti, v OZ opredeljene kot gospodarske pogodbe (drugi in tretji odstavek 13. člena). Pojem samozaposlene osebe pa z upoštevanjem samostojnih podjetnikov posameznikov ni izčrpan, saj med samozaposlene osebe štejemo tudi osebe, ki samostojno na pridobiten način opravljajo svoj poklic. Sem sodijo npr. samostojni novinarji, samostojni kulturni in športni delavci, odvetniki idr. To so delovno aktivne fizične osebe, ki dela ne opravljajo v svojstvu posebne pravnoorganizacijske oblike, to je kot samostojni podjetnik posameznik po ZGD-1.³⁰

Glede na to, da ZDR v drugem odstavku 11. člena kot nezakonito pravno podlago za opravljanje dela določa pogodbo civilnega prava, bom v kontekst omejevanja avtonomije pogodbenih strank, načeloma zajel obe nakazani skupini delovno aktivnih oseb, torej tako samozaposlene osebe, kot tudi osebe v pogodbenem delu. Temeljna značilnost vseh oseb, ki opravljajo delo na podlagi pogodbe civilnega prava, je oz. naj bi bila njihova načelna osebna neodvisnost od nasprotne pogodbene stranke. Neobstoj te značilnosti pri konkretnem pravnem razmerju je osrednji dejavnik odločanja o morebitnem obstoju delovnega razmerja.

3.1. Novejša sodna praksa o obstoju delovnega razmerja

Da so omenjene in prikazane določbe ZDR, namenjene in uporabljive tudi za preseganje oz. preprečevanje prikritih delovnih razmerij, se je pokazalo tudi v novejši slovenski sodni praksi. Res sicer je, da je bilo v večini primerov šele Vrhovno so-

²⁹ Zakon o gospodarskih družbah (Uradni list RS, št. 42/06, 10/08, 68/08, v nadaljevanju ZGD-1) samostojnega podjetnika posameznika opredeljuje kot fizično osebo, ki na trgu samostojno opravlja pridobitno dejavnost, kot svojo izključno dejavnost (sedmi odstavek 1. člena).

³⁰ Zelo podobno je pojem samozaposlene osebe opredeljen v Statističnem letopisu Republike Slovenije 2008: »Samozaposlene osebe so samostojni podjetniki in druge registrirane fizične osebe (npr. samostojni raziskovalci, zdravniki, odvetniki, veterinarji, kulturni ustvarjalci, vrhunski športniki ipd.)« (vir: <http://www.stat.si/letopis/2008/03-08.pdf>). Zavod za pokojninsko in invalidsko zavarovanje RS (ZPIZ) v letnem poročilu za leto 2008, na mestu, kjer našteva zavarovance pokojninskega in invalidskega zavarovanja, pojem samozaposlene osebe opredeljuje osebo, ki »opravlja samostojno dejavnost (zasebnik, ki opravljajo samostojno gospodarsko ali poklicno dejavnost, vključno s poslovodnimi osebami, kmetje in člani njihovih gospodarstev)« (vir: http://www.zpiz.si/src/letno_porocilo/2008/2.html#sec1). ZPIZ samozaposlene osebe obravnava enovito, saj ne loči med samostojnimi podjetniki posamezniki in osebami, ki samostojno in na pridobiten način opravljajo svoj poklic.

dišče RS tisti forum, ki je predstavljen zakonski okvir razumel na način, prikazan zgoraj. V nadaljevanju bo podrobneje prikazana ena najbolj slikovitih odločitev vrhovnega sodišča, ki je utrla pot tudi nadaljnji sodni praksi.³¹ Dejstvo, da je v predstavljenem primeru sodne prakse obravnavano študentsko delo, v ničemer ne zmanjšuje pomena odločitve za pravilno razumevanje t.i. načela primarnosti dejstev. Tudi študentsko delo namreč lahko predstavlja instrument izogibanja delovnemu razmerju. V kontekstu drugega odstavka 11. člena ZDR študentsko delo predstavlja nezakonito pravno podlago za opravljanje dela, če se z njim prikriva delovno razmerje.³² Ostali dve omenjeni odločitvi vrhovnega sodišča, ki kažeta na podobno (enako) razlago sodišča glede omejevanja avtonomije pogodbenih strank, obravnavata pravno razmerje samozaposlenega novinarja in izvajalca del, ki ne nastopa s statusom samozaposlenega.

3.1.1. Avtonomija pogodbenih strank v slovenski sodni praksi

V sklepu VIII Ips 129/2006 je Vrhovno sodišče RS obravnavalo primer prikrivanja delovnega razmerja s študentskim delom. Tožnica je kot študentka več kot deset let delala pri nacionalnem letalskem prevozniku, torej na podlagi študentskih napotnic. Delala je na sistemiziranem delovnem mestu, kar je sicer z določenimi časovnimi omejitvami dopuščala tudi delovna zakonodaja,³³ v vsem tem času je bila deležna tudi napredovanja. Ni pa bila v vsem tem času deležna vseh klasičnih pravic, ki gredo delavcem v delovnem razmerju. V tožbi je tožnica tožila na ugotovitev obstoja delovnega razmerja za nedoločen čas ter zahtevala vse pravice, do katerih bi bila upravičena kot delavka v delovnem razmerju.

³¹ Uporaba istih zakonskih mehanizmov za ugotavljanje delovnega razmerja in podobnega razumevanja omejevanja avtonomije volje pogodbenih strank je vidna tudi v drugih odločbah vrhovnega sodišča, npr. sklepu VIII Ips 337/2006, z dne 15.1.2008, Sklepu VIII Ips 339/2006, z dne 25.10.2007, Sklepu VIII Ips 373/2006, z dne 4.12.2007.

³² Študentje, ki opravljajo delo na podlagi študentske napotnice, formalnopravno niso v delovnem razmerju. Kljub temu jim ZDR, podobno kot otrokom in dijakom, zagotavlja določeno varstvo. V skladu s sedmim odstavkom 214. člena ZDR se zanje uporabljajo določbe ZDR o prepovedi diskriminacije, enaki obravnavi glede na spol, delovnem času, odmorih in počitkih, o posebnem varstvu delavcev, ki še niso dopolnili 18 let starosti, ter o odškodninski odgovornosti.

³³ Do novele v letu 2007, s katero je bil člen črtan, je drugi odstavek 216. člena ZDR določal: »Kot začasno ali občasno delo v skladu s prejšnjim odstavkom lahko dijak ali študent opravlja tudi delo na delovnem mestu pri posameznem delodajalcu, vendar najdalj 90 dni brez prekinitve v posameznem koledarskem letu«.

Sodišči prve in druge stopnje sta tožničini tožbeni zahtevki v celoti zavrnila. Mnenja sta bili, da se statusa delavca in študenta pojmovno izključujeta, saj naj študent preprosto ne bi mogel biti hkrati oseba v delovnem razmerju.³⁴ Drugi argument, ki sta ga uporabili sodišči prve in druge stopnje, pa se je nanašal na **voljo pogodbenih strank**. Sodišči sta izrazili spoštovanje pogodbene volje strank, ki sta bili soglasni z opravljanjem dela na podlagi študentskih napotnic. Upošteva je 15. člen Obligacijskega zakonika (Uradni list RS, št. 97/07, UPB1, v nadaljevanju OZ) in 11. člena ZDR sta zaključili, da je tožnica pri toženi stranki delala vrsto let z napotnico za delo študentov, iz česar naj bi izhajalo, da je med strankama obstajalo soglasje volj za takšno delo in ne za sklenitev delovnega razmerja. Zato naj sodišče ne bi moglo spreminjati pravne narave dogovorjenega pravnega razmerja. Višje delovno in socialno sodišče je posebej glede volje pogodbenih strank dodalo, da delovna zakonodaja, to je predvsem sedaj veljavni ZDR, nikjer kot sankcije ali pravne posledice opravljanja dela izven okvirov delovnega razmerja (beri: kršitve določb o občasnem in začasnem delu), čeprav naj bi obstajali njegovi opredelilni elementi, ne predvideva spremembe pravne narave samega razmerja. Iz tega lahko sklepamo, da četudi bi sodišče ugotovilo, da ima konkretno delo znake delovnega razmerja, med strankama pa ni sklenjene pogodbe o zaposlitvi, kaj več kot ugotovitev prekrška s strani delodajalca, sodišče s svojo odločitvijo naj ne bi moglo storiti, ker ZDR tega ne predvideva.

Mnenje vrhovnega sodišča v reviziji je bilo drugačno od mnenja sodišč prve in druge stopnje in je zaradi zmotne uporabe materialnega prava zavrnilo oba argumenta za njuno odločitev.³⁵ Pri presoji argumenta sodišč prve in druge stopnje

³⁴ Stališče se nam sicer lahko zdi dokaj blizu, saj smo pravzaprav vsi vedno šteli ta dva statusa za pojmovno nezdržljiva, izključujoča. Ne moremo pa mimo dejstva, da je šlo zgolj za bolj ali manj laično oceno, brez preverjanja njene točnosti v predpisih.

Ker je iz obrazložitve sodišča videti, kot da gre za splošno znano dejstvo, temu argumentu sodišče ni namenilo obširnejše pozornosti. Pojmovno izključevanje naj bi izhajalo iz starih predpisov s področja delovnih razmerij (stari ZDR) in tistih delov predpisov s področja socialne varnosti, ki urejajo zdravstveno ter pokojninsko in invalidsko zavarovanje študentov.

³⁵ Pri pojmovnem izključevanju statusa in delavca je Vrhovno Sodišče ovrгло mnenje predhodnih sodišč sklicujoč se predvsem na Zakon o visokem šolstvu (Uradni list RS, št. 119/06, UPB3, v nadaljevanju ZViS) Statuta tako Univerze v Mariboru kot Ljubljani. Ugotovilo je, da v nobenem od omenjenih pravnih virov sočasnost teh dveh statusov ni izrecno izključena. Ključna je določba 69. člena ZViS, po kateri imajo študenti ne glede na to, ali se študij izvaja kot redni ali izredni, pravico do zdravstvenega varstva in drugih ugodnosti ter pravic v skladu s posebnimi predpisi, če niso v delovnem razmerju ali prijavljeni kot iskalci zaposlitve. Problematika socialnih zavarovanj, ki je bila pri nižjih sodiščih ključna za zaključek, da se statusa delavca in študenta izključujeta, je urejena povsem jasno. Posebni predpisi se za študente uporabljajo vedno ali vse dotlej, dokler

glede upoštevanja volje pogodbenih strank o naravi pravnega razmerja, glede katerega sta bili soglasni, je vrhovno sodišče jasno in odkrito sprejelo omenjeno načelo primarnosti dejstev. Revizijsko sodišče je pri presoji obstoja delovnega razmerja v tem primeru najprej navedlo splošno ugotovitev, in sicer, da je pri tovrstnih sporih osrednjega pomena pojmovna opredelitev pogodbe o zaposlitvi oz. elementi te pogodbe, ki pomenijo razlikovalni dejavnik pri primerjavi z drugimi podobnimi pogodbami. Zato je sodišče med drugim uporabilo 4. člen ZDR (opredelitev delovnega razmerja), 11. člen ZDR (uporaba splošnih pravil civilnega prava) in 16. člen ZDR (domneva obstoja delovnega razmerja). Določbe teh treh členov predstavljajo normativno jedro ne zgolj ugotavljanja obstoja delovnega razmerja v netipičnih in marginalnih pravnih razmerjih, temveč predstavljajo tudi temeljno normativno izhodišče boja proti neprimernemu izkoriščanju delavcev. Le ti morajo delo opravljati ne le po navodilih in nadzoru delodajalca, kar ni sporno, temveč tudi v taki pravni obliki, ki delodajalcu v danem trenutku najbolj ustreza. Po naravi stvari izbrana pravna oblika angažmaja delavca pomeni za delodajalca najcenejšo obliko opravljanja dela, za delavca pa odrekanje mnogih pravic iz sklopa delovnega prava ali prava socialne varnosti, do katerih bi delavec moral biti upravičen.

Upošteva je začrtani pravni okvir je vrhovno sodišče ugotovilo, da je **za razlikovanje občasnega in začasnega dela, v katera so vključeni študenti, od pogodbe o zaposlitvi, bistvena vsebina določenega pravnega razmerja med strankama in ne le zunanja oblika tega razmerja, pogosto določena z voljo pogodbenih strank. Slednja tudi po mnenju vrhovnega sodišča ni odločilna pri presoji ali in kdaj neko pravno razmerje označimo za delovno razmerje.** Sodišče je voljo strank ovrednotilo v luči enega izmed elementov delovnega razmerja, vidnega v opredelitvi le tega v 4. členu ZDR. Volja strank je v tem kontekstu pomembna v smislu prostovoljne vključitve v organiziran delovni proces delodajalca. Prostovoljnost pa je hkrati tudi bistvena vrednostna komponenta ustavne pravice do svobode dela, zagotovljene in urejene v 49. členu Ustave RS.

Podobno stališče vrhovnega sodišča glede avtonomije volje pogodbenih strank izhaja tudi iz sklepa VIII Ips 337/2006. Predmet sodnega postopka v tej zadevi

študent ni v delovnem razmerju ali ni iskalec zaposlitve. Nesporno pa ta ureditev v ničemer ne onemogoča študentu skleniti pogodbe o zaposlitvi. Vrhovno sodišče je bilo mnenja, da ureditev zavarovanja študentov po Zakonu o pokojninskem in invalidskem zavarovanju (Uradni list RS, št. 109/06, UPB4) in Zakonu o zdravstvenem varstvu in zdravstvenem zavarovanju (Uradni list RS, št. 20/04, UPB1) pri presoji obstoja ali neobstoja delovnega razmerja ni bistvena.

je bilo delo samostojne poklicne novinarka, ki je z naročnikom sklepala pogodbe o programskem sodelovanju oz. pogodbe o novinarskem delu. Za vrhovno sodišče je bilo bistveno, da se v skladu z drugim odstavkom 11. člena ZDR delo ne opravlja na podlagi pogodbe civilnega prava, če obstajajo elementi delovnega razmerja. Pri tem se sodišču načeloma **ni** zdelo pomembno, da je novinarka v civilno pogodbeno razmerje stopila kot samozaposlena oseba,³⁶ to je kot oseba, ki svojo dejavnost opravlja kot samostojen poklic in je vpisana v razvid samostojnih novinarjev. Po mnenju sodišča namreč zgolj dejstvo, da je med strankama prihajalo do pogodb o programskem sodelovanju oz. pogodb o novinarskem delu, ki naj bi jih tožnica sklepala kot samostojna poklicna novinarka, samo po sebi še ne predstavlja zadostnega razloga za zavrnitev zahtevka za ugotovitev obstoja delovnega razmerja.³⁷ Je pa kot pomemben element presoje obstoja delovnega razmerja sodišče omenilo ugotovitev, ali je izvajalka del sama želela in hotela tak status in pri takšnih pogodbah celo vztrajala, ali je zaradi podrejenega položaja v daljšem neprekinjenem obdobju izvajanja del le pristajala na takšen status in morda zahtevala tudi spremembe ali sklenitev delovnega razmerja.

Kot tretji primer prepovedi dela na podlagi sklenjene civilne pogodbe, če obstajajo elementi delovnega razmerja gre omeniti odločitev vrhovnega sodišča v sklepu VIII Ips 339/2006. V tem primeru je šlo za pogodbeno delo po pogodbi o avtorskem delu osebe, ki ni v pogodbeno razmerje stopala kot samozaposlena oseba z registrirano dejavnostjo. Šlo je za kontinuirano pogodbeno delo na sistemiziranem delovnem mestu, v delovnem času, določenem s strani naročnika, glede navodil in količini opravljenega dela pa se je lahko primerjala z delom ostalih sodelavcev na istem delovnem mestu. Sodišče je tudi v tej zadevi avtonomijo volje razlagalo podobno, kot v prvih dveh primerih. Če izvajalec del ne nastopa kot samozaposlena oseba, je ugotovitev obstoja delovnega razmerja manj problematična, saj odločitev ni zaznamovana z značilnostmi samozaposlenosti, ki v določeni meri morda same po sebi odvrtačajo od obstoja delovnega razmerja.

³⁶ Po Uredbi o postopku in podrobnejših merilih za pridobitev statusa samostojnega novinarja in za vodenje razvida kot javne knjige, (Uradni list RS, št. 105/01) status samostojnega novinarja lahko dobi tudi oseba, ki je delovnem razmerju, vendar ne za več kot polovični delovni čas.

³⁷ Podrobneje o možnostih ugotavljanja obstoja delovnega razmerja tudi za osebo, ki v civilnopravno razmerje stopa s statusom samozaposlenega, pri analizi pojma samozaposlenosti in razmejitvi samozaposlenega in delavca.

4. ZAKLJUČEK

Avtonomija volje pogodbenih strank je eden temeljnih postulatov pogodbenega prava, ki pa ima v delovnem pravu njegovi funkciji prilagojeno pojavno obliko. Kljub zatrevanju pogodbenega koncepta individualnih delovnih razmerij, saj je pogodba o zaposlitvi osrednji institut delovnega prava, je potrebno avtonomijo volje v delovnem pravu razumeti restriktivneje kot to velja v civilnem pravu. V tem prispevku sem prikazal pomen avtonomije strank tako v luči zagotavljanja delovnopravnega varstva, kot tudi presoje obstoja delovnega razmerja, kadar je med strankama sklenjena pogodba civilnega prava.

LITERATURA IN VIRI

- Bečan I., et al., Zakon o delovnih razmerjih s komentarjem, GV Založba, Ljubljana 2008,
- Cigoj S., Komentar obligacijskih razmerij, I-IV. Knjiga, ČZ Uradni list SRS, Ljubljana, 1984-1986,
- Deakin S., Morris G.S., Labour Law, Fourth edition, Hart publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2005
- Juhart M., et. al., Obligacijski zakonik s komentarjem, GV Založba Ljubljana, 2003
- Končar P.: Splošno o novi zakonski ureditvi prenehanja pogodbe o zaposlitvi, Podjetje in delo, št. 6-7/2002, Ljubljana, 2002, str. 1316-1325,
- Kranjc V.: O pravnih standardih pogodbenega prava, Pravniki, let. 51, 9-10, 1996, str. 493-512
- Mežnar D., Pogodba o zaposlitvi, Gospodarski vestnik, Ljubljana, 1998
- Strohsack B.: Obligacijska razmerja I, tretja spremenjena in dopolnjena izdaja, Uradni list RS, 1995
- Tičar L., Pogodbena svoboda v delovnem pravu, Pravniki, št. 1-3, 2003, str. 173-182
- Veneziani B., The evolution of the contract of employment, The making of labour law in Europe, Mansell Publishing Limited, 1986, 31-72
- Zabel B.: Poslovna morala, dobri poslovni običaji in pogodbeni disciplina, Privreda i pravo, 3/1967, strani 9-14,
- Konvencija št. 158 o prenehanju delovnega razmerja na pobudo delodajalca, Uradni list SFRJ-MP, št. 4/1984; akt o notifikaciji nasledstva, Uradni list RS, št. 15/92-MP
- Direktiva 91/533/EEC o obveznosti delodajalca obvestiti delavce o pogojih, ki se nanašajo na pogodbeno oz. delovno razmerje, OJ L 288, z dne 18.10.1991
- Uredba o postopku in podrobnejših merilih za pridobitev statusa samostojnega novinarja in za vodenje razvida kot javne knjige, Uradni list RS, št. 105/01
- Zakon o delovnih razmerjih, Uradni list RS št., 42/02, 103/07

Zakon o delovnih razmerjih, Uradni list RS, 14/90, 5/91, 71/93, popr. 2/94

Obligacijski zakonik, Uradni list RS št., 97/07 UPB-1

Zakon o visokem šolstvu, Uradni list RS, št. 119/06, UPB3,

Zakon o gospodarskih družbah, Uradni list RS, št. 42/06, 10/08, 68/08

Statistični letopis Republike Slovenije, 2008, dostopen na spletni strani: <http://www.stat.si/letopis/2008/03-08.pdf>.

Letno poročilo ZPIZ za leto 2008, dostopno na spletni strani: http://www.zpiz.si/src/letno_porocilo/2008/2.html#sec1

RESTRICTION OF AUTHONOMY OF CONTRACTUAL PARTIES OF THE EMPLOYMENT CONTRACT AS A FACTOR FOR ENSURING EMPLOYMENT PROTECTION

Luka Tičar*

SUMMARY

The first and the foremost aim of the labour law is to provide for adequate employment protection. The latter has emerged and developed with the purpose to protect the workers who carry out work for someone else, i.e. an employer. Principally labour law does not apply to the persons who carry out work on the ground of a civil law contract, that is in an equal relationship, but more so to those who are in a dependent relationship to the employer. Hereby the aim of the legislator is to alleviate the subordinate position of the worker and thus balance the position of the contractual parties.

When verifying the workers' right to employment protection we thus refer to the situation of the parties in the employment relationship. Subordination of the worker towards the employer is the one central element of the employment relationship and the characteristics of the employment contract respectively, thus exclusively inherent to it, and its defining factor. We can speak of employment relationship as long as the worker is personally and economically subordinated to his employer. Personal subordination is evident from the fact that the worker is obliged to follow the instructions of the employer and is also subjected to his control, whereas economic control is in its essence evident from the explicit economic superiority of the employer. The latter owns the capital, the means of production, etc., whereas the worker only possesses his working ability which he offers against payment to the employer. When justifying the employment protection, it must and can be said that due to his subordinate position, the worker is entitled to it. The subordinate position of the worker is last but not least also a kind of counterweight for the fact that the worker does not carry any responsibility for the business risk. Thus

* Luka Tičar, PhD, Faculty of Law, University of Ljubljana, Slovenia
luka.ticar@pf.uni-lj.si

the burden of business risk contributes to the mitigation of the otherwise evident subordinate position of the worker.

A key factor for the provision of employment protection is the restriction of the employers' autonomy, especially so during the duration of the employment relationship and upon the termination of the employment contract. In the light of the care for the worker, the entire labour legislation is actually characterised by the restriction of the employers' rights; the latter is a key factor especially when assessing the legal nature of the respective contractual relationship. According to the Employment Relationship Act it is not allowed to conclude a work contract according to the civil law if elements of an employment relationship pursuant to Article 4 of the above mentioned Act exist. Recently, the Supreme Court of the Republic of Slovenia has played an important role by paying more attention to the will of the contractual parties in terms of attributing more protection to the dependent worker; according to its ruling it is not possible to declare a dependent employment relationship as a civil one.