

Revija za delovno pravo in pravo socialne varnosti  
Labour Law and Social Security Review

# Delavci in Delodajalci Employees & Employers

1/2018 / letnik XVIII

1

Marko BOŠNJAK

Monitoring Correspondence of Employees: Lessons to be learned from the ECtHR Judgment in the Case of Barbulescu v. Romania

Steven L. WILLBORN, Eri KASAGI, Sebastián de SOTO RIOJA

Labour Law Beyond National Borders: Major Debates in 2016

Luka MIŠIČ

Odsevi politične filozofije v pravu socialne varnosti

Simona ZUPANČIČ, Grega STRBAN

Odprta vprašanja Zakona o osebni asistenci

Anja STROJIN ŠTAMPAR

Sodelovanje delavcev pri upravljanju v enotirnem sistemu upravljanja

Grega STRBAN

Evropsko socialno pravo



Inštitut za delo  
pri Pravni fakulteti  
v Ljubljani

**Delavci in Delodajalci:**  
*Employees & Employers*

**Revija za delovno pravo in pravo socialne varnosti**  
*Labour Law and Social Security Review*

**Izdajatelj in založnik:**  
*Publisher*

**Inštitut za delo pri Pravni fakulteti v Ljubljani**  
*Institute for Labour Law at the Faculty of Law, University of Ljubljana*

Naslov uredništva  
*Editorial Office Address*

Poljanski nasip 2, SI-1000 Ljubljana, Slovenia  
tel: +386 (0)1 4203164, fax: +386 (0)1 4203165  
inst.delo@pf.uni-lj.si; www.institut-delo.si; www.zdr.info

**Uredniški odbor**  
*Editorial Board*

prof. Barbara Kresal, *University of Ljubljana*;  
prof. Polonca Končar, *University of Ljubljana*; prof. Grega Strban, *University of Ljubljana*; prof. Darja Senčur Peček, *University of Maribor*; prof. Mitja Novak, *Institute for Labour Law at the Faculty of Law, University of Ljubljana*; dr. Katarina Kresal Šoltes, *Institute for Labour Law at the Faculty of Law, University of Ljubljana*; prof. Marc Rigaux, *University of Antwerp*; prof. Niklas Bruun, *University of Helsinki*; prof. Gotfried Winkler, *University of Vienna*; prof. Ivana Grgurev, *University of Zagreb*; prof. Željko Potočnjak, *University of Zagreb*, prof. Sylvaine Laulom, *University Lumière Lyon 2*, prof. Simon Deakin, *University of Cambridge*

**Glavna urednica**  
*Editor in Chief*

prof. Barbara Kresal, *University of Ljubljana*

**Odgovorna urednica**  
*Editor in Chief*

dr. Katarina Kresal Šoltes, *Institute for Labour Law at the Faculty of Law, University of Ljubljana*

**Pomočnica glavne urednice**  
*Assistant*

Karim Bajt Učakar

Prevod / *Translated by*

Irena Kuštrin

Oblikovanje / *Design*

Gorazd Učakar

Tisk / *Printing*

Birografika Bori d.o.o., Ljubljana

**ISSN:**

1580-6316

**UDK:**

349.2/3 : 364

Članki v reviji so recenzirani.

*Articles in the journal are subject to double-blind peer review.*

Revija izhaja štirikrat letno (1/marec, 2-3/maj, 4/december)

*The journal is published in four issues per year (1/March, 2-3/May, 4/December).*

Letna naročnina/*Annual Subscription*: 93,30 €; posamezni izvod (particular issue) 28 €.

### **Abstracting and Indexing Services:**

Revija je vključena v naslednje baze / *The Journal is indexed by:*

IBZ - Internationale Bibliographie der Zeitschriftenliteratur / International Bibliography of Periodical Literature in the Humanities and Social Sciences; IBR - Internationale Bibliographie der Rezensionen geistes- und sozialwissenschaftlicher Literatur / International Bibliography of Book Reviews of Scholarly Literature in the Humanities and Social Sciences.

Revija je članica Mednarodnega združenja revij za delovno pravo / *The Journal is a member of the International Association of Labour Law Journals – IALLJ.*

### **International Cooperation:**

*The Journal »Employees & Employers« is a member of the International Association of Labour Law Journals – IALLJ.*

The International Association of Labour Law Journals was established for the following purposes:

1. Advancing research and scholarship in the fields of labour and employment law;
2. Encouraging the exchange of information regarding all aspects of the publishing process;
3. Promoting closer relations among editors of national and international labour and employment law journals.

Člani IALLJ / *The members of the IALLJ:*

*Análisis Laboral*, Peru; *Arbeit und Recht*, Germany; *Australian Journal of Labor Law*, Australia; *Bulletin on Comparative Labour Relations*, Belgium; *Canadian Labour and Employment Law Journal*, Canada; *Comparative Labor Law & Policy Journal*, USA; *Derecho de las Relaciones Laborales*, Spain; *Diritti lavori mercati*, Italy; *Diritto delle Relazioni Industriali*, Italy; *E-journal of International and Comparative Labour Studies*, Italy; *Employees & Employers (Delavci in delodajalci)*, Slovenia; *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA)*, Germany; *European Labour Law Journal*, Belgium; *Giornale di Diritto del lavoro e relazioni industriali*, Italy; *Industrial Law Journal*, United Kingdom; *Industrial Law Journal*, South Africa; *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, The Netherlands; *International Labour Review*, ILO; *Japan Labor Review*, Japan; *Labour and Social Law*, Belarus; *Labour Society and Law*, Israel; *La Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale – RGL*, Italy; *Lavoro e Diritto*, Italy; *Pécs Labor Law Review*, Hungary; *Revista de Derecho Social*, Spain; *Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale*, France; *Revue de Droit du Travail*, France; *Rivista giuridica del lavoro e della sicurezza sociale*, Italy; *Russian Yearbook of Labour Law*, Russia; *Temas Laborales*, Spain; *Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht*, Germany.

The last annual meeting of the IALLJ took place in Toronto (CAN) on June 25, 2017. The minutes of annual meetings and other information on the IALLJ published at [www.labourlawjournals.com](http://www.labourlawjournals.com).




Revija za delovno pravo in pravo socialne varnosti  
Labour Law and Social Security Review

# Delavci in Delodajalci Employees & Employers

1/2018 / letnik XVIII

1



Inštitut za delo pri Pravni fakulteti v Ljubljani  
Institute for Labour Law at the Faculty of Law, University of Ljubljana

## **Namen in vsebina / *Aims and Scope***

Revijo za delovno pravo in pravo socialne varnosti »Delavci in delodajalci« je leta 2001 ustanovil Inštitut za delo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, z namenom razvijati in pospeševati znanstveno raziskovanje na področju delovnega in socialnega prava, kot tudi pospeševati dialog med akademsko in raziskovalno sfero ter prakso in socialnimi partnerji. Revija Delavci in delodajalci predstavlja znanstvene dosežke in spoznanja, relevantna za prakso. Revija objavlja znanstvene in strokovne članke, pravna mnenja, primerjalnopravne, mednarodne in pozitivnopravne analize, tujo in domačo sodno prakso ter prakso Sodišča Evropske unije, domače in tuje pravne vire ter pravo EU, poročila s konferenc, posvetov in drugih pomembnih dogodkov na področju delovnega prava, politike zaposlovanja, socialne varnosti in socialnega dialoga. Revija izhaja v slovenščini, s povzetki in izvlečki ter posameznimi prispevki tudi v angleškem jeziku ([www.delavciindelodajalci.com](http://www.delavciindelodajalci.com)).

Od leta 2015 je revija članica Mednarodnega združenja revij za delovno pravo ([www.labourlawjournals.com](http://www.labourlawjournals.com)).

*The journal "Delavci in delodajalci" ("Employees & Employers") was founded with the intention to develop and promote scientific research and knowledge in the fields of labour and social law and to promote the dialogue between the academic and research community and the experts in practice as well as the social partners. The journal publishes scientific articles, discussions, comparative analyses, analyses of legislative, administrative and judicial developments in Slovenia and in the EU, practice – legislation, case law, reviews, reports from conferences, meetings and other relevant events in the fields of labour law, employment policy, social security. The journal also presents the research findings of practical relevance to the practice. The main scientific fields are: labour law, social security, international labour and social law, European labour and social law, fundamental social rights, management. The journal is published in Slovenian, but summaries, abstracts and some articles are available also in English ([www.delavciindelodajalci.com](http://www.delavciindelodajalci.com)).*

*In June 2015, the Journal »Emoloyees & Employers« became a member of the International Association of Labour Law Journals ([www.labourlawjournals.com](http://www.labourlawjournals.com)).*

Copyright: Inštitut za delo pri Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani. Vse pravice zadržane.

Brez pisnega dovoljenja založnika je prepovedano reproduciranje, distribuiranje, javna priobčitev, predelava ali druga uporaba tega avtorskega dela ali njegovih delov v kakršnemkoli obsegu ali postopku, vključno s fotokopiranjem.

## VSEBINA / CONTENTS

### članki / articles

*Marko BOŠNJAK*

Monitoring Correspondence of Employees: Lessons to be learned from the ECtHR Judgment in the Case of *Barbulescu v. Romania* ..... 9

*Nadzor komunikacije zaposlenih: kaj nas uči sodba ESČP v zadevi Barbulescu proti Romuniji*..... 23

*Steven L. WILLBORN, Eri KASAGI, Sebastián de SOTO RIOJA*

Labour Law Beyond National Borders: Major Debates in 2016 ..... 25

*Delovno pravo preko nacionalnih meja: glavne razprave v letu 2016* ..... 26

*Luka MIŠIČ*

Odsevi politične filozofije v pravu socialne varnosti ..... 57

*Reflections of Political Philosophy in Social Security Law* ..... 84

*Simona ZUPANČIČ, Grega STRBAN*

Odprta vprašanja Zakona o osebni asistenci ..... 85

*Open Questions Related to the New Personal Assistance Act* ..... 104

*Anja STROJIN ŠTAMPAR*

Sodelovanje delavcev pri upravljanju v enotirnem sistemu upravljanja ..... 107

*Employee Participation in a One-tier Corporate Governance System of a Stock Company*..... 127

*Grega STRBAN*

Evropsko socialno pravo ..... 129

*European Social Law* ..... 143

### recenzije, publikacije / book reviews, publications

*Luka MIŠIČ*

Recenzija knjige: FUCHS, Maximilian, MARHOLD, Franz. *Europäisches Arbeitsrecht* (5. Auflage): Handbuch. Verlag Österreich [Wien], 2018. .... 145



## **sodna praksa / case law**

Pomembnejše odločbe delovno-socialnega oddelka Vrhovnega sodišča Republike Slovenije v letu 2017 (izbrala in uredila: Marjeta Janežič) .....	149
---	-----

## **najave, oglasi / announcements**

OZS pričela s projektom za bolj učinkovit socialni dialog »Krepitev usposobljenosti socialnih partnerjev s področja obrti in podjetništva (KRUSPOP)« .....	185
Napovednik kongresa XVII. Dnevi delovnega prava in socialne varnosti, 2018 / XVII. Slovenian Congress of Labour Law and Social Security, 2018 .....	188
Iz založbe Inštituta za delo pri Pravni fakulteti v Ljubljani .....	195

## Monitoring Correspondence of Employees: Lessons to be learned from the ECtHR Judgment in the Case of Barbulescu v. Romania

Marko Bošnjak\*

UDK: 347.9:342.7:061.1EU  
349.2:347.9:061.1EU

**Abstract:** *The author presents a recent judgment of the ECtHR in the case of Barbulescu v. Romania, which sets the standards for applicability of Article 8 of the ECHR as well as positive obligations of the High Contracting Parties in cases of monitoring of employee's correspondence by private employers. Possible further developments in the Court's case law and implementation of the judgment at the national level are also discussed.*

**Key words:** *European Court of Human Rights, correspondence at workplace, monitoring of employees, reasonable expectation of privacy, balancing of interests, margin of appreciation*

**Nadzor komunikacije zaposlenih: kaj nas uči sodba ESČP v zadevi Barbulescu proti Romuniji**

**Povzetek:** *Pisec predstavlja nedavno sodbo ESČP v zadevi Barbulescu proti Romuniji, ki določa pravila uporabljivosti 8. člena EKČP, kakor tudi pozitivne obveznosti držav pogodbenic v primerih nadzora komunikacije zaposlenih s strani zasebnih delodajalcev. Razpravlja tudi o možnem nadaljnjem razvoju presoje Sodišča in implementacije sodbe na nacionalni ravni.*

**Ključne besede:** *Evropsko sodišče za človekove pravice, dopisovanje na delovnem mestu, nadzor zaposlenih, razumno pričakovanje zasebnosti, ravnotežje interesov, polje proste presoje*

---

\* Judge of the European Court of Human Rights, doctor of law, associate professor of criminal law. The views on specific legal issues taken by the author of the article do not necessarily represent position of the European Court of Human Rights.

## I. INTRODUCTION

On 5 September 2017, the Grand Chamber of the European Court of Human Rights (hereinafter referred to as the Court) delivered a judgment in the case of *Barbulescu v. Romania*<sup>1</sup>. The judgment is rightly considered to be a landmark one, setting the standards for Council of Europe member states, but also for employers across Europe regarding the issue of monitoring of employees' correspondence.<sup>2</sup> First and foremost, the Grand Chamber was invited to decide a case touching upon an employee's right to privacy in general and with regard to Internet communication in particular. The increased use of new technologies and means of communication in the workplace has created new concerns for both employers and employees.<sup>3</sup> The line between private and professional activities has (further) been blurred,<sup>4</sup> since these technologies enable employees to work and be accessible outside office premises and hours, while on the other hand research shows that majority of them use professional tools (office and professional mobile phones, computers) also for private purposes. In the past, the Court has extended applicability of Article 8 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (hereinafter referred to as the Convention) to professional environment<sup>5</sup> and has, in particular cases, acknowledged reasonable expectation of privacy to employees communicating over lines available in their respective offices<sup>6</sup>. In the *Barbulescu* case, the

---

<sup>1</sup> Application nr. 61496/08.

<sup>2</sup> On the importance of this particular judgment, see e.g. *Kaeni, Sara*, p. 603.

<sup>3</sup> See *Hustinx, Peter*, p. 126.

<sup>4</sup> See *Köffer, Sebastian/Anlauf, Lea/Ortbach, Kevin/Niehaves, Björn*, p. 1-17.

<sup>5</sup> See, for example, *Niemietz v. Germany*, 16 December 1992, Series A no. 251-B, where the office of the a lawyer was searched in order to find the perpetrator of a criminal case, where a judge was insulted in an anonymous letter. The ECtHR acknowledged in the present case for the first time that not only the "inner circle" is a part of one's private life but Art. 8 may also include business activities.

<sup>6</sup> See, for example, *Halford v. the United Kingdom*, 25 June 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-III, where Ms Halford, an Assistant Chief Constable of the Merseyside Police claimed that she was not promoted to a higher rank due to her sex. In order to disprove her accusations, the Police i.a. intercepted private telephone calls from her office telephones, which the court considered as covered by the scope of protection of Article 8 as a part of her 'private life' as well as 'correspondence'. In *Copland v. the United Kingdom*, no. 62617/00, ECHR 2007-I, the telephone, e-mail and internet usage of Ms Copland, an employee of a State administered College, was monitored upon the instigation of the Deputy Principal in order to ascertain whether Ms Copland used the facilities for personal reasons. She has neither consented nor been informed of the monitoring.

Court has seized an opportunity to clarify principles concerning right to privacy in workplace in respect of correspondence.

What is more, the *Barbulescu* judgment differs from the existing case law in that in previous cases, the right to privacy of correspondence was interfered with by the respondent State<sup>7</sup>, whereas in the case at issue, it was a private employer who first prohibited, then monitored the applicant's correspondence and finally dismissed him on the basis of private content of that correspondence. Therefore, the Grand Chamber was called upon to address the question of positive obligations of High Contracting Parties to the Convention in this highly sensitive domain by setting clear criteria for balancing between interests of private parties, i.e. employers and employees. It might be expected that these criteria would also be applicable, *mutatis mutandis*, to situations where other dimensions of privacy come into play. It may be fair to say that the establishment of principles and the development of the case-law in this case are more important than its actual outcome. In this sense, the author of this article finds it particularly indicative that the Grand Chamber of the Court was unanimous on these principles, which are not called in question by both partly dissenting opinions.

## II. BACKGROUND OF THE CASE

The applicant, Mr. Bogdan Mihai Barbulescu, was employed as a sales engineer by a private company. At his employer's request, he created a Yahoo Messenger account for the purpose of communicating with company's customers. Apparently, the applicant was also using this account for private communication with his brother and fiancée, despite the fact that the employer's internal regulations prohibited the use of company resources for personal use. In addition, the employer circulated a notice among its employees which i.a. repeated the above

---

In the present case, the Court considered the secret monitoring of e-mails or personal internet usage as similarly protected as telephone calls, which it already stated in *Halford v. the United Kingdom* as a notion of 'private life' and 'correspondence' under Article 8.

<sup>7</sup> In *Halford v. the United Kingdom*, the applicant was working for the police, using a telephone line put at her disposal by her employer. In *Copland v. the United Kingdom*, the applicant was employed by a State university. It was a position of the Court in both these cases that the applicant's right under Article 8 of the Convention had been interfered with by the State and that the interference should be analysed according to the criteria of the second paragraph of that Article.

prohibition and warned the addressees that any misconduct would be carefully monitored and punished. The applicant signed a copy of the internal regulations on 20 December 2006 and took knowledge of the subsequent notice at a non-specified date between 3 and 13 July 2007.

From 5 to 13 July 2007, the employer monitored and recorded the applicant's communication in real time. On 13 July 2007, the applicant was summoned to explain why he was using company resources for personal purposes and was shown a chart demonstrating that his internet activity was greater than that of his colleagues. The applicant asserted that his Yahoo Messenger use was for work-related purposes only. Less than an hour later, he was presented with 45 pages of transcripts of his communication effectuated between 5 and 12 July 2007 showing its mostly private and partly even intimate nature.

On 1 August 2007 the employer terminated the applicant's contract of employment, the reason being the use of company's resources for private purposes. The applicant challenged his dismissal in an application to the Bucharest County Court (hereinafter referred to as the County Court). The County Court rejected the applicant's action and confirmed that his dismissal had been lawful. In its judgment, the County Court took a view that an employer indisputably had a power, by virtue of its right to supervise its employee's activities, to monitor personal internet use. According to the County Court, such checks by the employer were made necessary by the risks of damage to the company's IT system, for preventing illegal activities in cyberspace or preventing disclosure of the company's trade secrets. In the particular case, since the applicant maintained during the disciplinary investigation that he had not used the Yahoo Messenger for personal purposes, the County Court was of the opinion that an inspection of the content of conversations was the only way to ascertain the validity of his arguments. The applicant appealed to the Bucharest Court of Appeal (hereinafter referred to as the Court of Appeal), which dismissed his appeal. It confirmed that an employer was entitled to prohibit personal use of internet in the workplace and to monitor compliance with any such prohibition. According to the Court of Appeal, an employee who breaches the employer's rules may incur a disciplinary sanction, including a dismissal. No further remedies were available to the applicant at the national level to challenge this decision.

In parallel, the applicant lodged a criminal complaint against the statutory representatives of the company. The complaint was dismissed by the competent

investigative authority on the grounds that the company was the owner of the computer system and the internet connection and was therefore entitled to monitor its employees' activities. The applicant decided not to challenge this decision at the domestic level.

### **III. PROCEEDINGS BEFORE THE COURT**

On 15 December 2008, the applicant lodged an application with the Court complaining, in particular, that his employer's decision to terminate his contract had been based on a breach of his right to respect for his private life and correspondence as protected by Article 8 of the Convention and that the domestic courts had failed to comply with their obligation to protect that right. On 12 January 2016, a Chamber of the Fourth Section of the Court held, by six votes to one, that there had been no violation of Article 8 of the Convention. While the Chamber found that the case before it differed from *Copland* and *Halford* (both cited above) in that the employer's internal regulations clearly prohibited employees from using the company resources for private purpose, it nevertheless had regard to the nature of the applicant's communications and concluded that the applicant's right to respect for his "private life" and "correspondence" was at stake and that therefore Article 8 was applicable.

As to the merits, the Chamber examined the case in terms of the State's positive obligations, given the fact that the applicant was dismissed by a private company. In the view of the Chamber, the national courts had to strike a fair balance between the applicant's right to respect for private life and correspondence and his employer's interests. The Chamber noted that the applicant brought his case and presented his arguments before the national courts, which in turn found that the applicant had committed a disciplinary offence by private Internet use during working hours. They also found it important that the employer had accessed the content of the applicant's communications after he had declared that he had used the account for professional purposes only.

The applicant requested the referral of the case to the Grand Chamber, which was accepted by a panel on 6 June 2016. A public hearing of the case took place on 30 November 2016 and the Grand Chamber deliberated on the same day and on 8 June 2017. The Grand Chamber unanimously found Article 8 of the Convention to be applicable in the case and by eleven votes to six, it held

that there had been a violation of the abovementioned Article. By sixteen votes to one, it held that the finding of a violation constitutes in itself sufficient just satisfaction for the non-pecuniary damage sustained by the applicant.

#### IV. PRIVACY OF COMMUNICATION AT WORKPLACE – ISSUES OF APPLICABILITY OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION

Article 8 of the Convention guarantees the right to respect for three circles of an individual's life, namely his or her private and family life, his or her home and his or her correspondence. It has been a long standing practice of the Court that the notion of private life is a broad one not susceptible to exhaustive definition.<sup>8</sup> It may include professional activities<sup>9</sup>, taking into account that it is in the course of their working lives that the majority of people have a significant, if not the greatest opportunity to develop relationships with the outside world<sup>10</sup>. To put it simple, private life does not stop at the door of the workplace.<sup>11</sup>

When adjudicating on previous cases involving monitoring of an employee's communications from business premises, the Court has regularly resorted to the concept of "reasonable expectation of privacy".<sup>12</sup> An expectation of privacy was held to be reasonable where the applicant was given no prior warning that her calls from work telephone would be liable to monitoring. In *Barbulescu* judgment, the Grand Chamber held that when applicability of Article 8 of the Convention is at stake, a reasonable expectation of privacy is a significant though not necessarily conclusive factor. In this context, it is important to note that the Grand Chamber emphasized that an employer's instructions cannot reduce private social life in the workplace to zero. Respect for private life and for

---

<sup>8</sup> See, for example, *Sidabras and Džiautas v. Lithuania*, nos. 55480/00 and 59330/00, ECHR 2004-VIII, where two former KGB employees complained about a ban from the public sector and various private sector fields for a period of ten years due to their former KGB activities. The ECtHR saw their private life affected in a sense that their reputation and work situation was strongly shaped by their status as "former KGB officers", which can be seen as a very broad interpretation of the notion of private life.

<sup>9</sup> See, for example, *Fernandez Martinez v. Spain (GC)*, no. 56030/07, ECHR 2014 (extracts), where the contract of a religious education teacher was not renewed due to the fact that he decided to start a family and join a movement opposing Church doctrine.

<sup>10</sup> See *Niemietz*, cited above.

<sup>11</sup> *Mouly Jean*, p. 300 f.

<sup>12</sup> See *Halford* and *Copland*, both cited above.

the privacy of correspondence continues to exist, even if these may be restricted in so far as necessary. It might be fair to say that by adopting this standpoint, the Court prohibited any full and blanket ban on private correspondence at the workplace, though limitations are of course possible.

When applying the principles to the present case, the Grand Chamber held that the applicant had been informed of the ban on personal internet use before the monitoring began. However, doubt remained whether he had been informed about the monitoring operation before it had been put in place. Namely, he had acquainted himself with the information notice on the monitoring on an unspecified date between 3 and 13 July 2007, whereas the monitoring began on 5 July 2007. In any event, the employer's notice did not contain information on the extent and nature of the monitoring activities, including the possibility that the employer might have access to the actual contents of the applicant's communications. Thereby, the Court has broadened the requirement of prior notice, a core feature of the concept of the reasonable expectation of privacy, to include a duty of an employer to notify employees about possible monitoring, its nature and extent. This position was later on reflected in the part of the judgment where the Court set the principles on positive obligations of the States to protect private life and correspondence in the context of the workplace.

Bearing in mind factual uncertainties surrounding the applicant's situation, the Grand Chamber left open whether – and if so, to what extent – the applicant was left with reasonable expectation of privacy. But since, as mentioned above, it found a reduction of private social life at workplace to zero to be unacceptable, it ruled that the applicant's privacy of correspondence continued to exist and that Article 8 of the Convention was therefore applicable.

Apart from examining the issue of applicability from the perspective of privacy of communication, the Grand Chamber had an option to consider the content of the applicant's communications to constitute personal data. Indeed, personal data are considered in the Court's case-law as “any information relating to an identified or identifiable individual”<sup>13</sup>. In addition, both Recommendation CM/Rec(2015)5 of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the

---

<sup>13</sup> See *Amann v. Switzerland (GC)*, no. 27798/95, ECHR 2000-II, where the phone call of a Swiss business man was fortuitously intercepted and a putative contact with the Russian embassy and other personal data filled in a card for the national security card index was restored by the Federal Public Prosecutor's Office. The ECtHR reiterated the storing of personal data was already an interference with Art. 8.



processing of personal data in the context of employment and Opinion 8/2001 of the Working Party set up under Article 29 of the EU Directive no. 95/46/EC refer explicitly to monitoring by the employer of employees' communication or Internet use. According to these documents, monitoring of e-mails is classified as processing of personal data. Processing of personal data has been considered as an interference with the applicants' right to respect for private life under Article 8 of the Convention in the past.<sup>14</sup> Apparently, the Grand Chamber in *Barbulescu* did not decide to follow that path of argument, possibly for the fact that the pre-existing case-law concerning communication by employees from the workplace centred upon the concept of reasonable expectation of privacy. Equally, Article 8 of the Convention includes a specific reference to "correspondence", whereas the concept of "personal data" is much broader. In this respect, it is interesting to note that the Grand Chamber emphasized that the notion of "correspondence" within the ambit of Article 8 of the Convention is not qualified by any adjective, unlike the term "life". The judgment in *Barbulescu* does not seem to build further upon this argument. It remains to be seen, however, whether the Court will in future consider as protected by Article 8 of the Convention any correspondence at the workplace, regardless of whether it is of private nature or not.

## V. OBLIGATIONS OF HIGH CONTRACTING PARTIES IN RESPECT OF PRIVACY OF COMMUNICATION AT WORKPLACE

The essential object of Article 8 of the Convention is to protect individuals against arbitrary interference by public authorities. Any interference by those authorities is compatible with the Convention only if it complies with requirements of the second paragraph of the same Article. For that purpose, it has to (1) be in accordance with the law, (2) pursue one or more of legitimate aims stipulated by that provision and (3) be necessary in a democratic society. This is also a test to be applied when communication of an employee is monitored by an employer from a public sector.

In the *Barbulescu* case, the measure complained of by the applicant was not

---

<sup>14</sup> See, for example, *Vukota-Bojić v. Switzerland*, no. 61838/10, 18 October 2016, where the applicant was declared unfit to work after an accident. In order to lower her insurance-related benefits, the insurer conducted secret surveillance, which the ECtHR considered as an interference of Ms Vukota-Bojić's right to a private life.

taken by a State authority but by a private commercial company. However, the Court noted that the measure taken by the applicant's employer was later accepted by the national courts, therefore it was their responsibility to secure to the applicant the enjoyment of the right enshrined in Article 8 of the Convention. Consequently, the applicant's complaint had to be examined from the standpoint of the Respondent State's positive obligations.<sup>15</sup> In this respect, it was considered to be of particular importance to check whether fair balance had been struck between the competing interests of the applicant and those of his employer. For that purpose, the Grand Chamber has expressly emphasized that in the present case, its task was to clarify the nature and the scope of the positive obligations the States are required to comply with in protecting the applicant's right to respect for his private life and correspondence in the context of employment.

In the first place, the Court analysed a question whether the Contracting Parties, like in some other aspects touching upon issues of Article 8 of the Convention,<sup>16</sup> are under obligation to set up a legislative framework governing the conditions under which an employer may regulate electronic or other communications of a non-professional nature by its employees in the workplace. The Court answered in the negative for three reasons, namely (a) the nature of labour law, (b) non-existence of European consensus in the field and (c) a wide margin of appreciation enjoyed by the States in this respect. As to specific features of labour law, the Court has emphasized its contractual nature, leaving room for negotiation between the parties to the contract of employment.<sup>17</sup> Furthermore, only six Council of Europe members (Austria, Finland, Luxembourg, Portugal, Slovakia and the United Kingdom) out of 34 studied regulate the issue of workplace privacy either in their labour laws or in special legislation. Issues of private Internet use at workplace

---

<sup>15</sup> See more about States' positive and negative obligations regarding Article 8 in: *Harris, David/ O'Boyle, Michael/ Bates, Edward/ Buckley, Carla*, p. 504 f.

<sup>16</sup> Such legislative framework was considered mandatory in order to ensure compliance with positive obligations under Article 8 of the Convention in cases of sexual assault against minors (e.g. *X and Y v. the Netherlands*, 26 March 1985, series A no. 91, where a 16 year old mentally handicapped girl was not capable of filing a complaint due to sexual assault by herself and the public authorities did not entitle her father to file the complaint), violation of personal integrity committed by a close relative (e.g. *Söderman v. Sweden (GC)*, no. 5786/08, ECHR 2013, where a 14 year old girl was attempted to be filmed naked by her stepfather) or medical negligence (e.g. *Codarcea v. Romania*, no. 31675/04, 2 June 2009, where the State failed to provide adequate means of ensuring compensation for injuries caused by medical error).

<sup>17</sup> On the other hand, it seems that the Court did not specifically consider the fact that in labour law relations, an employee is often a fragile party in comparison with the position of an employer, this in turn limiting the contractual freedom to a certain extent.

are most commonly dealt with in contracts of employment or employers' internal regulations, with domestic courts adjudicating in case of a dispute generally paying special attention to the clarity of such regulations.

Although labour law is marked by a high degree of autonomy of parties to agreements and the margin of appreciation of Respondent States is in this particular field wide, putting in place of guarantees against arbitrariness is essential. The Court has outlined several safeguards against abuse. It may be fair to say that this outline should be considered as the most important part of the *Barbulescu* judgment.<sup>18</sup>

In the first place, the national authorities should in a given case consider whether the employee has been notified not only of the possibility of monitoring, but also of the implementation of any such measures. The notification should normally be clear about the nature of the monitoring (e.g. whether the content of communication is equally accessed) and be given in advance, i.e. before the start of the monitoring.

The employer has to provide legitimate reasons to justify monitoring of the communications or even accessing their actual content. In the event of monitoring, the national authorities should verify its extent and the degree of intrusion into the employee's privacy. The more invasive the method, the weightier should be the justification provided. In this regard, a distinction should be made between simple monitoring of the flow of communications and of their content. Equally, national authorities should also take into account whether all communications or only part of them have been monitored. Limits in time and the number of people who had access to the results are also important.

Furthermore, the Court has emphasized the principle of subsidiarity/necessity of monitoring of correspondence.<sup>19</sup> Any such activity by the employer may only be considered acceptable if no less intrusive methods and measures were available. It is important to consider whether the aim pursued by the employer could have been achieved without directly accessing the full contents of the employee's communications. In assessing proportionality of interference with an employee's right under Article 8 of the Convention, regard must be had to the consequences for the employee subjected to monitoring and the use made of the results by the employer. In any event, if monitoring is put in place, adequate

---

<sup>18</sup> The outline of the principles is contained in para. 121 of the judgment.

<sup>19</sup> See more about the criteria of "necessity" of Article 8 in: *Christoffersen, Jonas*, p. 120-122.

safeguards must be provided against abuse in order to ensure that the principles outlined above are complied with.

Last but not least, the Grand Chamber has stressed the importance of judicial protection of an employee whose communications have been monitored: he or she needs to have access to a remedy before a judicial body with jurisdiction to determine how the criteria outlined by the Court were observed in a particular case. The Grand Chamber did not specify the nature of that legal remedy, leaving the issue to the High Contracting Parties. It might be fair to say that in principle, labour law proceedings in court or a civil action in damages could meet the criteria. This is not evident for criminal law remedies, since usually no direct access to court is available to an employee acting as a complainant in a criminal case, a decision whether to prosecute and thereby bring an action in court being reserved to a state or public prosecution authority.

It is of symbolic importance that these principles were adopted by unanimity. The dissenting judges in this particular case disagreed with the outcome of the application of these principles to circumstances of monitoring and dismissal of Mr. Barbulescu or with a decision not to award any just satisfaction to the applicant.

## **VI. APPLICATION OF THE GENERAL PRINCIPLES TO THE CASE**

According to the principle of subsidiarity, it is for the national authorities to adjudicate in particular cases by establishing the relevant facts and to apply relevant legal provisions. In its turn, the Court's role is to ascertain whether the domestic courts observed the requirements of the Convention when considering the case. In the light of the case in question, it was necessary to examine whether and if so, how the County Court and the Court of Appeal applied the principles outlined above.

The Grand Chamber noted in the first place that the domestic courts correctly identified the interests at stake by holding that there existed a collision between, on the one hand, the applicant's right to respect for his private life, and on the other hand, the employer's right to ensure smooth running of the company. By referring to Directive 95/46/EC, the Court of Appeal made reference to the principles of necessity, purpose specification, transparency, legitimacy, proportionality and security, which in many ways are compatible with principles

outlined by the Court and presented above. Both domestic courts also examined whether disciplinary proceedings had been conducted in an adversarial manner and whether the applicant had been given the opportunity to put forward his arguments, answering in a positive manner.

However, it seems that the principles outlined by the Court had been applied by the domestic courts in an insufficient manner. As to whether the applicant received prior notification from his employer, the Court observed that he had not appeared to have been informed in advance of the extent and nature on his employer's monitoring activities, or of the possibility that employer might have access to the actual content of his communications. In connection with that, the domestic courts omitted to determine whether the applicant had been notified of the above in advance, apparently considering these issues to be of no importance. Equally, they failed to examine the issues of the scope of monitoring and the degree of intrusion into the applicant's privacy. Regarding the existence of legitimate reasons to justify the monitoring, the Court of Appeal did not at all address the issue, while the County Court mentioned the need to avoid the company's IT systems being damaged and its trade secrets being disclosed. However, these examples seemed rather theoretical, since there was no evidence that the applicant had actually exposed the company to any of those risks. Furthermore, the domestic courts neither considered whether the aim pursued by the employer could have been achieved by less intrusive methods nor the seriousness of the consequences for the applicant, who had in the end been dismissed due to his disciplinary offence. Finally, the Court noted that the domestic authorities did not establish at what point during the disciplinary proceedings the employer had accessed the relevant content, this having possibly happened before the applicant was summoned to give an explanation for his use of company resources.

Consequently, the Grand Chamber held that there had been a violation of Article 8 of the Convention. The applicant was awarded no just satisfaction in respect of asserted pecuniary damage, since no causal link between the violation found and the alleged pecuniary damage could be discerned. Equally, no just satisfaction for non-pecuniary damage was awarded, since the Court considered that the finding of a violation constitutes sufficient gratification for the applicant. Therefore, only costs and expenses in the amount of 1.365 euros were awarded. Six dissenting judges submitted a separate opinion disagreeing with the majority that in the particular case, the domestic authorities did not

afford adequate protection of the applicant's right to respect for his private life and correspondence. One judge from the majority dissented on the issue of just satisfaction awards, holding that the particular violation of Article 8 of the Convention had undoubtedly caused non-pecuniary damage to the applicant, who could not be satisfied with the mere finding of violation.

## VII. POSSIBLE FURTHER DEVELOPMENTS

The presented judgment touches upon a limited issue of privacy of correspondence in the context of employment relations. It remains to be seen how its main messages will affect further jurisprudence of the Court in cases pertaining to surveillance of employees by employers. Recently, the second section of the Court rendered a judgment in the case of *Antović and Mirković v. Montenegro*.<sup>20</sup> The applicants lecturing at the University of Montenegro alleged that installation and use of video surveillance in the auditoriums where they held classes had violated their right to respect for private life. By a majority, it held, it held that Article 8 of the Convention was applicable in the situation, regardless of the fact that the video surveillance in question was an overt one. By four votes to three, it also found a violation of the abovementioned Convention provision. The field of protection of Article 8 was thereby applied and extended to a separate field of employment relations.

Equally, it might be interesting to observe the steps the High Contracting Parties will take in order to implement the principles of the *Barbulescu* judgment. Although the Court did not require adoption of relevant legislation, this may be considered desirable as it could contribute to foreseeability of any measures particular employers might take in limiting privacy of their employees. Furthermore, this would offer a more fixed framework for judicial decision-making of national courts when adjudicating in disputes between employees and employers. Those decisions, in their turn, might in particular cases arrive to the Court, which will test whether the principles developed in the *Barbulescu* judgment have been complied with.

Be that as it may, it is worthwhile to reiterate the overarching idea stressed by the Grand Chamber, namely that in order to be fruitful, labour relations must

---

<sup>20</sup> Application no. 70838/13, judgment from 28 November 2017.

be based on mutual trust. Such trust may be solid and lasting only if both the employee's exercise of right to privacy and the employer's surveillance are conducted in good faith and with respect for everyone involved.

#### LITERATURE LIST:

*Christoffersen, Jonas*, Fair Balance: Proportionality, Subsidiary and Primarity in the European Convention on Human Rights. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009.

*Harris, David/ O'Boyle Michael/ Bates, Edward/ Buckley, Carla*, Law of the European Convention on Human Rights: Articles 8-11: General Considerations. Oxford University Press, 3<sup>rd</sup> ed., 2014.

*Hustinx, Peter*, EU Data Protection Law: The Review of Directive 95/46/EC and the General Data Protection Regulation. In: *Cremona, Marise*, New technologies and EU law. Oxford University Press, 2017.

*Kaeni, Sara*, Case Analysis *Barbulescu v Romania* (App. No.61496/08), 5 September 2017. European Human Rights Law Review, issue 6/2017.

*Köffer, Sebastian/ Anlauf, Lea/ Ortbach, Kevin/ Niehaves, Björn*, The Intensified Blurring of Boundaries Between Work and Private Life through IT Consumerisation (2015). ECIS 2015 Completed Research Papers. Paper 108.

*Mouly, Jean*, Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme. In : *Sudre, Frédéric* (dir.) : Actes du colloque des 26 et 27 novembre 2004 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme, Faculté de droit, Université Montpellier I [et] Journée nationale d'études de la Commission pour l'étude des Communautés européennes (CEDECE). Nemesis, 2005.

#### **Judgments of the European Court of Human Rights (in descending chronological order):**

*Antović and Mirković v. Montenegro*, no. 70838/13, 28 November 2017.

*Barbulescu v. Romania*, no. 61496/08, 5 September 2017.

*Fernandez Martinez v. Spain* (GC), no. 56030/07, ECHR 2014 (extracts).

*Söderman v. Sweden* (GC), no. 5786/08, ECHR 2013.

*Codarcea v. Romania*, no. 31675/04, 2 June 2009.

*Copland v. the United Kingdom*, no. 62617/00, ECHR 2007-I.

*Sidabras and Džiautas v. Lithuania*, nos. 55480/00 and 59330/00, ECHR 2004-VIII.

*Halford v. the United Kingdom*, 25 June 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-III.

*Niemietz v. Germany*, 16 December 1992, Series A no. 251-B.

*X and Y v. the Netherlands*, 26 March 1985, series A no. 91.

## Nadzor komunikacije zaposlenih: kaj nas uči sodba ESČP v zadevi Barbulescu proti Romuniji

Marko Bošnjak\*

### Izvleček

Septembra 2017 je Evropsko sodišče za človekove pravice (v nadaljevanju Sodišče) objavilo sodbo Velikega senata v zadevi Barbulescu proti Romuniji, ki obravnava nadzor elektronskega dopisovanja zaposlenega s strani njegovega delodajalca. Slednji je pritožnika obvestil, da je prepovedano uporabljati službene predmete za zasebne potrebe, kasneje pa tudi, da bo nadziral uporabo elektronskih komunikacijskih sredstev, pri čemer ni bilo ugotovljivo, ali se je s slednjim obvestilom pritožnik seznanil, še preden se je nadzor začel. Ker je delodajalec pri tem ugotovil, da pritožnik uporablja Yahoo Messenger račun, odprt za službene potrebe, pretežno za zasebne namene, mu je odpovedal pogodbo o zaposlitvi. Potem ko je ta ukrep neuspešno izpodbijal pred domačimi sodišči, se je pritožnik obrnil na Sodišče z očitkom o kršitvi pravice do zasebnosti iz 8. člena Konvencije. Senat Sodišča je odločil, da pritožniku navedena pravica ni bila kršena. Na zahtevo pritožnika je zadevo obravnaval še Veliki senat.

Ta je v zvezi z ugovorom romunske vlade najprej sklenil, da je pravica iz 8. člena Konvencije, ki med drugim varuje tako zasebno življenje kot dopisovanje, v konkretnem primeru uporabljiva. Že iz dosedanje presoje Sodišča izhaja, da je zasebno življenje lahko varovano tudi na delovnem mestu, pri čemer se je pogosto oprlo na doktrino razumnega pričakovanja zasebnosti. V pričujoči zadevi se Veliki senat ni opredelil, ali je pritožnik zasebnost lahko pričakoval, je pa opozoril, da delodajalec ne more v celoti odpraviti zasebnega družabnega življenja zaposlenih, kar je skušal storiti v konkretnem primeru.

Nato je Veliki senat sprejel stališče, da je pritožbo treba obravnavati z vidika pozitivnih obveznosti tožene države. Zato je moral presoditi, ali so domača sodišča ustrezno uravnotežila interese pritožnika in njegovega delodajalca. V zvezi s tehtanjem interesov je najprej poudaril, da države pogodbenice načeloma

---

\* Sodnik Evropskega sodišča za človekove pravice, doktor pravnih znanosti, PhD, izredni profesor za kazensko pravo. Stališča o določenih pravnih vprašanjih, ki jih zavzema avtor v članku, ne predstavljajo nujno stališč Evropskega sodišča za človekove pravice.



niso zavezane k sprejemu zakonodaje, ki bi izrecno uredila vprašanje nadzora komunikacije na delovnem mestu. V nadaljevanju sodbe pa je postavil načela, ki jih morajo domači organi upoštevati pri takšnem tehtanju. Ugotoviti morajo, ali je delodajalec zaposlene predhodno obvestil ne le o možnosti nadzora, temveč tudi o njegovem dejanskem izvajanju in naravi. Delodajalec mora za nadzor imeti tehtne razloge. Intenzivnejši kot je nadzor, močnejši morajo biti, še posebej, če vključuje tudi vsebino komunikacije. Preveriti je treba, ali so bila za dosego delodajalčevega cilja na voljo milejša sredstva. Upoštevati je treba posledice nadzora in zagotoviti primerna jamstva pred zlorabami. Zaposleni mora imeti možnost sprožiti postopek pred domačimi sodišči, ki bodo preverila spoštovanje teh načel.

Ker pritožnik ni bil obveščen o naravi nadzora, ker romunska sodišča niso ugotavljala, ali je pritožnik prejel obvestilo o njem njegovim začetkom, ker niso ugotovila konkretnih razlogov, ki bi upravičili nadzorovanje, ker niso preverjale, ali so morda obstajala milejša sredstva in tudi ne, kdaj se je delodajalec v resnici seznanil z vsebino pritožnikovega dopisovanja, je Veliki senat ugotovil kršitev 8. člena Konvencije.

## Labour Law Beyond National Borders: Major Debates in 2016\*

Steven L. Willborn,<sup>1</sup> Eri Kasagi<sup>2</sup>,  
Sebastián de Soto Rioja<sup>3</sup>

UDK: 349.2:341:050

**Abstract:** *The International Association of Labour Law Journals (IALLJ or the Association) is a consortium of 29 journals from around the world.<sup>4</sup> Every year since 2012, a group of editors have collaborated to provide a review of the major themes that appeared in member journals. This is the review of the more than 700 articles that were published in the Association's journals during 2016. As one would expect, the articles covered virtually the entire gamut of possible labour and employment topics. Working with an exceptional team of editors,<sup>5</sup> we were able to sort the articles into subject-matter categories. For this review, we selected three major themes that gathered lots of attention: Effective enforcement of labour laws; the challenges presented by the changing nature of employment; and wages, poverty and income issues.<sup>6</sup>*

**Key words:** *labour law, employment, wages, poverty, income*

\* This study has been prepared within the IALLJ – International Association of Labour Law Journals as a project of the journals »Lavoro e diritto« and »Revue du droit comparé du travail et de la sécurité sociale« in which the study has originally appeared. It is published here by courtesy of the authors and with permission of the above mentioned journals.

<sup>1</sup> Spencer Professor of Law, University of Nebraska College of Law, USA.

<sup>2</sup> Eri Kasagi, Researcher at CNRS, Centre for Comparative Labour and Social Security Law (COMPTRASEC), UMR5114 CNRS – University of Bordeaux, France.

<sup>3</sup> Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Pablo de Olavide (Seville)-España.

<sup>4</sup> The full list of the IALLJ member journals can be found here: [www.labourlawjournals.com](http://www.labourlawjournals.com). Abbreviations for the journals used in this article can be found at the end of the article.

<sup>5</sup> The authors were assisted by a team of colleagues who listed, reviewed, categorized, and (where necessary) translated all the articles. The members of this team were Gian Guido Balandi, Antonio Pedro Baylos Grau, Marialaura Birgillito, Silvia Borelli, Matteo Borzaga, Isabelle Daugareilh, Manuel Garcia-Muñoz Alhambra, Eva Maria Hohnerlein, Barbara Kresal, Sandrine Laviolette, Miguel Rodríguez-Piñero Royo, Anna Rita Tinti, and Jesús Cruz Villalón.

<sup>6</sup> This review is the joint product of the authors, but Sebastián de Soto Rioja was primarily responsible for section A, Steve Willborn for section B, and Eri Kasagi for section C.

## **Delovno pravo preko nacionalnih meja: glavne razprave v letu 2016**

**Povzetek:** Mednarodno združenje revij za delovno pravo (*International Association of Labour Law Journals IALLJ*) združuje 29 revij z vsega sveta (op. 1). Od leta 2012 dalje, vsako leto skupina urednikov sodeluje pri pripravi retrospektivnega pregleda glavnih tem, ki so bile prisotne v revijah, članicah združenja. To je pregled več kot 700 člankov, ki so bili objavljeni v revijah članicah med letom 2016. Kot gre pričakovati, članki pokrivajo praktično celotni spekter tem s področja dela in zaposlitve. V sodelovanju s skupino izjemnih urednikov (op. 2), nam je uspelo razvrstiti članke po vsebinskih kategorijah. Za ta pregled smo izbrali tri glavne teme, ki so pritegnile veliko pozornosti: učinkovita uveljavitev delovnega prava; izzivi, ki jih predstavlja spreminjajoča se narava zaposlitve; plača, revščina in vprašanja prihodka (op. 3).

**Ključne besede:** delovno pravo, zaposlitev, plača, revščina, prihodek

## **A. EFFECTIVE ENFORCEMENT OF LABOUR LAWS**

### **1. What does it mean?**

Ever since the beginning of Labour Law – or “*Législation Ouvrier*,” “*Legislazione Operaia*,” “*Factory Acts*,” or “*Leyes de Fábrica*” – it has been necessary to make sure its legal mandates were respected, so as to guarantee the actual fulfilment of its main purposes: maintaining peace and furthering social justice. Enforcement must be especially effective for those essential rights deemed to underlie real public order (*ius minimum*), insofar as they affect workers’ livelihood, their health and even their own lives; in short, their dignity as human beings. Labour Law, therefore, is not merely a specific field of law; it adopts critical positions with regard to civil law or the common law and requires decisive state interventions to secure one of the basic pillars on which all democratic systems are based.

These defining traits explain why Labour Law is prominent among broad policy goals; its scope goes beyond mere economics and the role of the labour force as a factor of production. Centuries-old specialized ministries or agencies in

governments all over the world as well as in different international organizations bear witness to this fact.

A special administrative police have in fact been specifically set up to guarantee the effective application of labour standards, such as the labour and social security inspectorates. These bodies of civil servants are present in more than one hundred sovereign states.<sup>7</sup> Their main trait is their intimidating power to report and/or sanction detected infractions, thus representing the front line of combat in this specific battle.

Control and administrative intervention, however, are not the law's only answer to this "social question." As shown by one of the first universal labour law experts, Anton Menger,<sup>8</sup> for social legislation to be truly effective, it needs the necessary judicial complement, because ultimately, subjective rights only become peremptory (*ius cogens*) when their purpose and their foreseen legal consequences are fulfilled. Hence, labour disputes usually receive a singular treatment in all judicial systems, in most cases leading to a set of distinct special procedures, and even a separate civil, common or even administrative (when there is one) jurisdiction. These processes aim at guaranteeing: i) ease of access, often by means of gratuities for workers and the recognition of trade union rights of representation; ii) greater simplicity of procedures, with mainly oral proceedings, sometimes dispensing with lawyers; and iii) swift or prompt resolution, given that what is usually at stake in the litigation is the very sustenance of workers and their dependent family units.<sup>9</sup>

Unsurprisingly, these are constantly recurring issues in the scientific literature related to this body of law; and, to an even greater extent, if we include the range of strictly legal procedures that respond to the call for "effectiveness" or "efficiency" of labour standards. One example is including a greater number of subjects deemed financially liable when several companies are involved; another

---

<sup>7</sup> <http://www.ialo-aiit.org>, website of International Association of Labour Inspection.

<sup>8</sup> Author of *The Right to the Whole Produce of Labour* (english version, London-New York, 1899) is best known for his critical work *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen: Eine Kritik des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, Tübingen, ed. H. Laupp, 1890. I quote from the spanish translation, *Derecho Civil y los pobres*, (Madrid, 1898), which notes among many other items the need to adapt procedural law to remedy the traditional "abstention" and "passivity" of civil judges in matters of private law and encouraging greater public involvement.

<sup>9</sup> Valdés Dal-Ré, F., "Un examen comparatista de las jurisdicciones sociales: la convergencia en los principios," *DRL*, 2017-6, p. 473.

illustration is the extension of the principle of solidarity of sentences and not that of mere subsidiarity, which operates only in the case of insolvency of the main debtor; or the creation of public funds that guarantee that subjects ultimately receive the necessary economic benefits to which they are entitled.

Due to the effects of globalization and the fact that workers are considered as full citizens, such legal procedures must also include the internationalization of labour laws and raising them to the category of basic human rights. These latter solutions introduce, however, additional problems, as they must coexist with realities such as the principle of territoriality and consequently, multiple charters of rights applicable within the same territory, sometimes even within the same nation. Let us remember what this entails, such as having to harmonize legal formulations and different jurisprudential constructs.

Furthermore, real working conditions are, in fact, usually defined outside the realm of formal law, through supplementary sources such as collective agreements or even individually negotiated work contracts. Thus, the effectiveness of collective and private negotiations must also be guaranteed, and their very existence requires a basic system of liberties, i.e. freedom of association and of collective action, including the right to strike.

The first predictable consequence is that more than a hundred of all the articles published by our association in 2016 (i.e. one in seven) refer directly and explicitly to problems in enforcing labour standards. Labour standards are no longer interpreted here in their capacity to organize behaviour and transform society in the ontological sense of what “should be,” following idealistic principles of social and redistributive justice.<sup>10</sup> This would indeed be difficult

---

<sup>10</sup> Articles on these topics were also very present in 2016 given that it was a time of major legal reform and big economic transformations. Representative works include: Caruso, B., “Impresa, lavoro, diritto nella stagione del Jobs Act,” *DLRI*, 2016, iss. 150, p. 255; Gesualdi Facticeau, D., “De l’usage du droit du travail: une contribution théorique aux études portant sur l’effectivité du droit,” *RDCTSS*, 2016-1, p. 16; Hohnerlein, E.M<sup>a</sup>, “Soziale Rechte für Drittstaatsangehörige: Zugang zu Sozialleistungen aus unions- und menschenrechtlicher Perspektive,” *ZIAS*, 2016-1, vol.30, p. 47; Mariucci, L., “Culture e dottrine del giuslavorismo,” *LD*, 2016-4, p. 585 and the essays published in the chapter “Culture e dottrine del giuslavorismo” of the same issue; Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., Casas Baamonde, M.E., “El derecho del trabajo a debate,” *DRL*, 2016-3, p. 189; Romagnoli, U., “Momenti di storia della cultura giuridica del lavoro,” *LD*, 2016-1, p. 3; in the same issue, Perulli, A., “L’idea di diritto del lavoro, oggi,” p. 17; Supiot, A., “What International Social Justice in the twenty-first century?,” *BCLR*, 2016, iss. 92, p. 1 (available in French and Spanish at <http://www.college-de-france.fr/site/alain-supiot/articles-en-ligne.htm>); Veneziani, B., “Del contenuto essenziale dei diritti dei lavoratori: spunti

to assess. The term is understood rather as a set of legal mechanisms and institutions that are meant to ensure that the obligatory legal consequences foreseen by regulatory mandates have real repercussions and do not become merely formal declarations.

Nevertheless, such a broad understanding of the issue can obviously lead to overlap with the other two subjects selected for this article, especially given that Labour Law is under constant pressure from commercial law and the postulates of the liberal economy. The latter leads to a practically universal phenomenon of “flight” or “escapism” from social legislation, that is, its scope of application, the concept of work and that of the protected worker, need to be continually redefined as the consequence of any new construction taking place in the world of business organization.<sup>11</sup> This means that, to be successful, labour legislation needs to be almost entirely reshaped.

To avoid this risk of overlap, we will limit ourselves to reviewing only issues that are indubitable and strictly related, in particular: public intervention in labour relations systems; procedures for resolving labour disputes; difficulties in applying international and supranational legal standards; and, finally, the effectiveness of collective bargaining.

## 2. Public intervention in labour relations

Studies on how labour inspection is designed and operates are diverse and widespread throughout the world. They focus either on systems that are applicable in specific countries, or they are multi-country analyses using comparative law methods. This second category is particularly worthy of mention as the nature of these studies is more conclusive and they shed light on

---

per una ricerca,” *DLM*, 2016-2, p. 229.

<sup>11</sup> The so-called “co-work” (not to be confused with “crowd-work”) is a good example of this practice, a new concept inside the broad term “gig-economy” or “collaborative/sharing economy” although very different from most of these concepts. It is a model expressly unauthorized in France by the Cour de Cassation, qualified as illicit assignments (cession) of workers. Auzero, G., “Co-emploi,” *RDT*, 2016-1, p. 27; Pagnerre, Y., “Critère du coemploi,” *RDT*, 2016-3, p.175. For a very interesting contribution, see the *BCLR*, special monograph, 2016, iss. 94, about “New Forms of Employment in Europe,” which analyzes this issue in more than 38 countries.

the wide range of functions assigned to administrative structures.<sup>12</sup> Interestingly, these bodies do not always act solely and exclusively as formal agents in charge of sanctioning legal infractions by imposing fines; they also provide advice and instruct companies by issuing recommendations, or even by acting as mediators in certain types of conflicts.<sup>13</sup>

Other articles, however, emphasize how digitalization and advances in new technologies can also help to control business activity in all fields of interest, including social security, and cut down on large amounts of informality, so typical of certain labour relations systems. One example is the use of electronic records and databases that have been specifically created *ex novo* for that purpose.<sup>14</sup>

Another related issue is that of the status of whistleblowers, particularly when whistleblowers are affected workers. This is a relevant subject not only because it requires decisive public intervention but also because it is based on anonymous reporting, a traditional technique for controlling systems. Workers must be protected by any relevant duty of secrecy and confidentiality, as well as by guaranteed preservation of employment.<sup>15</sup> The figure of whistleblower originally emerged as an instrument in a wide range of fields, such as the fight against political corruption and serious crimes endangering public health and safety. It should also have significant effects in labour issues, especially when

---

<sup>12</sup> Suzuki, T., "International Trends in Systems for Inspection of Labor Law Violations," *JLR*, 2016-4, vol.13 (Special Edition: Illegal Labour), pp. 83; in the same issue, but centered on domestic law, see Yamakawa, R., "Policy measures to tackle violations of labor and employment laws in Japan," p. 98.

<sup>13</sup> Vid. Fine, J., "Afterword: The Franco-Iberian Model from the U.S. Perspective," *CLLPJ*, 2016-2, vol. 3, p. 397, who points out this specific character in a special and interesting issue with contributions from Argentina, Brazil, France, Italy, Quebec and Spain.

<sup>14</sup> See Bernardo Alvarado, J., "¿En el partidor?," *AL*, 2016-472, vol. XL, p. 6, for a critical view of SUNAFIL (Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral); in the same issue, see Vilela, A., "Problemática actual en el cumplimiento de la función inspectiva," p. 12. See also, Nicolás Bernad, J.A., "Actas de liquidación fundadas en contravenciones de normativa extralaboral: evolución histórica y jurisprudencial," *RDS*, 2016, n° 74, p. 87.

<sup>15</sup> Zimmermann, H., "Zur Problematik anonymer Arbeitnehmerbeschwerden," *AuR*, 2016-6, vol. 64, p. 226. From the perspective of Directive 2009/52/EC of the European Parliament and of the Council of 18 June 2009 providing for minimum standards on sanctions and measures against employers of illegally staying third-country nationals, Giaconi, M., "Le politiche europee di contrasto al lavoro sommerso. Tra (molto) soft law e (poco) hard law," *LD*, 2016-3, p. 439, analyzes a similar protection in the field of illicit work. On this Directive and in the same issue but pointing out the problem of translating some technical words, because of the difference between illegal vs. irregular job, see Varva, S., "Undeclared work e Unione europea, ultimo atto: una "piattaforma europea" per contrastare il lavoro sommerso," p. 461.

the complainant is a private sector worker for whom available general witness protection is often insufficient, and who does not benefit from public servant guarantees.<sup>16</sup>

These conditions were established in one of the latest reports of the Implementation Review Group (IRG). The IRG acts on behalf of the Conference of States Parties (COSP), which endorsed the *United Nations Convention Against Corruption* (UNCAC) – signed on 3 October 2017 by 140 countries – whose article 33 says:

*Each State Party shall consider incorporating into its domestic legal system appropriate measures to provide protection against any unjustified treatment for any person who reports in good faith and on reasonable grounds to the competent authorities any facts concerning offences established in accordance with this Convention.*

From this broad perspective of public intervention or concern about working conditions in the overall labour relations system, it is worth highlighting the publication of other types of work, no doubt as interesting, such as the analysis of the impact of the participation of the private sector in public action. This study includes a variety of articles<sup>17</sup> examining the type and level of control that public bodies may carry out, not as an authority but as a contracting party, according to the worker regime applied in the case of companies directly providing essential public services. Examples are subsidized health or education, as well as many other instrumental or transversal activities that take place in the public sector as a whole (cleaning, maintenance, security, etc.). These articles examine aspects of collective rights and rights to information, compliance with health and safety standards, as well as more specific issues such as guarantees of effective payment of wages<sup>18</sup> or the legality of the use of temporary employment in the execution of these contracts.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> On whether this protection is effective in all countries, especially in Germany, see Fischer-Lescano, A., "Internationalrechtliche Regulierung des Whistleblowing. Anpassungsbedarf im deutschen Recht (Teil1-2)," *AuR*, 2016-1/2, vol. 64, pp. 4 & 48, respectively.

<sup>17</sup> For all, see Cruz Villalón, J., "Claves laborales de la participación privada en la actuación pública," *TL*, n° 135/2016, p.13.

<sup>18</sup> Sáez Lara, C., "Garantías y responsabilidades en materia salarial," *TL*, n° 135/2016, p.345.

<sup>19</sup> Rodríguez-Piñero Royo, M., "Gestión privada, contratación temporal y calidad en el empleo," *TL*, n° 135/2016, p.111.



### 3. Labour dispute proceedings

We will not attempt to be exhaustive, and will not reflect the entire range of problems generated by judicial rulings, particularly those of a strictly formal or procedural nature.<sup>20</sup> We will also expressly leave aside issues relating to the extended systems of extrajudicial resolution of conflicts. It is worth noting the existence of interesting theoretical studies and reflections such as those examining the important role of judges in a constitutional democracy when assessing the scope and significance of basic collective rights, insofar as they become a criterion to evaluate the entire democratic system.<sup>21</sup>

From a completely different perspective, we also find presentations of statistical results on national judicial practice.<sup>22</sup> These are very useful to shed light on the

<sup>20</sup> For specific matters, see Pogorelčnik Vogrinc, N., "Razlogi za obnovo postopka v individualnih delovnih sporih," *E&E*, 2016-2/3, vol. XVI, p. 283, about an extraordinary judicial review procedure permitting an open-ended review of matters such as substantial violation of the procedure, criminal offences, and new facts and new evidence. In the same issue, Kresal, B., "Obstoj delovnega razmerja kot predhodno vprašanje v delovnih sporih," discusses issues relating to the existence of an employment relationship as a preliminary issue in labour disputes, p. 217-240. Another very singular questions asked by Barnard, C., "Enforcement of Employment Rights by EU-8 Migrant Workers in Employment Tribunals," *ILJ*, 2016-1, vol.45, p. 28, is how these workers can even begin to finance the costs of the trial. Cf., too, Fotinopoulou Basurko, O., "La inmunidad de jurisdicción y los contratos de trabajo en la LO 16/2015," *RDS*, nº 73/2016, p.69.

<sup>21</sup> Paquette, J. R., "The Call for Deference in Labour Relations: An Answer to Justice Rothstein," *CL&ELJ*, 2016-2, vol. 19, p. 101. On the role of judges in shaping Italian Labour Law see Ballestrero, M.V., "Il ruolo della giurisprudenza nella costruzione del diritto del lavoro", *LD*, 2016-4, p. 761 and the essays published in the chapter "Il diritto del lavoro vivente: la giurisprudenza" of the same issue. On the role of the Spanish Supreme Court see Baylos Grau, A., "La "jurisprudencia ordinaria" del Tribunal supremo", *LD*, 2016-4, p. 823. For interesting comments on the role of a particular judge (Antonin Scalia) in the US system, especially on the future of so-called "agency shop clauses," see "Verso la fine del sindacato americano? La costituzionalità dell'obbligo di pagamento del contributo sindacale al vaglio della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America," *DLRI*, 2016-4, vol. 152, p.759. See also, Szymanski, "Scalia's shadow: the Friedrichs Case and the fate of the American labor movement," same iss., p.761. For more on the role of judges, see Golding, G., "The Role of Judges in the Regulation of Australian Employment," *IJCLLIR*, 2016-1, vol. 32, p. 69. See also, Nogueira Guastavino, M., "La libertad sindical negativa en Estados Unidos," *DRL* 2016-4, p. 374.

<sup>22</sup> For data and analysis in Japan and Germany, see Hamaguchi, K., "Comparative Analysis of Employment Dispute Cases Resolved by Labor Bureau Conciliation, Labor Tribunals and Court Settlement," *JLR*, 2016-2, vol.13, p. 119; and Grotmann Höfling, G., "20 years of labour courts' joint statistics – an examination of basic points," *AuR*, 2016-11, vol. 64, p. 407. By the same author and in the same review, see Evans, C.W., "Die Arbeitsgerichtsbarkeit 2015 im Lichte der Statistik," 2016-12, p. 497, which shows that the average resolution time is less

fulfilment of the main purposes assigned to procedural systems. They permit us to evaluate, for example, i) the average resolution time of proceedings; ii) the activity of each type of court, i.e. being able to know both work volume and the meaning of sentences; iii) the profile of the claimants; and, of course, iv) the matters or types of cases being prosecuted.

Another category of relevant works are those centering on the existence and even the denunciation of significant changes in the system as a result of implemented reforms. The reports that stand out in this group are those relating to the impact of the approval in the United Kingdom of the Trade Union Act 2016,<sup>23</sup> along with a number of other austerity measures. One criticism of the Act, among others, is that it led to imposing judicial fees in these types of proceedings; but above all, because of employers' newfound ability to use the wide range of resources offered by common legislation, including the concept of liability for damages (tort) as a possible response to strikes or other collective actions.<sup>24</sup>

Undoubtedly, our last word in this chapter must go to the foremost legal category of all, the fundamental rights, that of people's authentic basic rights. The fact that the Bill or Charters of Rights raise many basic labour guarantees to this category to ensure their effective fulfilment undoubtedly stems directly from the constitutionalization of a large share of Labour Law.<sup>25</sup> This means that all the techniques of approach and interpretation of constitutional norms apply, including balancing, preventive suspension of effects, rules of reversal of the burden of proof and nullity of what has been done.<sup>26</sup>

---

than a year, appeals have declined and are mostly ignored (55%), and procedures initiated by employers have increased. It also highlights how the legal process is usually performed by lawyers and rarely by works committees or directly by employees.

<sup>23</sup> For analysis of a similar case, because of Macron's reform in France, see Marshall, D. and Henry, M., "Vers une normalisation de la justice prud'homale?" *RDT*, 2016-7/8, p. 457. See also, Martin, P., "La reforma laboral en Francia," *TL*, n° 134/2016, p. 45.

<sup>24</sup> Bogg, A., "Beyond Neo-Liberalism: The Trade Union Act 2016 and the Authoritarian State," *ILJ*, 2016-3, vol.45, p. 299. For a general view of the matter, see "Book Review: New Frontiers in Empirical Labour Law Research," *ILJ*, 2016-2, vol. 45, p. 263. See also, Cabrelli, D., "Liability and Remedies for Breach of the Contract of Employment at Common Law: Some Recent Developments," *ILJ*, 2016-2, vol. 45, p. 207.

<sup>25</sup> Valdés Dal-Ré, F., "Constitucionalismo laboral europeo y protección multinivel de los derechos laborales," *DRL*, 2016-2, p. 91. By the same author and in the same review (co-editor), see "Las libertades de reunión y de asociación en el CEDH (ECHR)," *DRL*, 2016-4, p. 301.

<sup>26</sup> Ballestrero, M.V., "Tra discriminazione e motivo illecito: il percorso accidentato della reintegrazione," *DLRI*, 2016-2, vol. 38, p. 231.

The list of references becomes very extensive if we include all anti-discrimination protections, either due to distinguishing criteria when reaching the prohibited result (gender,<sup>27</sup> race, religion, nationality, age, disability,<sup>28</sup> etc.), or because of the particular employment issue at hand, although most cases are related to dismissal.<sup>29</sup>

#### 4. Applying international and supranational regulations

This matter is closely linked to the topic above as international and supranational standards provide all state systems with new lists of rights of a higher order, whether endowed with the ultimate status of human rights or of fundamental social rights. The bibliography reflects profound coordination difficulties in applying the constructions elaborated by different acting bodies around the world or at a continental level compatible with those of each internal legal framework<sup>30</sup>. These problems are sometimes even linked to the consciously blurred or overly general formulations used when writing these standards, hence the importance of programmes for technical improvements of regulations such as REFIT.<sup>31</sup>

Another consequence is, of course, that many national bodies continue to express reservations when they are compelled to somewhat modify their established constructions, acting as zealous guardians of the idea of State sovereignty.<sup>32</sup>

<sup>27</sup> Heron, A., "Effective protection of pregnant women at work: Still waiting for delivery?," *AJLL*, 2016-1, vol. 29, p. 24.

<sup>28</sup> Varva, S., "Promozione dei soggetti svantaggiati negli appalti pubblici. La regolazione locale e la direttiva 2014/24/UE," *LD*, 2016-1, p. 53.

<sup>29</sup> Benecke, M., "AGG und Kündigungsschutz – da BAG und die diskriminierende Kündigung," *AuR*, 2016-1, vol.64, p. 9, discussing the role of the Federal Labor Court on discriminatory dismissals.

<sup>30</sup> On the horizontal direct effect of the EU principle of non-discrimination in Spain see Ballester Pastor, M.A., "La efectividad en España de la normativa antidiscriminatoria de la Unión Europea: la dimensión desconocida de las cláusulas horizontales", *DRL*, 2016-10, p. 968.

<sup>31</sup> The Commission's Regulatory Fitness and Performance (REFIT) programme ensures that EU legislation delivers results for citizens and businesses effectively, efficiently and at minimum cost. REFIT aims to keep EU law simple, remove unnecessary burdens and adapt existing legislation without compromising on policy objectives. Schömann, I., "Mieux légiférer dans l'Union Européenne: simplifier ou dénaturer l'acquis communautaire? Analyse critique d'une initiative de la Commission au regard du Droit du travail," *RDCTSS*, 2016-1, p. 6.

<sup>32</sup> Villanueva, F., "La definición del nivel de negociación colectiva au Pérou : un processus

This field has grown considerably in recent years because legal actors need new sources of arguments on which to base their claims, particularly when they witness that their demands are being rejected at a national or internal level, as a consequence of the interpretation made by the jurisprudence of the State itself, or because of the impact of legal reforms. This leads them to search for fresh legitimacy in international regulations.<sup>33</sup>

For obvious reasons, European or European community social regulations are a central topic for many articles. This is not only because these are the *raison d'être* of some journals or because they provide explicit content to their title, but also because they address matters relating to the other half of our field, that is, legislation on social protection or social security. There are, nevertheless, further explanations. The supranational nature of community regulations are also reflected in the ECJ's constant defence of its own autonomous and distinctive basic concepts in the field, so it is up to national systems to adapt to them and not the other way around.<sup>34</sup> Thus, there is a constant source of nuance and new alignments relating to almost all issues and, thus, continual reasons for study and research. Specifically, the debate on the application to Spanish law of the rules on non-discrimination between temporary jobs in order to compensate for their termination and the direct effectiveness of Directive 99/70, has had a great relevance in that country after the ECJ's decisions<sup>35</sup>.

Issues covered are diverse and are all of great interest, such as: international migration;<sup>36</sup> the posting of workers<sup>37</sup> in the framework of the provision of services;

---

singulier d'appropriation des décisions du Comité de la liberté syndicale de l'OIT par le Tribunal constitutionnel," *RDCTSS*, 2016-1, p. 70 ; Anderson, G., "The Common Law and the Reconstruction of Employment Relationships in New Zealand," *IJCLLIR*, 2016-1, vol. 32, p. 93.

<sup>33</sup> Cabeza Pereiro, J., "Algunas reflexiones a la vista del asunto TYCO sobre el concepto 'tiempo de trabajo,'" *DRL*, 2016-1, p. 36.

<sup>34</sup> Creighton, B., "Who Is a 'Worker' in International Law?" *CLLPJ*, 2016-3, vol. 37, p. 691.

<sup>35</sup> Casas Baamonde, M<sup>a</sup> E and Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. "La igualdad de trato en la contratación temporal, el derecho de los trabajadores interinos a indemnización por la finalización de su contrato por causa objetiva y los encadenamientos abusivos de contratos y relaciones de servicios temporales en las Administraciones públicas españolas. Las sentencias del Tribunal de Justicia de la UE de 14 de septiembre de 2016", *DRL* 2016-9, p. 838; Pérez Rey, J. "Para una reformulación de nuestro modelo de contratación temporal: reflexiones sobre las consecuencias de la Sentencia Porras en nuestro ordenamiento y la eficacia de la Directiva 99/70", *RDS* n<sup>o</sup>76/2016, p. 219.

<sup>36</sup> Ruhs, M., "The rights of migrant workers: Economics, politics and ethics," *ILR*, 2016-2, vol. 155, p. 283.

<sup>37</sup> Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., "El desplazamiento temporal de trabajadores y la

requirements of temporary contracts;<sup>38</sup> consequences other than nationality as jurisdiction abroad,<sup>39</sup> not to mention other topics described above or that will be examined in the following sections. The latter were given special attention in many of the studies carried out during 2016.

## 5. Efficiency of collective bargaining

As pointed out from the start, when referring to the effectiveness of labour standards, one cannot avoid mentioning the most unique defining characteristic of all Labour Law, i.e. the recognition of collective agreements as the main source of regulation of working conditions<sup>40</sup>. However, the existence of genuine collective agreements obviously depends on something more than mere recognition of that distinct formal instrument.<sup>41</sup> Authentic collective autonomy depends on the existence of freedom of association and the right to collective action, and in particular, the right to strike. Two main axes, united by common criteria mentioned previously, help to illustrate our main concerns in this matter. That should not mean ever forgetting the role of individual autonomy.<sup>42</sup>

First, we refer to the set of reforms carried out in some specific countries insofar as they reveal important trends. This is the case, for example, in Spain, where the impact of some of the major changes introduced in 2012 on collective agreement effectiveness, concerning the intangibility of agreement content

---

Directiva 2014/67 relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CEE," *DRL*, 2016-5, p. 407; Guamán Hernández, A., "La propuesta de reforma de la Directiva 96/71 de desplazamiento de trabajadores en el marco del Plan de Trabajo de la Comisión Europea para el 2016", *RDS*, 2016-73, p. 113.

<sup>38</sup> *EuZA*, 2016-2, Special topic: "Temporary Work," for all: Junker, A., "Arbeitnehmerüberlassung und Werkverträge – Der europäische Rahmen," p. 141.

<sup>39</sup> Campling, L., Harrison, J., Richardson B. and Smith, A., "Can labour provisions work beyond the border? Evaluating the effects of EU free trade agreements," *ILR*, 2016-2, vol. 155, p. 357.

<sup>40</sup> See Gottardi, D., "La contrattazione collettiva tra destrutturazione e ri-regolazione", *LD*, 2016-4, p. 877 and the essays published in the chapter "Il diritto del lavoro vivente: la contrattazione collettiva" of the same issue.

<sup>41</sup> Sometimes the planes appear intertwined, Graeme, C., "Litigation as an alternative to collective bargaining", about "sleepover" cases in New Zealand, *BCLR*, 2016, iss. 92, p. 217. See too, Cialti, H., "Solución a la pérdida de ultraactividad del convenio sin nuevo acuerdo: El caso francés," *DRL*, 2016-2, p. 173.

<sup>42</sup> Jeammaud, A., "Contrat individuel de travail et accord collectif de travail," *RDT*, 2016-4, p. 228.

and its scrupulous application, is still under study. This amounts to prohibiting modifications by subjects other than negotiators themselves. The new law has now enabled this by establishing mandatory arbitration for parties in cases of corporate crisis. In these situations, the Arbitral Award sets new temporary applicable working conditions.<sup>43</sup> Something similar happened in Italy during the 2015 reforms, although to a much lesser extent. This means that implementing a corporate collective agreement is prioritized over a national collective agreement, at least in certain areas. The negotiation's structure and especially the balance of power are thus significantly altered, not only for the different representative organizations of workers but within the framework of specific companies. Indeed, at such a lower territorial level, the possibilities that entrepreneurs have to exercise influence in a much more decisive way multiplies exponentially.<sup>44</sup>

In regard to freedom of association and, more specifically, the right to strike, many articles revolve around the basic rights of action and conflict.<sup>45</sup> Indisputably, this issue constitutes the main subject of articles, either because significant legal reforms have taken place (United Kingdom),<sup>46</sup> or because of the decisive role of new judicial rulings (Canada).<sup>47</sup> More specifically, the law imposes certain requirements to ensure that calls or proposals are legitimate and their effects are proportional, mainly through pre-strike ballots by all affected workers and by setting limits to guarantee the effectiveness of other rights for the rest of the citizens.

---

<sup>43</sup> Mendoza Navas, N., "Los procedimientos de inaplicación de condiciones de trabajo al amparo de las decisiones de la Comisión Nacional Consultiva de Convenios Colectivos," *RDS*, nº 74/2016, p. 61.

<sup>44</sup> Cella, G.P., "Quale futuro per la contrattazione collettiva?," *DLRI*, 2016-2, vol. 38, p. 217.

<sup>45</sup> Sädevirta, M., "Freedom of Association and the Right to Strike," *EuZA*, 2016-1, p. 445.

<sup>46</sup> Moore, S., "'We Planned a Dispute by Blackberry': The Implications of the Trade Union Bill for Union Use of Social Media as Suggested by the BA-BASSA Dispute of 2009," *ILJ*, 2016, vol. 45, p. 251. In the same journal, see Dukes, R., "Pre-strike Ballots, Picketing and Protest: Banning Industrial Action by the Back Door?," iss. 3, p. 337.

<sup>47</sup> Adams, R.J., "Bringing Canada's Wagner Act Regime into Compliance with International Human Rights Law and the Charter," *CLELJ*, 2016-2, vol. 19, p. 53. In the same review and volume, see Etherington, B., "The Right To Strike under the Charter after Saskatchewan Federation of Labour: Applying the New Standard to Existing Regulation of Strike Activity," 2016-2, p. 117 and Cavalluzzo, P., "The Impact of Saskatchewan Federation of Labour on Future Constitutional Challenges to Restrictions on the Right To Strike," *CLELJ*, 2016-2, vol. 19, p. 117. For reviews of other countries, see Peetz, D., "Industrial Action, The Right to Strike, Ballots and the Fair Work Act in International Context," *AJLL*, 2016-2, vol. 29, p. 133; same journal and volume, Creighton, B., "Strike Ballots and the Law in Australia," p. 154; Wilson, M., "Strike Ballots: The New Zealand Experience," p. 194; Benjamin, P., "Strike Ballots in South Africa," p. 210.

## B. CHALLENGES PRESENTED BY THE CHANGING NATURE OF EMPLOYMENT

More than 100 of the articles published in member journals during 2016 dealt with the challenges of regulating labor when the nature of employment is changing so rapidly. In broad terms, the articles dealt with two issues. First, what is actually happening in the labor market? How is the nature of employment changing and why? And second, what changes need to be made to labor regulation to ensure adequate worker protection in the face of these changes?

### 1. How is the Labour Market Changing?

The literature has recognized for decades that the standard model of employment is under challenge. The standard model has been described in various ways, but the general picture is one of a long-term, full-time employee with a single employer. The employee is often unionized, usually male, fairly paid, with considerable job security, and with a complex array of job protections. The central problem presented by the changing nature of employment is that the framework of legal protections for workers was built with the standard model in mind. While the framework did a decent-enough job of providing legal protections for that category of worker, the nature of work has been shifting.<sup>48</sup>

A major focus of the scholarship in 2016 was on the wide variation in the models of employment that are taking the place of the standard model<sup>49</sup>. The changes are taking place on the employer-side, on the employee-side, and in the nature of the work itself.<sup>50</sup>

On the employer-side, several important and evolving changes were discussed in the literature. First, employers are “fissuring.” The general idea here, named

---

<sup>48</sup> It should be noted that the articles in member journals focused on labor regulation in developed economies where the worry is one of decline in labor standards and protections. Consequently, that is also the focus of this review. The new forms of work, however, are also very present in developing economies and the issues may be quite different there, especially if the new technologies permit rapid gains in labor productivity. See Evelyn Wamboye, Abel Adekola & Bruno Sergi, “ICTs and Labour Productivity Growth in Sub-Saharan Africa,” *ILR*, 2016, vol. 155, p. 231 (finding that new technologies provide significant boosts to labour productivity).

<sup>49</sup> See the debate on the individual contract of employment in *DRI* 2016-3.

<sup>50</sup> Since we are talking about a relationship, these categories tend to blend into each other, but it is useful to think about them separately.

and well-described by David Weil,<sup>51</sup> is that where in the past one employer might have employed all the workers at a particular site, now several employers may be in play.

A second related development is that the “employer” of the employee may not be the recipient and beneficiary of the worker’s labors, but instead an intermediary employer who hires the employee and then contracts with the recipient employer to supply the worker. With some variation around the margins, this type of arrangement goes by many labels, including temporary agency work,<sup>52</sup> personnel leasing (in Germany),<sup>53</sup> payrolling (in the Netherlands),<sup>54</sup> and *portage salarial* (in France).<sup>55</sup> But like fissuring, it introduces the possibility and complications of a multi-party employment relationship rather than a two-party one.

Third, an emerging category of “employers” claim not to be employers at all, but rather software platforms that merely connect available workers with those who are willing to purchase their services. Uber and Lyft, significant companies that connect drivers with people needing rides, are the prototypical examples. One could view this as another type of three-party arrangement, but here none of the parties are willing to accept the employer role.

There are other developments on the employer side of the employment relationship as well, but this should suffice to illustrate the nature and scope of the changes.

Similarly dramatic changes are taking place on the employee side of the employment relationship. One development is that employees are increasingly working away from the employer’s premises. This has always occurred, of course; homework and telecommuting (a dated phraseology) have existed for a long time. But modern information and communication technologies (ICT) have increased its incidence and created new problems. On new problems, for example, the issue of what to credit as work time has become increasingly

---

<sup>51</sup> THE FISSURED WORKPLACE: WHY WORK BECAME SO BAD FOR SO MANY AND WHAT CAN BE DONE TO IMPROVE IT (2014).

<sup>52</sup> Valerio de Stefano, “Introduction: Crowdsourcing, the Gig-Economy, and the Law,” *CLLPJ*, 2016, vol. 37, p. 461.

<sup>53</sup> Wolfgang Hamann, “The Draft Bill on the Modification of the Personnel Leasing Act and Other Acts,” *AuR*, 2016, No. 4.

<sup>54</sup> Johan P.H. Zwemmer, “Payrolling in the Netherlands,” *BCLR*, 2016, vol. 94, p. 117.

<sup>55</sup> Francis Kessler, “Employees Without a Boss’: Portage Salarial in France,” *BCLR*, 2016, vol. 94, p. 103.



complex as ICT makes it possible for employers to contact workers anywhere at any time, and expect prompt responses.

Another development is that workers often have more tenuous connections with their employers. The prototypical example of this is the so-called zero-hour contract in the United Kingdom through which employers agree to pay for work completed but make no commitments to provide any quantum of work (all the way down to zero hours, as the name implies). These contracts certainly help employers respond to changing demand for labor, but they increase the insecurity of workers and loosen the tie between employer and employee.

ICT makes it possible for these ties to become even looser. Crowd-funding is zero-hour contracts writ large. Employers offer large or small tasks (but usually very small tasks) on an electronic platform which provides access to workers willing to perform the tasks. The workers are often encouraged to compete against one another (sometimes by making the experience game-like) and they are usually paid very small amounts for each task. One way of viewing this is as a zero-hour contract with even weaker connections between employer and worker. (On the employer side of this, again, no one in this arrangement is willing to assume the label “employer.”)<sup>56</sup>

Finally, the nature of work itself is changing rapidly. An increasing amount of work is in the new “gig economy”:

Named for one-time performances of musicians, the “gig economy” typically has performers bring their own equipment, set their own schedule and hours, and provide a service directly to the consumer while a third-party intermediary promotes the service, provides the platform through which the performer and consumer interact, and collects the payment from the consumer, taking a percentage for itself and transmitting the rest to the performer. The performer needs the connections, convenience, and recognition the intermediary provides, and the intermediary needs the performer to provide the service. It is this independent yet symbiotic relationship that distinguishes employment relations in the “gig economy” from standard employee or independent contractor relationships.<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup> See Wolfgang Daubler & Thomas Klebe, “Crowdwork: datore di lavoro in fuga?,” *DLRI*, 2016, vol. 151, p. 471.

<sup>57</sup> Steven L. Willborn, *et al.*, *Employment Law: Cases and Materials* 38 (2017).

This category of work is rapidly increasing for two principal reasons: (1) an increasing amount of work is cognitive only and (2) because of computerization, it can be done anywhere, anytime. A unique and somewhat troubling aspect of this type of work is that it can occur (and usually occurs) with no direct human interaction at all; both the employer and the employee interact only with their computers.<sup>58</sup>

As noted, these types of changes and how labor and employment law should respond to them were among the most discussed topics in the member journals of the IALLJ in 2016. But how prevalent are these types of changes in the nature of employment? On the one hand, the percentage of workers engaged in these types of alternative work arrangements is still much smaller than the percentage of workers in more traditional employment relationships. A recent study in the United States, for example, found that the overall percentage of workers engaged in some type of alternative work arrangement was 15.8 percent. More specifically, the study found that 3.1 percent of workers were hired through contract companies and only 0.5 percent of workers provided services through on-line intermediaries (such as Uber or Amazon Mechanical Turk). This makes it seem as if the journals' focus on alternative work arrangements and especially the high level of attention given to employment obtained through on-line intermediaries is misplaced. On the other hand, the study found that an astounding 94 percent of net employment growth in the United States from 2005 to 2015 occurred in alternative work arrangements.<sup>59</sup> The clear implication is that while the future of employment is not yet with us, it is arriving fast. Perhaps, the journals are merely ahead of the curve.

---

<sup>58</sup> For a good overview, see Luka Tičar, "The Impact of Digitalisation on the Emergence of New Forms of Work," *E&E*, 2016, vol. 16, p. 241; Trillo Parraga, F., "Economía digitalizada y relaciones de trabajo", *RDS*, 2016-76, p. 59.

<sup>59</sup> Lawrence F. Katz & Alan B. Krueger, "The Rise and Nature of Alternative Work Arrangements in the United States, 1995-2015," NBER WORKING PAPER SERIES, 2016, No. 22667.

## 2. How Should Labor Regulation Adjust to These Labour Market Changes?

The articles in member journals during 2016 discussed many ways in which states are re-thinking labor regulation to address these changes in the nature of employment.<sup>60</sup>

One area of inquiry is how to classify workers who fall outside the standard model of employment. Traditionally, workers have been divided into two principal categories: “employees” and “independent contractors.” One issue relates to employers either structuring employment to avoid the protections of labor and employment law or, worse, intentionally misclassifying workers to avoid those obligations. On misclassification, several articles this year talked about the problem of “bogus” self-employment<sup>61</sup> and “hidden” employment,<sup>62</sup> especially with respect to new forms of employment. But the deeper problem with many of these new forms of employment is not so much misclassification as it is that workers do not fit cleanly into either category. The problem was stated well by an American judge who in trying to decide whether Lyft drivers were employees said that the problem is that the jury “will be handed a square peg and asked to choose between two round holes.”<sup>63</sup> The tests courts have developed over decades to identify employees and distinguish them from other categories of workers simply do not apply very easily to fissured employment or to many forms of ICT-related work.<sup>64</sup> The courts have been struggling to classify these forms

---

<sup>60</sup> These articles tend to assume that labor law must respond to these changes in the economics of work, and suggest ways of doing so. Generally, the articles do not address broader issues about the proper relationship between economics and labor law. For example, to what extent should labor law accept these changes in the economics of work and attempt to facilitate them or should labor law stand as a bulwark against many of them as an expression of deep-seated societal values? These broader issues were discussed well in the 30<sup>th</sup> anniversary issue of *LD*. See Valerio Speciale, “La trasformazione del diritto del lavoro,” *LD*, 2016, iss. 4, p. 719; Vincenzo Bavaro, “Appunti su scienza e politica sul diritto del lavoro,” *LD*, 2016, iss. 4, p. 707.

<sup>61</sup> Tamás Gyulavári, “Civil Law Contracts in Hungary,” *BCLR*, 2016, vol. 94, p. 79, 81; José João Abrantes & Rita Canas da Silva, “New Forms of Employment in Portugal,” *BCLR*, 2016, vol. 94, p. 313, 314.

<sup>62</sup> Gaabriel Tavits, “New Forms of Employment in Estonia,” *BCLR*, 2016, vol. 94, p. 193, 196-97.

<sup>63</sup> *Cotter v. Lyft, Inc.*, 60 F. Supp. 3d 1067, 1081 (N.D. Cal. 2015).

<sup>64</sup> Jeremias Prassl published an important book in 2015 that described well the problems of identifying employees and proposed a solution focusing on employers. *THE CONCEPT OF THE EMPLOYER*. The book was reviewed several times in member journals during 2016. See, e.g., Judy Fudge, “The Concept of the Employer,” *ILJ*, 2016, vol. 45, p. 270; Luca Ratti, “Intorno

of work as either employment or self-employment when neither category seems precisely right.

Another approach is to create a square hole for that unusual peg, for the new category of emerging workers. This category would be not quite an employee and not quite an independent contractor, but something in between. Instead of an independent contractor, the new category can be thought of as a **dependent** contractor. This category would be entitled to some but not all the labor protections available to full-fledged employees. Thus, a proposal in the United States would protect this category of workers from discrimination and provide them with insurance for workplace injuries, but would not require them to be paid a minimum wage or obtain health insurance.<sup>65</sup> With some variation, this general approach has been implemented in a number of countries under different names, such as auto-entrepreneur (in France),<sup>66</sup> para-subordinate (in Italy),<sup>67</sup> economically dependent employees (in Hungary),<sup>68</sup> and economically dependent autonomous employees (in Spain).<sup>69</sup> While the approach is spreading, not everyone thinks it is a good idea. Valerio de Stefano, for example, thinks it is overly difficult to define the class of workers who would fit into the limited-protection category and that the category can operate as an obstacle to achieving full labor protections.<sup>70</sup>

The first two ways of dealing with new forms of work attempt to re-work general rules that can apply across broad categories of employment relationships. A third approach is to identify particular employment relationships that pose new and special problems and develop special employment protections for those relatively narrow categories. An emerging example of this is “voucher” employment. This system, used in several countries, permits an “employer” to buy a voucher to

---

al-i concetto-i di datore di lavoro. A proposito di The Concept of the Employer di Jeremias Prassl,” *DLRI*, 2016, vol. 150, p. 381.

<sup>65</sup> Seth Harris & Alan Kruger, A Proposal for Modernizing Labor Law for Twenty-First-Century Work: The “Independent Worker” (The Hamilton Project 2015).

<sup>66</sup> Jean-Emmanuel Ray & Jacques Rojot, “The Fissured Workplace in France,” *CLLPJ*, 2016, vol. 37, p. 463.

<sup>67</sup> Breen Creighton & Shae McCrystal, “Who is a “Worker” in International Law?,” *CLLPJ*, 2016, vol. 37, p. 691.

<sup>68</sup> Tamás Gyulavári, *supra* note 53, at 87.

<sup>69</sup> Joaquín García Murcia & Iván Rodríguez Cardo, “New Forms of Employment in Spain,” *BCLR*, 2016, vol. 94, p. 349, 352-53.

<sup>70</sup> Valerio de Stefano, “The Rise of the ‘Just-in-Time Workforce’: On-Demand Work, Crowdwork, and Labor Protection in the ‘Gig-Economy,’” *CLLPJ*, 2016, vol. 37, p. 471, 494-99.

pay a worker. The voucher includes payments for governmental programs, such as social security. The system is generally available only to certain types of occupations (such as home workers) which for various reasons tend to operate outside the normal employment system in the absence of vouchers.<sup>71</sup> Another approach is to deal with individual discrete problems presented by new forms of work. For example, ICT permits employers to reach out to call employees to work at any time, so it increases the number of issues presented by on-call time. Similarly, since ICT permits workers to work anywhere at any time, it also makes it more difficult to account for time actually worked. Neither of these are new problems, but ICT increases their incidence and salience. As a result, many countries have re-worked their rules on these topics;<sup>72</sup> France has gone the furthest in this regard with their recent “right to be de-connected” law.<sup>73</sup>

On the other side of the relationship, a number of articles also dealt with the issue of what to do with a fissured or disappearing employer. The central problem here is how to hold employer’s responsible for complying with employment law obligations when their relationship with workers is distant and fragile. A number of articles discussed ways in which the laws are adjusting to address this issue. One option is to expand the concept of joint employment so that more than one employer may be responsible for ensuring compliance when several are involved in the employment relationship.<sup>74</sup> Alternatively, instead of joint employment which holds all employers responsible for all employment-related duties, another approach would be to allocate responsibilities to particular employers depending on their particular relationship to the worker. Thus, the hiring employer might be responsible for hiring duties, the employer that manages the employee day-to-day might be responsible for duties at the worksite, etc.<sup>75</sup>

An overriding issue in the legal response to new forms of employment is whether these are really new and unique problems, or whether they are slightly modified

---

<sup>71</sup> Several countries in Europe have implemented voucher systems. Symposium, “New Forms of Employment in Europe,” *BCLR*, 2016, vol. 94, p. 1, 145 (Austria), 154 (Belgium), 231 (Greece), 345-46 (Slovenia), 364 (Turkey).

<sup>72</sup> See Bernd Waas, “New Forms of Employment in Germany,” *BCLR*, 2016, vol. 94, p. 223, 224-25.

<sup>73</sup> Ch. Mathieu et al., “Droit à la Déconnexion, Santé au Travail,” 2016, *RDT*, iss. Oct.

<sup>74</sup> See Daniela IZZI, “La responsabilità solidale a tutela del lavoro esternalizzato: qualche spunto dal diritto dell’Unione europea” *LD*, 2016-1, p. 35.

<sup>75</sup> See Jeremias Prassl, “Uber, Taskrabbit, and Co.: Platforms as Employers? Rethinking the Analysis of Crowdwork,” *CLLPJ*, 2016, vol. 37, p. 619.

forms of problems labor regulation has always had to face. Matthew Finkin argues that while we can gain insight from past experiences, the regulatory problems are “genuinely new” because computerization combined with the cognitive nature of the work transforms local markets into global ones, which are much more difficult to regulate.<sup>76</sup> Perhaps. Or perhaps there have been other eras during which rapid change and globalization posed special challenges to labor regulation and we need to focus our attention on lessons from those eras.<sup>77</sup> But whether new or old, there can be no doubt that the challenges to labor regulation are complex and difficult.

### **C. WAGES, POVERTY AND INCOME ISSUES**

Even though the question of poverty is far from a new concern for labour law and social security law researchers, it is worth pointing out the importance that the IALLJ authors granted to this topic in 2016. We would like to underline the two perspectives which particularly interested the authors on the question of poverty: 1) different and (relatively) new types of precarious workers and 2) questions about wages. The context of these works are, partly, a perfect extension of those of earlier years – the negative consequences of the 2008 financial and economic crisis and of the labour law and social security system reforms made in response to the crisis.<sup>78</sup> There are also other factors which gave rise to these IALLJ works about poverty and wages, such as the increase of activities on the borderline between paid work and other activities, as well as the introduction of a

---

<sup>76</sup> “Beclouded work, Beclouded Workers in Historical Perspective,” *CLLPJ*, 2016, vol. 37, p. 603, 617-18.

<sup>77</sup> See, e.g., DANIEL T. RODGERS, *ATLANTIC CROSSINGS: SOCIAL POLITICS IN A PROGRESSIVE AGE* (1998) (reviewing social movements from the 1870s to the 1940s as they responded to increased globalization and rapid technological change); JOHN FABIAN WITT, *THE ACCIDENTAL REPUBLIC: CRIPPLED WORKMEN, DESTITUTE WIDOWS, AND THE REMAKING OF AMERICAN LAW* (2004) (reviewing the origins of workers’ compensation systems in the United States as railroads changed the geography and technology of legal regulation of accidental injury). See Polonca Končar, *Digitalisation – The Challenges of Labour Law*, *E&E*, 2016, vol. 16, p. 257 (labour law has always evolved and adapted to change, including technological change).

<sup>78</sup> On the consequences of the financial and economic crisis, it should be noted that an Italian author discusses a new and rather positive trend from the perspective of protecting workers’ rights – a shift of Italian constitutional judges from an emergency approach to restrict worker social rights towards an attitude of restoration of the social rights of workers. Giancarlo Ricci, “I diritti sociali fra politiche di austerità e ripresa economica,” *DLM*, 2016-1, p. 65.

national legal minimum wage in Germany, the idea of a European minimum wage, and the increasing and intensifying debates on the “capability approach.” Let us examine the IALLJ works of 2016 on these questions in this order: precarious works; diverse questions about wages; issues relating to welfare schemes, including the basic income benefit.

## 1. Poverty, Precarious Work, and the Working Poor

### *Poverty after the 2008 financial crisis*

The 2008 financial crisis hit countries in an imbalanced way. Among the European countries, the poverty rate of the population in severe material deprivation increased dramatically in some countries (Spain, Greece, Ireland and Italy), while other countries – particularly, most of the former EU 15 member countries – did not experience a big change.<sup>79</sup> This context can explain the strong interest of Italian IALLJ authors in the poverty question,<sup>80</sup> as well as in the social policy reforms which had been implemented, at least partly in response to the increase in the poverty rate. The Italian scholarship on poverty paid special attention to family and regional perspectives: many countries (including Italy) addressed questions on the working poor and precarious workers, but in Italy there was special concern with the high poverty rate of children, especially in the southern part of the country.<sup>81</sup> This characteristic might partly explain the strong interest of Italian authors in improvement of the national welfare system (see section c below) which can directly and exhaustively cover all citizens in poverty throughout the nation.<sup>82</sup>

---

<sup>79</sup> *ECFIN Economic Brief*, 2014, iss. 31, p. 3.

<sup>80</sup> Chiara Saraceno, “Povertà ed esclusione sociale oggi in Italia: cause e possibili rimedi,” *RGL*, 2016-4, p. 717; Giuseppe Bronzini & Piera Campanella, “Il lavoro tra bisogno e libertà: nuove povertà prospettive di inclusione sociale reddito e attivazione: Introduzione,” *RGL*, 2016-4, p. 687. See also Matteo Jessoula, “Italy’s winding road towards a national minimum income scheme,” *ESPN Flash Report* 2016/60.

<sup>81</sup> C. Saraceno, op. cit.

<sup>82</sup> Another context for this interest in welfare systems might be the lack of a national and universal measure to combat poverty in Italy. On this point, see Stella LaForgia, “Le politiche regionali di contrasto alla povertà e di inserimento sociale e lavorativo,” *RGL*, iss. 3, p. 574.

## *Different types of precarious workers*

One approach of authors in tackling the question of poverty and low income was to view it from the perspective of different types of precarious work with an insufficient level of wages.

The issue of precarious employment has been treated repeatedly by IALLJ authors after the recession and in the context of the rapid spread of the flexibility (flexisecurity) policy.<sup>83</sup> In Europe, except in the Nordic countries, the flexibility policy has resulted in an increase in the number of poor workers. A special issue was devoted to the consequences of this policy in 2016;<sup>84</sup> one article in the issue follows and analyses the growth of precarious employment in Europe (the former 15 EU member countries) as a consequence of this policy.<sup>85</sup> The article, by focusing on two dimensions of precarious employment – insecurity and poverty (low wages<sup>86</sup>) – shows that the proportion of low-wage workers is high in southern European countries (Spain, Greece, Italy and Portugal), as well as in countries with more deregulated labour markets (Germany, Ireland, the Netherlands and the United Kingdom), while the southern European countries are also characterized by high levels of insecurity (measured by atypical employment).<sup>87</sup>

Several issues related to precarious workers were of particular interest to IALLJ authors in 2016: issues related to education, personal life, independent work, and activities related to welfare allocation.<sup>88</sup>

---

<sup>83</sup> See S. Borelli & H. M. Hohnerlein, “Retrospective Overview of 2013 - Comparative labour law literature,” *RDCTSS*, 2014/3, p. 218; M. Aimò & D. Izzi, “Retrospective Overview of 2012 - Comparative labour law literature,” *RDCTSS*, 2013/3, p. 185.

<sup>84</sup> *ILR*, 2016, vol. 155, no. 4 (Special Issue: “The Age of Flexibility”).

<sup>85</sup> T. Gutiérrez-Barbarrusa, “The growth of precarious employment in Europe: Concepts, indicators and the effects of the global economic crisis,” *ILR*, 2016, v. 155, no. 4, p. 477.

<sup>86</sup> The author adopts the Eurostat definition of low wages (wages that amount to two-thirds or less of national median hourly earnings).

<sup>87</sup> The author compares the situations in 1995-2007 with those in 2008-2015. In addition to the influence of deregulation policy, the author points out the impact of the expansion of the EU in 2004 and 2007, particularly for the increase of poverty in Germany and the United Kingdom.

<sup>88</sup> Among the other types of precarious work, undeclared work has also drawn the attention of some authors. See Marta Giaconi, “Le politiche europee di contrasto al lavoro sommerso. Tra (molto) soft law e (poco) hard law,” *LD*, 3-2016, p. 439; Simone Varva, “Undeclared work e Unione europea, ultimo atto: una “piattaforma europea” per contrastare il lavoro sommerso,” *LD*, 3-2016, p. 461.



First, some authors paid particular attentions to the activities between education and work, which are more and more frequent in today's labour market, particularly among young workers, across the developed world. These are often called "traineeships"<sup>89</sup> or "internships."<sup>90</sup> Even though these activities can be extremely useful for both workers and employers, they can produce situations of exploitation when the employers replace what might previously have been paid, entry-level jobs. They can also produce unjustifiable conditions for the trainees when, as is the case in many countries, there is not sufficient regulation for the protection of the collective and individual rights of trainees. The EU Council has already been aware of this question and adopted a recommendation on a quality framework for traineeships in 2014.<sup>91</sup> The IALLJ authors, presenting the situations of EU law and regulations as well as those of certain EU and non-EU countries (United States, Australia, United Kingdom, Finland, France and Estonia were chosen by the authors), share an understanding that the European as well as individual countries' laws and regulations are lacking sufficient protections for trainees. France's legislative efforts to protect trainees (by the so-called "Cherpion Law"<sup>92</sup>) are appreciated positively by authors as an exception, even if the lack of monitoring and sufficient enforcement is pointed out.<sup>93</sup>

Second, a special issue was published about workers who are required to be "available over and above the time they spend at work."<sup>94</sup> For certain workers (casual and on-call workers but also full-time or part-time workers who are regularly required to work beyond the agreed work hours), work hours and work schedules have become more and more unpredictable, since they need to adapt to the variable production needs of employers.<sup>95</sup> A study about home

<sup>89</sup> Rosin A., "Precariousness of Trainees Working in the Framework of a Traineeship Agreement," *IJCLLIR*, 2016, vol. 32, iss. 2, p. 131.

<sup>90</sup> R. Owens R. & A. Stewart, "Regulating for decent work experience: Meeting the challenge of the rise of the intern," *ILR*, 2016, vol. 155, iss. 4, p. 679.

<sup>91</sup> The ILO defines a traineeship as "a limited period of work practice, whether paid or not, which includes a learning and training component, undertaken in order to gain practical and professional experience with a view to improving employability and facilitating transition to regular employment."

<sup>92</sup> LOI n° 2011-893 du 28 juillet 2011 pour le développement de l'alternance et la sécurisation des parcours professionnels.

<sup>93</sup> R. & A. Stewart, op. cit., p. 689.

<sup>94</sup> *IJCLLIR*, 2016, vol. 32, iss. 3. A theoretical framework for this kind of work is proposed in the first article of the special issue. Émile Genin, "Proposal for a theoretical framework for the analysis of time porosity," p. 280.

<sup>95</sup> Guilaine Valée, "Employees' obligation to be available to Employers: A (New) Pathway to

support services networks in Quebec, Canada, shows that these new types of work are often practiced by female workers, and result in precarious and low-wage work.<sup>96</sup>

Third, as we have already examined<sup>97</sup> so-called "crowd work" has also attracted a lot of interest from IALLJ authors in 2016. This kind of work can also be seen as a new type of precarious work, as presented by an article based on an ILO investigation.<sup>98</sup> The above-cited article proposes to ensure a minimum-level wage for this kind of work, in maintaining the piece-rate system. The problem also overlaps with the second question (fixing the limits of work time) because these workers often spend a lot of time on line, trying to catch a better job when it appears.<sup>99</sup>

Authors also tackled another rarely discussed question about the precarious status of those who participate in workfare programmes in the UK and the Netherlands, two countries which have been leading figures of the workfare politiques in the European and other developed countries' activation programmes.<sup>100</sup> In the context of continuous development of the activation politique in the welfare schemes in many countries, this article might also inspire comparative research in other countries' labour and welfare law.

As the concept of precarious worker often implies low income (and it is also the case for the types of precarious worker that we presented above), the question of precariousness overlaps largely with that of the working poor, though, the latter question itself was explored less often by IALLJ authors.<sup>101</sup> As we will see, however, many authors were interested in diverse questions about wages, often in relation to the poverty issue.

---

Precariousness or Source of Flexibility?," *IJCLLIR*, vol. 32, iss. 3, p. 275.

<sup>96</sup> Louise Boivin, "Just-in-Time' Labour: The case of networks providing home support services in Quebec," *IJCLLIR*, 2016, iss. 3, p. 301.

<sup>97</sup> See *supra*, text & notes at nn. 42-69.

<sup>98</sup> Janine Berg, "Income Security in the On-Demand Economy: Findings and Policy Lessons from a Survey of Crowdworkers," *CLLPJ*, 2016, vol. 37, p. 543.

<sup>99</sup> J. Berg, *op. cit.*, p. 561.

<sup>100</sup> Amir Paz-Fuchs & Anja Eleveld, "Workfare revisited," *ILJ*, 2016, vol. 45, p. 29.

<sup>101</sup> See Calvo Gallego, F.J., "Trabajadores pobres y pobreza de los ocupados: Una primera aproximación," *TL*, n° 134/2016, p. 63. The difficulty of defining the "working poor" which is emphasized in this article might be one of the reasons for the (relative) reluctance of legal researchers to address this topic.

## 2. Wages, Minimum Wages and Living Wages

Diverse questions concerning wages interested a lot of IALLJ authors in 2016, particularly the question of the minimum wage. Fixing a minimum wage can sometimes be considered one of the solutions to the poverty problem, as it can increase the income of precarious workers, who are often in poverty. It is also considered to be an economic policy which supports and encourages domestic consumption and thus contributes to economic development. It is therefore logical that after the 2008 global economic and financial crisis, the question of wages has been considered to be pressing by researchers in a lot of countries on different continents but also by international organizations.<sup>102</sup> The introduction of a legal minimum wage in Germany<sup>103</sup> and the debates on the possibility of a European minimum wage<sup>104</sup> have strengthened this interest, particularly in Europe. In the European Union context, the minimum wage might also be considered to be a tool to realize a fair competitive environment from a labour costs perspective. Finally, a relatively new perspective has also been present concerning the minimum level wage: the concept of a “living wage.” The authors who argue for a living wage focus on human rights and social justice to determine the minimum wage level which should be guaranteed to all workers, considering that the “minimum wage” as it is generally designed today is insufficient from this point of view.

### *The Minimum Wage*

Around the minimum wage, numerous questions can be discussed: its level, process for determining (by which norm? Who decides?), effects on the labour market, effectiveness, and so on. Let's see how these topics were discussed by IALLJ authors, putting aside for the moment the topic of the appropriate level of

<sup>102</sup> COM (2012)173, p. 9, Stuart C. Carr, Jane Parker, James Arrowsmith, & Paul A. Watters, “The living wage: Theoretical integration and an applied research agenda,” *ILR*, 2016., vol. 155, iss. 1, p. 1 (see particularly the introduction to the article for the recent debates about wages).

<sup>103</sup> Thomas Lakies, “Ein Jahr gesetzlicher Mindestlohn – gelöste und ungelöste Rechtsprobleme”, *AUR*, 2016 - 1, p.14. Hendrik Pütz, “Zur Vergütungspflicht von Überstunden durch das Mindestlohngesetz”, *AUR*, 2016 - 5, p. 186. Patrick Rémy, “La loi allemande sur le salaire minimum: le SMIC en Allemagne?”, *RDT*, 2014, p. 774.

<sup>104</sup> See, for example, Schulten, Thorsten, Torsten Muller, & Line Eldring. “Pour une politique de salaire minimum européen : perspectives et obstacles,” *La Revue de l'Ires*, 2016, vol. 89, no. 2, p. 89.

the minimum wage (which we will discuss later, together with the living wage).

About the process of decision, from the perspective of comparative labor law, it is essential to take in consideration the role of social partners on the question of wages regarding the legal minimum wages (including the European level social partners with respect to the European regulations). An Austrian author discusses this point, in making comparisons between German and Austrian laws and the social partners' relationships, claiming that in the countries where collective bargaining coverage is high, the collectively bargained minimum wage can guarantee decent minimum wages for the employees, while, at the same time, guaranteeing a minimum of contractual freedom for the parties to the employment relationship.<sup>105</sup>

The distribution and equalizing effects of the minimum wage interested the Latin American authors. The article about the distribution effects of the increase in the real value of the minimum wage in Argentina, Brazil, Chile and Uruguay, shows that the distributional effects were confirmed in three of these countries (allexcept Chile).<sup>106</sup>

Various factors affect whether the minimum wage can be effectively enforced. An author points out, examining the situations in Latin American countries (Chile, Costa Rica, Peru and Uruguay) that the minimum wage needs to be accompanied by an efficient labour inspection system, particularly when the minimum wage is very low or very high relative to average wages of the countries.<sup>107</sup> It was also pointed out by an Austrian author that the collectively agreed sectoral minimum wage is more easily applied by employers than the statutory universal minima.<sup>108</sup>

### *The Level of the Minimum Wage and a New Orientation: The Living Wage*

One of the major questions about the minimum wage is, of course, what the level should be: what level is necessary and sufficient as a minimum standard

---

<sup>105</sup> Elisabeth Brameshuber, "'Basic Income' from Wages: Freedom of Contract versus Statutory Minimum Standards," *ELLJ*, 2016, vol. 7, p. 206. The author also claims that in this situation, the general wage level is relatively high. P. 227.

<sup>106</sup> Roxana Maurizio & Gustavo Vázquez, "Distribution effects of the minimum wage in four Latin American countries: Argentina, Brazil, Chile and Uruguay," *ILR*, 2016, vol. 155, p. 97.

<sup>107</sup> Andres Marinakis, "Non-compliance with minimum wage laws in Latin America: The importance of institutional factors," *ILR*, 2016, vol. 155, p. 133.

<sup>108</sup> E. Brameshuber, op. cit., pp. 226 and 227.

of wages? And this question cannot be separated from the objective of the minimum wage – what are we trying to accomplish in guaranteeing the minimum standard of wages? Even though, as we mentioned above, the minimum wage can have multiple dimensions – workers’ rights, economic policy, ensuring fair competition between employers, etc., the IALLJ authors treated this topic almost entirely from the first perspective – the workers’ human and fundamental right, as well as, by extension, a certain social justice. In an article inspired by the idea of a European minimum wage and the German minimum wage scheme, an author discusses a “minimum income through wage,” claiming that the wage should guarantee a “fair and sufficient reward for work.”<sup>109</sup>

And from this point of view, a new vision of the minimum wage – called (or not) a “living wage”<sup>110</sup> – which should be fixed at the level that guarantees human dignity and not only the pure and material survival of workers – has been proposed by certain authors. Behind this trend, we can observe the strong influence of the “capability approach,” proposed by Amartya Sen and Martha Nussbaum,<sup>111</sup> a theory which interests a lot of labour law scholars as a “cornerstone for a renewed labour law.”<sup>112</sup>

We also would like to add that in the articles debating the minimum standard for wages, different words are applied by different actors and authors, which are not always strictly defined and which can be used in different senses – “equitable,”<sup>113</sup> “fair income,” “sufficient reward for work,” “basic income,” “minimum wage (income),” “decent wages” or “amount of income ... to live in dignity,” etc.<sup>114</sup> Furthermore, when we discuss “income,” it can be guaranteed either by wages alone or by both wages and social security.<sup>115</sup> This point encourages us to examine carefully, when we discuss guaranteeing a minimum standard of wages, what exactly we are talking about. The complex and multifunctional character of the minimum wage that we discussed above also justifies this cautious attitude in the debates on the minimum wage.

<sup>109</sup> E. Brameshuber, *op. cit.*

<sup>110</sup> Stuart C. Carr, Jane Parker, James Arrowsmith & Paul A. Watters, *op. cit.*

<sup>111</sup> See, for example, Martha Nussbaum, (2011) *Creating Capabilities: The Human Development Approach*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

<sup>112</sup> Riccardo Del Punta, “Labour Law and the Capability Approach,” *IJLLIR*, 2016, p. 383.

<sup>113</sup> E. Brameshuber, *op. cit.*, p. 213.

<sup>114</sup> According to the article about the living wage, this concept is related to the broader concept of “decent work” included and defined in the ILO’s agenda. (see Stuart C. Carr *et al.*, *op. cit.*). About decent work, see also Francesco D’Ovidio, “Il lavoro che verrà,” *RGL*, 2016-4, p. 698.

<sup>115</sup> E. Brameshuber, *op. cit.*, p. 210.

### Other Questions About Wages

The rising interest in the minimum wage might also increase our interest in different questions about wages in general.<sup>116</sup> And particularly in relation to the debates about the European minimum wage, some questions will be worth discussing from a comparative perspective; for example, the question of the effectiveness of different norms concerning wages in general,<sup>117</sup> the role of labour inspection, and the question of the definition of wages. About the latter, on a rather classical but yet always controversial question, one author examined in a comparative study the different treatments of “tips” in France, Germany and the United States.<sup>118</sup>

### 3. Basic Income and Welfare

Even though the minimum wage can solve a part of the poverty problem, it is not, of course, a magical solution which automatically resolves all the poverty situations. First, the minimum wage is often set at an insufficient level to guarantee the living conditions beyond the bare poverty threshold.<sup>119</sup> Moreover, if the minimum wage is fixed on an hourly basis, the minimum wage is not a solution to the problem of insufficient working time (typically this affects part-time workers with modest incomes). And needless to say the minimum wage can only cover the working population and the problem of poverty of those who don't work or who are not of working age can never be totally resolved by a minimum wage (or living wage) scheme.

As a result, different types of welfare schemes – social assistance as well as unemployment benefits – also interested IALLJ authors as possible solutions to

---

<sup>116</sup> The International Labour Review published a special issue on wages. 2016, vol. 155-1. Among other things, the issue includes an analysis of the inequality of wages in China. John Whalley & Chunbing Xing, “Ownership restructuring and wage inequality in urban China,” *ILR*, 2016, 155-1, p. 57 .

<sup>117</sup> See the articles in vol. 37, iss. 2 of *CLLPJ*, as well as Renato Bignami & Maria Cristina Serrano Barbosa, “La Inspección de Trabajo y el fraude salarial en Brasil: justicia al nivel de la calle, desarrollo y paz social”, *DRL*, 2016-7, p. 686.

<sup>118</sup> Matthew W. Finkin, “‘The Kindness of Strangers’: The Tip and the Minimum Wage in France, Germany, and the United States,” *IJCLIR*, 2016, vol. 32, iss. 1, p. 3.

<sup>119</sup> E. Brameshuber, op.cit., p. 210.

the poverty issue.<sup>120</sup> In the general and continuous trend of workfare policy in these welfare schemes in a lot of countries, an opposite direction was examined by some authors as another possible option – universal basic income.<sup>121</sup> Authors, in presenting different types of universal basic income, pointed out the limits of the universal income concept: its uniformity and the low level of allocation, compared to the existing social security benefits, which vary according to the real necessity of individuals. According to the authors, the concept of universal basic income is presented in this article as one which can cover diverse types of income guarantee systems, including a lot of existing social allocations.<sup>122</sup>

---

<sup>120</sup> See, for example, Makoto Arai, "Gesetz über die Soziale Wohlfahrt und Rechtsschutz für Nutzer von sozialen Wohlfahrtsdiensten," *ZIAS*, 2016, Heft 1, 30. Jahrgang, 2016, p. 3 ; Ute Kötter , "Die Sozialhilfe im Recht der Europäischen Union - immer noch eine Randexistenz oder auf dem Weg zu einem "Europäischen Sozialhilferecht"?", *ZIAS*, 2016, Heft 1, 30. Jahrgang, 2016 p. 98 ; Silvia Spattini "Sostegno al reddito dei disoccupati nella legislazione nazionale," *RGL*, 2016-3, p. 550-561 ; Natalia Paci, "Disoccupazione e strumenti di sostegno del reddito nel Jobs Act?," *RGL*, 2016-4, p. 781 ; Garcia Viña, Jordi, "La protección por desempleo en España" *DRL*, Issue n° 5, p. 425; B. Suárez Corujo, "El colapso de la protección por desempleo en tiempos de crisis," *DRL*, 2016, Issue n° 7, p. 655; Antonella Occhino, "Il sostegno al reddito dei lavoratori in costanza di rapporto tra intervento pubblico e bilateralità," *DLM*, 2016, vol. 3, p. 499.

<sup>121</sup> An Italian author claims that the basic income should be considered to be a constitutionally necessary tool in interpreting the Italian Constitution. Chiara Tripodina, "Povertà e dignità nella Costituzione italiana: il reddito di cittadinanza come strumento costituzionalmente necessario," *RGL*, 2016-4, p. 732.

<sup>122</sup> Grega Strban, Renata Mihalič, Prednosti in pomanjkljivosti različnih oblik univerzalnega temeljnega dohodka, *E&E*, Vol. 16, No. 1/2016, p. 9. 2 In this article, the original and core form of a universal basic income is defined as a non-selective, long-lasting, individual and completely unconditional income, independent of the social and economic situation of the beneficiary and the origin of the social situation.

## LIST OF JOURNAL ABBREVIATIONS

- Arbeit und Recht (Germany) = AuR  
Australian Journal of Labour Law (Australia) = AJLL  
Bulletin of Comparative Labour Relations (Belgium) = BCLR  
Canadian Labour & Employment Law Journal (Canada) = CLELJ  
Comparative Labor Law & Policy Journal (United States) = CLLPJ  
Derecho de las Relaciones Laborales = DRL  
Diritti Lavori Mercati (Italy) = DLM  
Employees & Employers: Labour Law & Social Security Review (Slovenia) = E&E  
Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (Germany) = EuZA  
European Labour Law Journal (Belgium) = ELLJ  
Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali (Italy) = DLRI  
Industrial Law Journal (UK) = ILJ  
International Journal of Comparative Labour Law & Industrial Relations (The Netherlands) = IJCLLIR  
International Labour Review (ILO) = ILR  
Revue Internationale de Travail (France) = RIT  
Japan Labor Review (Japan) = JLR  
Lavoro e Diritto (Italy) = LD  
Pécsi Munkajogi Közlemények (Pecs Labour Law Journal) (Hungary) = PMJK  
Relaciones Laborales (Spain) = RL  
Revista de Derecho Social (Spain) = RDS  
Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale (France) = RDCTSS  
Revue de Droit du Travail (France) = RDT  
Revista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale = RGL  
Temas Laborales (Spain) = TL  
Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (Germany) = ZIAS





## Odsevi politične filozofije v pravu socialne varnosti

Luka Mišič\*

UDK: 349.3:1:340.1

**Povzetek:** V prispevku preučujem odseve treh politično-filozofskih teorij v pravu socialne varnosti, tj. v domači ureditvi sistema socialnih zavarovanj in socialnega varstva, deloma pa tudi v ureditvi na ravni Evropske unije. Teorije, ki jih izbiram v tej razpravi, so liberalizem, libertarizem in komunitarizem. Vsako izmed njih namreč prevevajo vrednote, ki lahko pomembno sooblikujejo pravno ureditev na področju socialne varnosti in določajo razmerje med pravicami in obveznostmi zavarovancev oziroma zavarovanih oseb v sistemu socialnih zavarovanj ter upravičencev v sistemu socialnega varstva. Te vrednote so svoboda in enakost, lastnina in skupnostna pripadnost, ki določa meje solidarnosti.

**Ključne besede:** socialno zavarovanje – socialno varstvo – socialne pravice – liberalizem – libertarizem – komunitarizem

### **Reflections of Political Philosophy in Social Security Law**

**Abstract:** In the contribution, I explore the reflections of three theories of political philosophy in social security law, i.e. in the domestic social insurance and social assistance scheme and also, to a lesser extent, at the level of the European Union. The theories I have selected for this undertaking are liberalism, libertarianism and communitarianism. Each one of them is namely permeated by values that can make an important contribution to the regulation of social security and determine the relationship between rights and obligations of the insured individuals and beneficiaries in the social assistance scheme. Those are values of liberty and equality, property, and community membership that can determine the boundaries of solidarity.

---

\* Luka Mišič, magister prava, mladi raziskovalec in asistent na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani. Luka Mišič, Master of Law, Young Researcher and Assistant at the Faculty of Law, University of Ljubljana, Slovenia.  
luka.misic@pf.uni-lj.si

**Key words:** *social insurance – social assistance – social rights – liberalism – libertarianism – communitarianism*

## 1. NAMESTO UVODA TRIJE ODSEVI POLITIČNE FILOZOFIJE

Pravnik, ki naslavlja filozofska vprašanja, se s tem postavi v neprijeten položaj. Na eni strani ga stanovski kolegi gledajo po strani, češ da mu drža filozofa ne pritiče, razprava pa je vnaprej zaznamovana kot idealistična puhlica. Pravnik bi naj govoril določen jezik členov in paragrafov ter se naj ne bi skrival za onkraj bivanjskimi pojmi, ki jih ne razume niti sam. Že sklicevanje na pravna načela lahko naježi kožo nepopustljivih "pozitivistov". Po drugi strani pa pravnik, ki v filozofiji ni izučen, nase ne sme prevzeti več kot pa le *držo* filozofa. Kot svari Kaufmann: »Razširjeno napačno vedenje nefilozofov do filozofije je prizadevanje, da bi filozofske misli, nauke in teorije prenesli na lastno področje, to je *uporabljali* filozofijo, kot uporabljamo recept.«<sup>1</sup> Med Scilo kolegov pravnikov in Karibdo filozofov v razpravi izbiram umerjen, a tako ne prav drzen pristop iskanja *odsevov* politične filozofije v pravni ureditvi socialnih zavarovanj in sistema socialnega varstva, tj. iskanje odseva izbranih teorij v ureditvi izbranih pravnih institutov, brez trditve, da ureditev dejansko temelji na določeni teoriji. Takšna teza bi bila nedokazljiva, najverjetneje pa tudi napačna. Bila bi prav recept, pred katerim svari Kaufmann. Zato si teorijo *liberalizma*, *libertarizma* in *komunitarizma*, prvi kot ožji izpeljanki liberalne misli, izposojam kot svetilo, v odsevu katerega bom skušal prepoznati vrednote, ki prevevajo tako izbrano teorijo, kot tudi pravne institute. To bodo praviloma vrednote *enakosti*, *svobode*, *lastnine*, *skupnostne pripadnosti* in *solidarnosti*.

V prispevku ne želim kakor kovač iskati žeblja,<sup>2</sup> temveč z osvetlitvijo vrednot, ki prevevajo tako politično filozofijo kot tudi pravo socialne varnosti, vnovič prikazati, da pravo ni le normativni sistem pravnih pravil, ter da je pri njegovem spreminjanju treba upoštevati tudi in predvsem moralne in vrednostne temelje, pri čemer je od njihove izbire lahko odvisno tudi razmerje med pravicami in obveznostmi zavarovancev ali zavarovanih oseb oziroma upravičencev v sistemu socialnega

<sup>1</sup> Kaufmann, str. 27.

<sup>2</sup> Zato se izogibam teoriji *utilitarizma*, saj bi v luči vsebinskih in prostorskih omejitev sicer živopisno teorijo gotovo zlorabil tako, da bi jo vehementno omejil na vprašanja ekonomske (ne)učinkovitosti.

varstva. Slednjemu se bom posvetil predvsem v okviru tretjega odseva, med tem ko bom v okviru prvih dveh v pretežni meri obravnaval domačo ureditev socialnih zavarovanj.

## 2. ODSEV LIBERALIZMA

Liberalizem lahko brez delitve na njegove izpeljanke opredelimo kot politično-filozofsko teorijo, ki zagovarja posameznikovo svobodo in enakost ali enakopravnost v razmerju do drugih.<sup>3</sup> Kot jedro vsake ureditve določa posameznika, pri čemer je liberalni individualizem praviloma *etični*.<sup>4</sup> V skladu z njim imajo vsi člani skupnosti enako moralno vrednost, temeljnim pravicam in svoboščinam pa sledijo obveznosti.<sup>5</sup> Svoboda in enakost ali enakopravnost posameznikov se odraža predvsem v prosti izbiri načina življenja ali življenjskega sloga oziroma v svobodnem življenjskem razvoju,<sup>6</sup> ki hkrati spoštuje enako svobodo drugega. Kot ugotavlja Deigh: »Pravica biti svoboden je vsakomur položena v zibelko in naloga politične filozofije je, da znotraj politične skupnosti najde ureditev institucij in praks, ki bo varovala to pravico vsakega člana skupnosti. Skupnost, ki ji ne uspe doseči tega ideala, je nepravilna. V okovih pušča tiste, ki jim ne zagotovi pravice do svobode. Liberalizem je tradicija, ki je najbližja iskanju tega ideala.«<sup>7</sup> Srž liberalizma se torej skriva v vprašanju, kako urediti institucije, da bo vsakomur omogočen svoboden življenjski razvoj.<sup>8</sup> Kot ugotavlja Freeman, skuša Rawls, zastavonoša t.i. političnega liberalizma, s katerim se bomo srečali v nadaljevanju, v svojem istoimenskem delu *Politični liberalizem* odgovoriti prav na vprašanje, kakšna je najpravičnejša in najsmotnejša ureditev družbenih institucij, ki uresničuje temeljne demokratične vrednote svobode in enakopravnosti vseh državljanov.<sup>9</sup>

---

<sup>3</sup> Podrobneje o njegovih izpeljankah v: Mišič, str. 144-149.

<sup>4</sup> V ekonomskem liberalizmu so posamezniki moralno izenačeni kot agenti na prostem trgu dobrin in storitev.

<sup>5</sup> Kelly, str. 13.

<sup>6</sup> Kot glede pravice do socialne varnosti ugotavlja Kresal: »Posamezniku, ki se je iz različnih okoliščin znašel v neugodnem socialnem položaju, naj se torej z aktivnim delovanjem države, kjer je to potrebno, zagotovijo možnosti za dostojno življenje in *svoboden razvoj osebnosti* [poudaril L.M.]«, Kresal, v: Šturm, str. 519.

<sup>7</sup> Deigh, v: Sterba, str. 81.

<sup>8</sup> Kritičen bralec bi lahko dejal, da je to že opredelitev *političnega liberalizma*. Menim, da je opredelitev na tem mestu še dovolj splošna, da je vanjo moč umestiti tudi njegove druge različice.

<sup>9</sup> Freeman, str. 2.

Menim, da takšno institucijo predstavljajo prav socialna zavarovanja kot zakonska, javna in običajno obvezna zavarovanja za socialna tveganja oziroma socialne primere, ki povzročijo izpad dohodka.<sup>10</sup> Socialna zavarovanja, v katerih bi naj predvsem načelo solidarnosti upravičevalo vzpostavitev sistema prisilne redistribucije dohodka,<sup>11</sup> namreč zavarovancem, v nekaterih zavarovanjih ali v primeru posameznih institutov pa tudi zavarovanim osebam kot od zavarovancev odvisnim osebam, z zagotovitvijo dohodkovne varnosti ali storitev zdravljenja omogočajo svobodno ali vsaj svobodnejšo izbiro načina življenja ali svobodnejši življenjski razvoj, kot v primeru, ko bi upravičenost do socialnih pravic temeljila na zgolj načelu ekvivalence.<sup>12</sup> Peti odstavek 2. člena predloga Zakona o zdravstvenem varstvu in zdravstvenem zavarovanju (ZZVZZ-1) npr. določa, da *enakost* pomeni dostop do splošne zdravstvene oskrbe v skladu s potrebami zdravstvenega stanja, neodvisno od etične pripadnosti, spola, starosti, socialnega statusa, sposobnosti plačila ali druge osebne okoliščine. Četrti odstavek določa, da *solidarnost* pomeni, da vsak prispeva v skladu s svojimi ekonomskimi zmožnostmi in prejema splošno zdravstveno oskrbo v skladu s potrebami zdravstvenega stanja.<sup>13</sup> Predlog tako moralno izenačuje člane zavarovalne skupnosti – izenačitev preveva že veljavno ureditev, le da ta ni izrecno zapisana – in te praviloma ob upoštevanju načela enakosti oziroma enake obravnave v obliki

---

<sup>10</sup> Bubnov Škoberne, v: Bubnov Škoberne in Strban, str. 43.

<sup>11</sup> Glej 5. točko pritrdilnega ločenega mnenja sodnice Jadek Pensa v odločbi Ustavnega sodišča št. U-I-281/09 z dne 22. 11. 2011: »Pravica do pokojnine se posameznikom zagotavlja v prepletenem in kompliciranem sistemu, ki naj zagotavlja socialno blaginjo in s tem določene standarde življenja v državi po načelu socialne solidarnosti in zaradi socialne solidarnosti. Iz tega, kot razumem, logično sledi (1) da pravni red omejuje svobodo posameznika (delavca) na premoženjskem področju zaradi socialne solidarnosti, (2) da pravni red posamezniku (poenostavljeno) v tem okviru zagotavlja pravico do pokojnine, in (3) da se »naložba« posameznika (delavca) v denarju izmika njenemu običajnemu golemu premoženjskopравниemu bistvu prav zaradi njene funkcije zagotavljanja socialne solidarnosti. [opombe umaknil L.M.]«

<sup>12</sup> Če bi pokojninsko zavarovanje bilo utemeljeno le v načelu ekvivalence, tj. strogem ujemanju med prispevki in višino (starostne) pokojnine, bi seveda več svobode omogočalo tistim, z visokimi dohodki, a ne bi izpolnjevalo pogoja največje koristi za najmanj privilegirane člane skupnosti. Ekonomska svoboda je seveda ena izmed ključnih predpostavk svobode ravnanja oziroma svobodne izbire načina življenja ali življenjskega sloga, vendar v normativni socialni državi potrebuje solidarnostni in egalitarni korektiv, ki izenačuje ali približuje možnosti svobodnega razvoja tudi ekonomsko in socialno šibkejših posameznikov. Ob popolnem neupoštevanju načela solidarnosti pa prav tako več ne bi mogli govoriti o *socialnem zavarovanju* temveč o *individualni varnosti dohodka*.

<sup>13</sup> Glej predlog Zakona o Zdravstvenem varstvu in zdravstvenem zavarovanju (ZZVZZ-1), dostopen na: <https://e-uprava.gov.si/drzava-in-druzba/e-demokracija/predlogi-predpisov/predlog-predpisa.html?id=6332> (12. 12. 2017).

razpršitve tveganja in finančnih bremen na zavarovalno skupnost razbremenjuje obveznosti individualnega oziroma zasebnega zavarovanja ali varčevanja.

Vendar pa izenačitev, ki posamezniku praviloma omogoča več svobode tudi v vsakdanjem življenju<sup>14</sup> – državljan Evropske unije (v nadaljevanju: EU) lahko npr. potrebne storitve zdravljenja z uporabo Evropske kartice zdravstvenega zavarovanja uveljavlja v drugi državi članici (v nadaljevanju: DČ) in se zato lahko prosto giblje – in ki jo lahko *mutatis mutandis* preslikamo tudi na druge veje socialnih zavarovanj, ne pove, zakaj je takšna ureditev temeljnih institucij ob praviloma obvezni naravi zavarovanja legitimna ali zakaj bi nanjo pristali predvsem posamezniki, ki se na oseh horizontalne in vertikalne solidarnosti nahajajo na “pozitivnih” straneh. Slednjim bi se ob neobvezni naravi zdravstvenega zavarovanja glede na življenjsko obdobje namreč izplačalo prehajanje med zasebnim in socialnim zavarovanjem. Če bi komunitarizem takšno ureditev utemeljeval z varstvom in prispevanjem k *skupnemu dobremu*, libertarizem pa slednji odločno nasprotoval, odgovor znotraj liberalizma ponudi Rawlsova teorija *pravičnosti kot poštenost*.<sup>15</sup>

V njej avtor člane bodoče skupnosti postavlja v t.i. izhodiščno pozicijo,<sup>16</sup> v kateri ti izza t.i. tančice nevednosti odločajo o politični koncepciji pravičnosti oziroma o načelih pravičnosti, ki bodo vladala temeljnim družbenim institucijam. Z drugimi besedami, določajo temeljna pravila družbene ureditve, pri čemer vse do popolnega dviga tančice ne vedo, kakšen bo njihov dejanski položaj v nastali skupnosti, npr. kakšna količina primarnih dobrin jim bo pripadala, kakšen bo njihov socialni položaj ali spol, kakšna bo njihova starost. Kot racionalni posamezniki bodo zato sprejeli pravila,<sup>17</sup> s katerimi bodo pripravljeni živeti ne glede na rezultat postopka,<sup>18</sup> pri čemer bodo tega spoštovali, čeprav bi si po razkritju želeli drugačnega izida.<sup>19</sup> Načela pravičnosti, za katera Rawls

---

<sup>14</sup> Izbira načina življenja se praviloma navezuje na daljše časovno obdobje življenja. Glej: Rawls, 1971, str. 409-410.

<sup>15</sup> Rawlsova teorija socialne pravičnosti je sicer razvojno razpeta med več temeljnih del: *A Theory of Justice* (1971), *Political Liberalism* (1993), *The Law of Peoples* (1999) in *Justice as Fairness: A Restatement* (2001). Odtenke, ki jih k teoriji prinese posamezno delo puščam ob robu in *načela pravičnosti iz pravičnosti kot poštenosti* navajam v njihovi najmlajši različici.

<sup>16</sup> Glej npr.: Maffettone, str. 104-112.

<sup>17</sup> Razlikovanje med racionalnim (angl. *rational*) in razumnim (angl. *reasonable*) kot nemoralno in moralno kategorijo puščam ob robu. Glej: Rawls, 1993, str. 300-301 in Rawls, 2001, str. 6-7 in 81-82.

<sup>18</sup> Rawls, 1971, str. 137.

<sup>19</sup> Bloom, 651.

trdi, da bodo izbrana izza tančice nevednosti, so: (i) Vsaka oseba ima enako neodtujljivo upravičenje do povsem ustrezne sheme enakih temeljnih svoboščin, ki je združljiva z enako shemo svoboščin za vse.<sup>20</sup> (ii) Socialne in ekonomske neenakosti morajo zadostiti dvema pogojema: prvič, zvezane morajo biti z mesti in položaji, ki so pod pogoji poštene enakosti v priložnosti prosto dostopni vsem; drugič, biti morajo v največjo korist najmanj privilegiranih članov družbe (načelo razlikovanja).<sup>21</sup> Racionalni posamezniki bi naj torej izbrali načela pravičnosti, ki odpravljajo tiste neenakosti med člani skupnosti, npr. pripadnost družbenemu razredu, vpliv bolezni in nesreče, obdobje neprostovoljne brezposelnosti,<sup>22</sup> od katerih je odvisen dostop do primarnih dobrin, npr. osebnega dohodka.

Kratek pregled teorije liberalizma razkrije njegov dvojni odsev v ureditvi socialnih zavarovanj. Prvi odsev je moč izpeljati iz splošnega moralnega izenačevanja posameznikov. Ob tem drugi odsev predstavlja možnost, da s sklicevanjem na ožjo izpeljanko liberalizma, tj. Rawlsovo teorijo poštenosti kot jedro egalitarnega političnega liberalizma, upravičimo institut socialnega zavarovanja. Vendar praviloma le, če ta izpolnjuje tri načela pravičnosti, pri čemer moramo pojem *svoboščin* smiselno nadomestiti s pojmom *pravic*.<sup>23</sup> Ob njihovi izpolnitvi bi sistem socialnih zavarovanj<sup>24</sup> – vsaj pred zasebnim zavarovanjem – izza tančice nevednosti praviloma izbrali vsi racionalni posamezniki, ki ne bi sprejeli tveganja, da se kot najmanj privilegirani člani skupnosti znajdejo v ureditvi, ki socialno in ekonomsko najšibkejšim ne omogoča enakopravnega in učinkovitega uživanja socialnih pravic.<sup>25</sup> Ne nazadnje bi lahko dejali, da je vsakdo postavljen za lastno tančico nevednosti, katere tveganja nevtralizira prav institut socialnega zavarovanja. Kot ugotavlja Bubnov Škoberne: »Socialno tveganje je za posameznika praviloma prihodnji in negotov dogodek. Negotovo je na primer, ali bo posameznik zbolel, se poškodoval, postal brezposeln, koliko let bo preživel po določeni starosti, po kateri se lahko upokoji, kakšne stroške bo imel z zdravljenjem.«<sup>26</sup> Ob tem

---

<sup>20</sup> Rawls, 2001, str. 42.

<sup>21</sup> Prav tam, str. 42-43. Primerjaj s prevodom K. Zakrajšek v: Rawls, 2011, str. 67.

<sup>22</sup> Prav tam, str. 55.

<sup>23</sup> Paden posebej izpostavlja le izpolnitev pogoja načela razlikovanja. Glej: Paden, str. 183. Največja korist najmanj privilegiranih članov se seveda nahaja v jedru sistema socialnega varstva in sistema socialnih zavarovanj: Višji kot so dohodki davčnih zavezancev in prispevno obremenjenih, več sredstev bo (praviloma) na voljo za financiranje sistema, ki je v večjo korist ekonomsko ali socialno šibkejših.

<sup>24</sup> *Mutatis mutandis* sistem nacionalne univerzalne socialne varnosti.

<sup>25</sup> Toliko bolj to velja za sistem socialnega varstva.

<sup>26</sup> Bubnov Škoberne, v: Bubnov Škoberne in Strban, str. 91.

pa drži, da bi informiran posameznik, ki se zaveda večje verjetnosti realizacije socialnega tveganja, lahko sklenil zasebno zavarovanje, ki bi odražalo njegove potrebe in želje, a bi pri tem nekateri, npr. posamezniki, ki trpijo za dednimi boleznimi, bili *a priori* postavljeni v položaj neenakih izhodiščnih možnosti, saj bi večji del razpoložljivega dohodka brez lastne krivde morali nameniti za zdravstvene izdatke, sklenitev zavarovalne pogodbe z večjim obsegom pravic ali za nadpovprečno varčevanje za primer starosti. Drugo plat medalje predstavljajo tisti, ki se jim glede na pričakovano življenjsko dobo predvsem varčevanje v obliki obveznega pokojninskega zavarovanja objektivno ne izplača.

Socialna zavarovanja so, kot že zapisano, praviloma utemeljena v načelu enakosti ali enake obravnave<sup>27</sup> oziroma je vključitev in uveljavljanje pravic iz zavarovanja neodvisno od osebnih okoliščin zavarovanca.<sup>28</sup> V Sloveniji to praviloma velja, kot že omenjeno, npr. za ureditev obveznega zdravstvenega zavarovanja (v nadaljevanju: OZZ). Glede dopolnilnega zavarovanja, šele katerega sklenitev zavarovancu omogoča učinkovito uživanje pravic iz OZZ in tako *de facto* predstavlja njegov sestavni del,<sup>29</sup> ZZVZZ določa, da zaradi varovanja interesov zavarovancev država zagotavlja njihovo enako obravnavo ne glede na starost, spol in zdravstveno stanje.<sup>30</sup> Zavarovalnica, ki izvaja zavarovanje, mora v skladu z 62. b členom vanj sprejeti vse obvezno zavarovane osebe, ki se želijo vključiti, ter jih pri tem obravnavati enako. Delovanje socialnih zavarovanj je, kot že zapisano, tudi v največjo korist najmanj privilegiranega člana skupnosti. V OZZ se to odraža v prevladujoči neodvisnosti obsega storitev zdravljenja od predhodne dobe zavarovanja oziroma višine vplačanih prispevkov.<sup>31</sup>

<sup>27</sup> Enakopravnost in enako obravnavo v prispevku praviloma uporabljam kot vsebinski izpeljanki načela enakosti. Tako glede razmerja med enakostjo in enako obravnavo tudi Strban, v: Pavčnik in Novak, str. 367.

<sup>28</sup> Od načela enakosti oziroma enake obravnave npr. za enkrat še neupravičeno odstopajo pogoji za pridobitev pravice ali odstotek za odmero starostne pokojnine, glej: 27. in 37. člen Zakona o pokojninskem in invalidskem zavarovanju (ZPIZ-2), Ur. l. RS, št. 96/12 do 65/17. Pred uveljavitvijo oziroma pričetkom uporabe Zakona o partnerski zvezi (ZPZ), Ur. l. RS, št. 33/16, je socialna zakonodaja na več mestih bila v neskladju z načelom enakosti. Morda najočitnejši primer je predstavljala nezmožnost zavarovanja (registriranega) istospolnega partnerja kot družinskega člana, glej: 20. člen Zakona o zdravstvenem varstvu in zdravstvenem zavarovanju (ZZVZZ), Ur. l. RS, št. 72/06 do 61/17.

<sup>29</sup> Zaradi njegove *de facto* obvezne narave od dohodkovnega položaja zavarovanca neodvisna premija predstavlja neprimerno ureditev financiranja, saj na dohodkovni strani ne sledi načelu solidarnosti, temveč mehanicističnemu načelu enakosti pri razdelitvi bremen. Nepravičnost bi naj odpravil ZZVZZ-1. Ratio drugega odstavka 62. člena ZZVZZ sicer predstavlja prepoved razlikovanja med t.i. dobrimi in slabimi riziki (angl. *good in bad risks*).

<sup>30</sup> Prva točka 62. člena ZZVZZ.

<sup>31</sup> Pravila obveznega zdravstvenega zavarovanja, Ur. l. RS, št. 79/94 do 10/17, predhodno dobo



V pokojninskem zavarovanju se to odraža npr. v ureditvi instituta najmanjše in najvišje pokojninske osnove iz 36. člena ZPIZ-2, ki je v korist tistim z nižjimi dohodki. Enako velja za nadomestilo iz Zakona o starševskem varstvu in družinskih prejemkih (ZSDP-1).<sup>32</sup> Po drugi strani pa so nekateri zavarovanci še zmeraj neupravičeno postavljeni v manj ugoden položaj: pri tem gre npr. za neenako obravnavo delavcev, samozaposlenih in kmetov v pokojninskem zavarovanju<sup>33</sup> ali. t.i. fleksibilnih delavcev v več vejah socialnih zavarovanj.<sup>34</sup> Prav tako pa v tradicionalnem modelu (praviloma moškega) hranitelja družine utemeljena ureditev OZZ paradoksalno več varnosti nudi partnerjem oziroma družinskim članom, kakor samskim osebam oziroma *individuumu*, neodvisno od njegovih socialnih vezi. *Ratio* ureditve seveda leži v razbremenitvi zavarovanca, ki je dolžan skrbeti za ekonomsko neaktivne družinske člane.<sup>35</sup> Takšni tradicionalni vzorci ureditve seveda ne odsevajo idej liberalizma, temveč konservativnega komunitarizma, ki v jedro skupnosti postavlja družino ali – po drugi strani – tradicionalni koncept delovnega razmerja, tj. razmerja za nedoločen in polni delovni čas, kjer se delo v jasnem razmerju subordinacije opravlja pri enem delodajalcu, in s tem na različne, a v bistvenem primerljive položaje (tj. pridobivanje dohodka) vežejo neenake pravice in obveznosti. Liberalizem bi položaje praviloma izenačeval. V tem pogledu je njegov odsev gotovo močnejši v sistemih nacionalne univerzalne socialne varnosti, ki pa jih duh komunitarizma preveva na drug način.<sup>36</sup>

---

zavarovanja urejajo v devetem poglavju in s tem omejujejo zakonsko določeno pravico. Pravila na več mestih določajo tudi starostne meje upravičenosti do določenih metod zdravljenja, pri čemer ob popolnem nepoznavanju medicinske stroke verjamem, da so omejitve strokovno upravičene in ne predstavljajo diskriminacije na podlagi osebne okoliščine starosti, ki po načelu ekonomske učinkovitosti nasprotuje načelu enake obravnave in zagotavljanju storitev zdravljenja glede na potrebe (zdravstvenega stanja).

<sup>32</sup> Glej 46. člen Zakona o starševskem varstvu in družinskih prejemkih (ZSDP-1), Ur. l. RS, št. 26/14 do 90/15. Ugodnost (zgornje) neomejenosti uživa le materinsko, ne pa tudi očetovsko in starševsko nadomestilo.

<sup>33</sup> Glej: Strban, 2013, 279-281.

<sup>34</sup> Ob upoštevanju zakonodajnih sprememb glej npr.: Strban, 2006, 334 in nasl.

<sup>35</sup> 20. člen ZZZV s tem, ko za zakonca, ki se lahko zavaruje kot družinski član, ne določa dodatnih pogojev (npr. dohodkovnega cenzusa) pod katerimi je ta lahko zavarovan brezplačno, predvsem glede na dohodek hranitelja družine posameznike oziroma družine neupravičeno postavlja v neenak položaj. Pri tem bi dodaten pogoj lahko predstavljala tudi skrb za (npr. predšolske) otroke ali izkazan status aktivnega iskalca zaposlitve. Prvi sicer praviloma ohranja tradicionalistično in konservativno koncepcijo družine kot reprodukcijske celice, kateri jasno sledijo tudi predpostavljene in zakrnele družbene vloge spolov. Drugi predstavlja ukrep t.i. (re)aktivacijske socialne države, ki lahko prekomerno posega v posameznikovo svobodo izbire poklica in njegov o zasebnost.

<sup>36</sup> Glej tudi: Stendahl, str. 234.

### 3. ODSEV LIBERTARIZMA

Libertarizem, v osebno svobodo radikalno usmerjena različica liberalne misli, sloni na treh načelih. V skladu z načelom samolastništva, ki izvira iz Lockove naravne pravice do lastnine,<sup>37</sup> je posameznik lastnik plodov svojega dela, s katerimi svobodno razpolaga.<sup>38</sup> (ii) V skladu z načelom neagresivnosti, je vsakomur prepovedan nedogovorjen poseg v lastnino drugega. Ta je opredeljena širše od običajnega razumevanja, tako, da ščiti tudi telesno in duševno celovitost osebe. »Posamezniki imajo pravice, in so stvari, ki jim jih (brez kršitve njihove pravice) ne more storiti nobena oseba ali skupina oseb«<sup>39</sup> so besede, s katerimi Nozick pričinja temeljno področno delo *Anarchy, State and Utopia*. Tretje načelo predstavlja odsotnost pozitivnih pravic in iz njih izhajajočih obveznosti.<sup>40</sup> Libertarizem je utemeljen v konceptu *negativnih pravic*. Vse pozitivne pravice in obveznosti morajo biti svobodno dogovorjene, človekove pravice in temeljne

<sup>37</sup> Locke, IX, 123. Glej tudi 2. točko pritrdilnega ločenega mnenja sodnika Zobca v odločbi Ustavnega sodišča št. U-I-313/13 z dne 21. 3. 2014: »Lastnina pomeni eno od osrednjih ustavnih vrednot in enega od stebrov zahodne civilizacije. [...] Teorija o lastniških pravicah ima tudi osrednje mesto v politični filozofiji Johna Locka, ki je navdihovala ameriško revolucijo in odsevala v Deklaracijo o neodvisnosti. Po mnenju tega misleca razsvetljenstva, katerega filozofija je globoko vplivala na moderni liberalizem, zasebna lastnina obstaja že po naravnem pravu in pred nastankom politične oblasti. Pravi in resnični smisel vladanja je varstvo teh naravnih lastniških pravic, ki jih je Locke spojil s svobodo. Zato je zatrjeval, da so ljudje ustvarili in postavili vlado, da bi prek nje zavarovali svoja življenja, svoboščine in posest. Trdno je stal na stališču, da zakonodajalec ni upravičen samovoljno posegati v lastnino ter da je odmerjanje davkov brez ljudskega soglasja arbitrarno, krati temeljni zakon lastnine ter spodkopava cilj in smisel vladanja.«

<sup>38</sup> Glej 3. točko pritrdilnega ločenega mnenja sodnice Jadek Pensa v odločbi Ustavnega sodišča št. U-I-281/09 z dne 22. 11. 2011: »Jamstvo zasebne lastnine kot človekove pravice iz 33. člena Ustave zagotavlja posamezniku svobodo na premoženjskem področju, to je, da uživa in razpolaga s svojimi dobrinami, prihodki in plodovi svojega dela. V konkretnem upravnem postopku dosežen odpis, delni odpis, odlog plačila prispevkov ali obročno plačevanje prispevkov svobode posameznika na premoženjskem področju, kot razumem, ne omejuje nič bolj, kot je njegova svoboda že omejena z zakonsko zapovedjo plačevanja prispevkov za obvezno pokojninsko in invalidsko zavarovanje.«

<sup>39</sup> Nozick, str. ix.

<sup>40</sup> O libertarnem razumevanju socialnih pravic kot "neresničnih" pravic glej: Boaz, str. 60. Vključitvi pozitivnih pravic v vzhodnoevropske ustave v začetku devetdesetih let je v eseju *Zoper pozitivne pravice* (angl. *Against Positive Rights*) ostro nasprotoval tudi Sunstein. Ustavne pravice bi naj varovale le čvrste liberalne pravice in svoboščine, tj. svobodo govora, volilno pravico, pravice obdolženih v kazenskih postopkih, versko svobodo, prepoved diskriminacije, lastninsko pravico in pogodbeno svobodo ter pogoje za vzpostavitev tržne ekonomije. Glej: Sunstien, str. 35-36. Avtor je nekaj let pozneje pričiranje spremenil, glej: Langford, str. 29.

svoboščine pa so podrejene izvorni pravici do lastnine. Neproduktivno bi bilo, če bi skušal prikazati neskladje med temelji libertarizma in ureditvijo socialnih zavarovanj ter sistema socialnega varstva. Zalomilo bi se že pri načinu financiranja, pa naj gre za prispevno ali drugo bremenitev dohodka oziroma davčno (so) financiranje sistema s strani države, ter pri načelu vertikalne in horizontalne solidarnosti. Zahtevnejša, a toliko zanimivejša je pot iskanja libertarnih odsevov v veljavni pravni ureditvi socialnih zavarovanj.

### 3.1. Odgovornost zavarovanca za lastno ravnanje

Prvi odsev, o katerem sem kratko razpravljal na drugem mestu in ga v tej razpravi tako obravnavam lapidarno, predstavlja *odgovornost zavarovanca za lastno ravnanje*.<sup>41</sup> Libertarizem, ki zanika obstoj skupne ideje dobrega,<sup>42</sup> namreč predpostavlja visoko raven posameznikove svobode ravnanja in ekonomske svobode, a tej pridružuje prav tako visoko raven individualne odgovornosti. V jeziku socialnih zavarovanj to pomeni, da je njihova vzpostavitev ob predpostavki obvezne vključitve in dolžnosti državnega sofinanciranja nelegitimna, enako pa velja za sistem socialnega varstva. Socialna pomoč je prepuščena dobrodelnim organizacijam, ki temeljijo na prostovoljni redistribuciji dohodka. Kot sicer na primeru ekonomskega liberalizma ugotavlja Quiggin: »Kar se ekonomske politike tiče, je ekonomski liberalizem omejen s potrebo po tekmovalju z rezultati socialne demokracije. Zato je nezdržljiv z dogmatičnim libertarizmom, ki bi lačne pustil izstradati ali bi jih prepustil zasebni dobrodelni organizaciji, izobraževanje otrok pa njihovim staršem. Ekonomski liberalizem skuša kolikor je mogoče omejiti ekonomsko vlogo države, pri tem pa ohraniti dostop do temeljnih zdravstvenih storitev in izobraževanja ter zagotoviti varstvo dohodka.«<sup>43</sup>

Vprašanje legitimnosti seveda ni sporno glede zasebnih zavarovanj kot manifestacije individualne odgovornosti za tveganje, ki vodi v izpad dohodka ali povzroči stroške zdravljenja ali oskrbe. Stroškov nadpovprečno tveganega ali nezdravega načina življenja namreč ni dovoljeno razpršiti na zavarovalno

---

<sup>41</sup> Glej: Mišič, 2017, 11-13.

<sup>42</sup> Liberalizem dopušča vzpostavitev razumno utemeljenega soglasja (Rawlsovo *prekrivajoče se soglasje* ali Rousseaujeva *obča volja*) o temeljnih družbenih vprašanjih – v racionalno argumentirani razpravi lahko skupnost soglašča npr. o ureditvi sistema socialnega varstva. V tem smislu se pojem liberalizma približuje pojmu liberalne demokracije.

<sup>43</sup> Quiggin, str. 11. Zapisano toliko bolj velja za politični liberalizem.

skupnost, ki ne bi bila prostovoljna ali ne bi terjala dodatne davčne redistribucije dohodka. Strožjo odgovornost za lastno ravnanje bi bilo v veljavni ureditvi sicer mogoče vzpostaviti predvsem pri ureditvi OZZ. Kot ugotavlja Strban, sta iz obsega zdravstvenih primerov praviloma izvzeta le naklep in udeležba pri storitvi kaznivega dejanja ter pri tem izpostavlja vprašanje, v kakšni višini je treba zavarovanca udeležiti pri stroških, ki jih je ta povzročil z nadpovprečno tveganim življenjskim slogom, npr. udeležbo pri ekstremnih športih.<sup>44</sup> Vprašanje, ali je dvojna omejitev posameznikove svobode, tj. svobode na ekonomskem področju in v izbiri življenjskega sloga ali načina življenja, v luči varovanja javnega interesa, tj. finančne vzdržnosti zdravstvene blagajne, legitimna. Pravičneje se zdi, da odgovornost za stroškovne presežke, ki so lahko tudi posledica tveganega ali nezdravega načina življenja populacije, nase prevzame država, ki zavarovanje določa kot obvezno, ta pa je prav tako zavezana s 4. členom ZZVZZ (družbena skrb za zdravje) in ne nazadnje razpolaga z ukrepi davčne zakonodaje, ki bi ob odstopu od načela integralnega proračuna lahko z naslova že siceršnje dodatne bremenitve nekaterih nezdravih življenjskih navad poskrbela za dodatno financiranje zdravstva. Libertarizem, ki sicer nasprotuje neprostovoljnemu razpolaganju z lastnino, nas pri tem vedno znova sili k skrbni presoji vsakega posega v posameznikovo svobodo. Stroškovna soudeležba pri realizaciji socialnih tveganj, ki so v neposredni in jasni vzročni zvezi z nadpovprečno tveganim življenjskim slogom, bi v sistemu pravzaprav predstavljala tretjo omejitev posameznikove svobode, ki bi sledila prvi omejitvi na področju ekonomske svobode in bi bila posledica neupoštevanja druge omejitve, tj. proste izbire načina življenja oziroma ravnanja.

### 3.2. Lastninsko varstvo socialnih pravic

Drugi odsev, ki ga bom obravnaval podrobneje od prvega, predstavlja *lastninsko varstvo socialnih pravic*. Kot izhaja iz člena 1 Protokola k Evropski konvenciji o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (v nadaljevanju: Konvencija),<sup>45</sup> ima vsaka oseba pravico do mirnega uživanja svojega premoženja. Premoženje je lahko odvzeto le ob upoštevanju javnega interesa in zakonskih pogojev ter

---

<sup>44</sup> Glej: Strban, v: Bubnov Škoberne in Strban, str. 283-284.

<sup>45</sup> Pregledno o vključitvi lastnine v druge mednarodnopravne akte glej npr.: Strban, 2015, str. 1252-1254.

splošnih načel mednarodnega prava, pri čemer določba držav med drugim ne omejuje pri določanju davkov in prispevkov.<sup>46</sup> Drugi del določbe, ki v posebnih primerih dovoljuje oblasten poseg v premoženje, odseva libertarizma seveda ne premore.<sup>47</sup> Nasprotno, vsak poseg v premoženje mora v luči teorije temeljiti na soglasju strank. Libertarni odsev je tako prisoten le v prvem delu določbe, tj. splošnem varstvu lastnine, ki pa je za to razpravo toliko pomembnejše. Posameznikov dohodek, kot že zapisano, predstavlja plod njegovega dela, s katerim bi ta naj povsem svobodno razpolagal. Ker država v luči javnega interesa, skupnega dobrega ali v luči socialne pravičnosti, razpoložljivi dohodek krči in s tem posega v posameznikovo svobodo ravnanja, v ožjem smislu pa v ekonomsko svobodo, lastninsko pravico ali premoženje, se lastninsko varstvo reaktivira v razmerju do socialnih pravic. Te več ne predstavljajo zgolj klasičnih pozitivnih obveznosti države, temveč imajo naravo pridobljenih pravic, s čimer postanejo odpornejše vsaj na njihovo nesorazmerno omejevanje, neučinkovito zagotavljanje ali ukinitvev. Kot ugotavlja Šinkovec: »[s]misel lastnine je praviloma v pridobivanju dohodka, je lahko eksistencialna podlaga fizične ali pravne osebe. Zato sodobne pravne teorije in zakonodaje štejejo za lastnino vse, kar je sposobno zagotavljati eksistenco, od zemljišč do patentov in nekaterih pravic iz socialnega zavarovanja.«<sup>48</sup> To še posebej velja za socialne pravice, katerih obseg je odvisen od višine plačanih prispevkov, zaradi česar so te razpete tako med načelo ekvivalence, ki sicer ni vodilno načelo socialnih zavarovanj,<sup>49</sup> in načelo solidarnosti.<sup>50</sup> Zato ne preseneča, da je slovensko ustavno sodišče,

<sup>46</sup> Glej 1. člen Prvega protokola h Konvenciji o varstvu človekovih pravic in svoboščin.

<sup>47</sup> Če si pri tem kot jedro libertarne misli izberem Nozickovo *teorijo upravičenosti* (angl. *entitlement theory*), ki je kot historična teorija utemeljena v prvi pravični pridobitvi in nadaljnjih svobodnih prenosih lastninske pravice. Glej: Nozick, str. 151-152 in str. 174-176. Glej tudi: Lacey, str. 37.

<sup>48</sup> Šinkovec, str. 8. O pomenu lastnine v t.i. liberalni socialni državi glej tudi: Zacher, str. 537-538 in primerjaj z: Eichenhofer, str. 68-95.

<sup>49</sup> Strban, 2015, str. 1265.

<sup>50</sup> Načelo solidarnosti predstavlja delitev bremen in ugodnosti glede na *potrebe* (npr. zdravstveno zavarovanje), korigira popolno sorazmerje med vplačanimi prispevki in obsegom pravice (npr. omejitev na najvišjo in najnižjo osnovo v zavarovanju za starševsko varstvo), ter v izpeljanki medgeneracijske solidarnosti (pokojninsko zavarovanje) upravičuje vplačevanje prispevkov delovno aktivnih posameznikov za izplačila (starostno) pokojnin delovno neaktivnim posameznikom brez jamstva, da bodo prvi (še) prejeli ustrezno visoka izplačila pokojnin, ko bodo sami izpolnili pogoje za njihovo pridobitev. Lastninsko varstvo korigira prav slednji vidik načela solidarnosti. Načelo ekvivalence v svoji čisti obliki po drugi strani temelji na načelu razdelitve bremen in ugodnosti glede na *zaslužnje* oz. glede na *zaslužek*. Pri tem deloma sledim tradicionalni razdelitvi meril razdeljevalne pravičnosti na *pravice*, *zasluge* in *potrebe*. Slednjim je kot merilom pravičnosti moč dodati tudi *želje* ali *enakost*. Glej npr.: Miller, 1999, str. 52 in nasl.

sicer slabih trideset let po nemškem,<sup>51</sup> z odločbo iz leta 2009 socialnim pravicam, ki temeljijo na plačanih prispevkih, priznalo tudi premoženjsko naravo in to zavarovalo s pravico do zasebne lastnine: »Pravica do pokojnine ima dvojno ustavno varstvo. Varovana je kot človekova pravica tako po prvem odstavku 50. člena kot tudi po 33. členu ustave.«<sup>52</sup> Kot je ustavno sodišče ugotovilo že leta 1998, je lastnina »elementarna človekova pravica, ki je tesno povezana z varstvom osebne svobode. Njena funkcija je, da zavaruje svobodno ravnanje posameznika na ekonomskem področju in tako omogoča vsakomur, da lahko svobodno in odgovorno oblikuje svoje življenje.«<sup>53</sup> Lastninskega varstva pa v tem smislu ne bi smeli nujno omejevati le na pravice, katerih obseg je odvisen od višine plačanih prispevkov, temveč bi z njim npr. lahko upravičili tudi prepoved zniževanja ravni zdravstvenega varstva. Zavarovanec ali zavarovana oseba v OZZ običajno nima možnosti izbire med storitvami ali njihovimi ponudniki oziroma v primeru znižanja ravni zdravstvene oskrbe bodisi z manjšanjem obsega košarice dobrin bodisi z znižanjem kakovosti (npr. krajšanje časa obravnave pri osebnem zdravniku ali specialistu, obrabljenost medicinskih pripomočkov, predpisovanje manj učinkovitih zdravil, čakalne vrste) ne more izstopiti iz zavarovanja, tako kot bi lahko odstopila od pogodbe, ki bi jo v civilnopravnem razmerju sklenil s prirejeno stranko.<sup>54</sup>

Njegova svoboda izbire je v OZZ močno omejena.<sup>55</sup> Odloča se lahko zgolj med uveljavljanjem pravic v okviru javne zdravstvene mreže ali, takrat ji ekonomsko-socialni položaj to dopušča, izven mreže pri zasebniku doma ali v tujini.<sup>56</sup> Zavod za zdravstveno zavarovanje Slovenije, predvsem pa država z doplačili, bi morala po plačilu prispevka, ki ga ta vzpostavlja kot obveznega in z njim omejuje

<sup>51</sup> Glej: Strban, 2015, str. 1257.

<sup>52</sup> 4. točka obrazložitve v Odločbi Ustavnega sodišča št. Up-770/06 z dne 27. 5. 2009. Dvojna narava pokojnine, tj. pokojnina kot ekonomska kategorija, ki vsebuje elemente solidarnosti, izhaja iz Odločbe Ustavnega sodišča št. Up-360/05 z dne 2. 10. 2008 (glej 6. točko obrazložitve).

<sup>53</sup> 8. točka obrazložitve v Odločbi Ustavnega sodišča št. Up-156/98 z dne 11. 2. 1999.

<sup>54</sup> Osebnega zdravnika seveda lahko zamenja ali sicer sproži ustrezen zakonsko ali institucionalno predpisan postopek, pri čemer pa oseba še zmeraj ostaja obvezno zavarovana.

<sup>55</sup> Enako glede sistema nacionalnega zdravstvenega varstva ugotavlja Shapiro. Glej: Shapiro, str. 37.

<sup>56</sup> Srednjo pot bi lahko predstavljalo delno povračilo opravljenih storitev pri (povsem) zasebnih izvajalcih doma, katerih izbira bi bila prepuščena svobodni izbiri posameznika, pri čemer bi takšna ureditev krhala egalitarne in v načelu solidarnosti postavljene temelje OZZ, a vendarle sanirala položaj, v katerem lahko praviloma premožnejši posamezniki storitve uveljavljajo pri zasebnikih v tujini in nato zahtevajo povračilo od domačega nosilca.

ekonomsko svobodo, jamčiti za ustrezno visoko raven vsake opravljene storitve, tako da bi posamezniki na trgu zasebnih zdravstvenih zavarovanj in storitev prejeli le storitve, ki bi bile nadstandardne tudi v razmerju do sicer že dovolj kakovostnih in v doglednem roku zagotovljenih storitev v okviru OZZ.

Lastninsko varstvo socialnih pravic jasno izhaja tudi iz odločb Evropskega sodišča za človekove pravice. Razvoj sodne prakse pregledno prikazuje zadeva *Azinas proti Cipru*,<sup>57</sup> v kateri je sodišče ugotovilo, da pravica do pokojnine kot takšna sicer ni varovana s Konvencijo, vendar pa je lahko takrat, ko ta temelji na delovnem razmerju, povezana z lastninsko pravico (angl. *property right*), tj. lahko uživa lastninsko varstvo. Pri tem se je sodišče sklicevalo na razlogovanje iz zadeve *Gaygusuz proti Avstriji*,<sup>58</sup> v kateri je ugotovilo, da v primeru, ko je socialna dajatev povezana s plačilom prispevkov in so ti bili plačani, izplačila dajatve ni moč zavrniti. Razlogovanju iz primera *Azinas* je sodišče sledilo tudi v zadevah *Buche* in *Koua Poirrez*.<sup>59</sup> Povezava prispevkov s členom 1 Protokola sicer izhaja tudi iz zadeve *Van Raalte proti Nizozemski*, iz leta 1997, katere jedro predstavlja neenaka obravnava moških in žensk glede plačila prispevkov za starševsko varstvo.<sup>60</sup> V zadevi je sodišče ugotovilo kršitev člena 14 Konvencije v povezavi s členom 1 Protokola, saj drugače kot moškim, ženskam starejšim od 45 leta v primeru samskega življenja brez otrok ni bilo treba plačevati prispevkov za starševsko varstvo. Bremenitev naj bi zanje sicer predstavljala nepošteno čustveno breme.<sup>61</sup> Primer, v katerem je bila opravljena sinteza člena 14 Konvencije in člena 1 Protokola, predstavlja zadeva *Michael Matthews proti Združenemu Kraljestvu*,<sup>62</sup> v kateri je pritožnik prav tako zatrjeval diskriminacijo na podlagi spola. Brezplačne vozovnice za javni avtobusni prevoz so moškim bile na voljo po 65, ženskam pa po 60 letu starosti, pri čemer je pritožnik dopolnil 64 leto starosti. Kršitev člena 14 v povezavi s členom 1, je pritožnik zatrjeval tudi v zadevi *Willis proti Združenemu Kraljestvu*,<sup>63</sup> saj kot vdovec ni bil upravičen do dajatev, do katerih bi ob enakem dejanskem stanju bila upravičena vdova.

---

<sup>57</sup> *Azinas proti Cipru*, Št. 56679/00 z dne 20. 06. 2002, glej 32. točko.

<sup>58</sup> *Gaygusuz proti Avstriji*, Št. 17371/90 z dne 16. 09. 1996, glej 39. točko.

<sup>59</sup> Gómez Heredero, str. 26.

<sup>60</sup> Glej: Koch, str. 205-206.

<sup>61</sup> Prav tam.

<sup>62</sup> Gómez Heredero, str. 32.

<sup>63</sup> Prav tam, str. 33.

Primere preveva tako odsev liberalizma – izenačevanje zavarovancev ne glede na osebne okoliščine – kot tudi odsev libertarizma, ki v jedro varstva postavlja pojem lastnine in skozi posameznike moralno izenačuje. Pri tem se iskanje odsevov libertarizma v katerikoli pravni ureditvi pogosto zdi neprepričljivo, saj se teorija pogosto zdi dogmatična in povsem neživljenjska. Vendarle pa kaže v razpravi slediti razlogovanju med liberalizmom, kot teorijo, ki umerjeno izhaja iz varstva osebne in ekonomske svobode ter tako tudi varstva lastnine, a dopušča posege, ki so glede na soglasno prepoznani javni interes ali npr. v luči varstva načela enakosti in temeljnih socialnih pravic posameznika, ocenjeni kot legitimni. Libertarizem je v posameznikovo svobodo usmerjen radikalno, slednjo pa utemeljuje zgolj skozi lastninskopravno varstvo. Pri tem stežka ocenim, ali iskanje libertarnega odseva ni iluzorno. Gotovo pa drži, da bi obe teoriji lahko združil v poglavju, v katerem bi iskal odseve *liberalne misli*. S tem bi izbral umerjeno pot, a pri tem spregledal razlike med dvema živopisnima teorijama, ki obe atomistično izhajata iz individuuma, a njegov položaj v skupnosti vendarle obravnavata drugače, kar se odraža tudi na razmerju med in v sami naravi pravic in obveznosti.

#### 4. ODSEV KOMUNITARIZMA

Če sta liberalizem in libertarizem utemeljena v ideji svobodnega ali avtonomnega posameznika ter v njegovih temeljnih pravicah in svoboščinah, komunitarizem tega neločljivo povezuje s skupnostjo, v kateri so obveznosti lahko pomembnejše od pravic. Komunitarna država je perfekcionistična, saj načine življenja jasno vrednoti<sup>64</sup> glede na *skupno dobro* oziroma glede na njene vrednote. Odnos med liberalizmom in komunitarizmom uteleša boj med “neobremenjenim” ali “neodvisnim” posameznikom (angl. *unencumbered self*), ki je kot *jaz* postavljen pred lastne ambicije, želje in pripadnost skupnosti, ki bi temeljila na vnaprej danih vezeh, ki bi prehitale njegovo možnost svobodne izbire,<sup>65</sup> ter pripadnostjo prav takšni skupnosti. Drugače, človek je apriorno odvisen od vrednot in običajev skupnosti, v kateri živi, in glede katere ga veže moralna dolžnost prispevanja. Pri tem lahko teorijo, tako kot liberalizem, delimo na podvrste, pri čemer bom sam v

---

<sup>64</sup> Kymlicka, str. 220.

<sup>65</sup> Sandel, str. 87.



nadaljevanju iskal odseve t.i. akademskega,<sup>66</sup> ter neoliberalnega komunitarizma in socialnim zavarovanjem v razpravi pridružil sistem socialnega varstva ter se osredotočil predvsem na področno ureditev v pravu EU. Odseva komunitarizma, to sta *skupnostna pripadnost* in *solidarnost*, bom ob vsebinski prepletenosti obravnaval skupaj.

Kot ugotavlja Walzer, ideja razdeljevalne pravičnosti predpostavlja povezan svet, tj. skupino ljudi, ki so zavezani k – v prvi vrsti medsebojni – razdelitvi, izmenjavi in skupnemu uživanju socialnih dobrin. Avtor ima v mislih mesta in države, ki imajo zmožnost, da oblikujejo pravične ali nepravične vzorce delitve in izmenjave, pri čemer je ključen način vzpostavitve skupnosti ter pomen članstva pri dostopu do socialnih dobrin.<sup>67</sup> Podobno stori Miller, ki se sprašuje, kako lahko pojem skupnosti obstaja znotraj okvirov moderne ekonomsko razvite družbe,<sup>68</sup> ter ugotavlja, da enakost posameznikov izhaja iz njihovega statusa državljana, ki moralno utemeljuje razdelitev socialnih dobrin na podlagi potreb in predstavlja praktično orodje za razdelitev na ravni celotne družbe.<sup>69</sup> Bistvo državljanstva Miller vidi v medsebojnem podpiranju pravic – negativne in socialne pravice državljanu ponujajo varno zaledje, s katerega lahko vstopa v politično življenje. Občutek skupnostne pripadnosti, ki izhaja iz izvajanja političnih pravic in nacionalne pripadnosti, utemeljuje obveznost državljanov prispevati k blagostanju so-državljanov.<sup>70</sup> Združitev ideje nacionalne pripadnosti in države skupnostim omogoča razviti lastno idejo narodnosti in doumeti idejo razdeljevalne pravičnosti. Slednja se, jasno, nahaja v jedru sistema socialnih zavarovanj in socialnega varstva. Po Millerjevem prepričanju lahko le politično organizirana

---

<sup>66</sup> Njegovi predstavniki se sicer znajdejo v štirih izhodiščnih pozicijah. Prvi menijo, da skupnost nadomesti potrebo po obstoju načel pravičnosti. Drugi menijo, da skupnost od posameznikov terja, da ti spremenijo pogled na pojem pravičnosti. Izmed druge skupine nekateri trdijo, da skupnost predstavlja vir načel pravičnosti, nekateri pa, da bi skupnost morala imeti večjo vlogo pri ustvarjanju njihove vsebine. To pomeni, da bi – po prepričanju prvih – pravičnost morala biti utemeljena v razumevanju pravičnosti s strani skupnosti in ne v univerzalnih dejstvih liberalizma. Po prepričanju drugih naj bi skupno dobro v večji meri oblikovalo pojem pravičnosti, pri čemer bi individualne pravice izgubile na pomenu. Glej: Kymlicka, str. 210. Distinkcija med položaji je za to razpravo prepodrobna. V svojem jedru akademski komunitarizem kot njegova moderna različica predstavlja nasprotje prekomernega individualizma, ki poudarja individualne pravice in posameznika oddaljuje od skupnosti. Predstavlja odgovor na atomizem moderne zahodne družbe.

<sup>67</sup> Walzer, str. 31.

<sup>68</sup> Miller, 1989, str. 228.

<sup>69</sup> Prav tam, str. 251.

<sup>70</sup> Prav tam, str. 246.

skupnost kroji svojo lastno prihodnost in sredstva med člane skupnosti razdeljuje glede na potrebe.<sup>71</sup> Ob tem pa se v jedru komunitarne misli ne nahaja le pojem državljanstva ali pripadnosti politični skupnosti,<sup>72</sup> temveč tudi članstvo v drugih, npr. lokalnih ali že omenjenih družinskih skupnostih,<sup>73</sup> delovnemu kolektivu itd. Opredelilni element komunitarizma torej predstavlja razumevanje posameznika in njegovega pravnega položaja skozi skupnost, kateri pripada.

Njegov pravni položaj, tj. predvsem status zavarovanca ali zavarovane osebe ter upravičenca v sistemu socialnega varstva, je praviloma odvisen od posameznikovega državljanstva, prebivališča, ekonomske aktivnosti ali posebnega statusa (npr. begunca, družinskega člana). V nadaljevanju se bom osredotočil na pravni status državljana,<sup>74</sup> ki ključno sooblikuje razumevanje *solidarnosti*, s pomočjo katere pogosto odgovarjamo na vprašanje, zakaj smo pripravljene lastne interese postaviti za interese drugih ter za interese skupnosti.<sup>75</sup> Natančneje: (i) zakaj pristanemo na solidarni način financiranja in uveljavljanja pravic v socialnem zavarovanju, če je to glede na naš trenutni, lahko pa tudi

---

<sup>71</sup> Prav tam, str. 240.

<sup>72</sup> Marshall državljanstvo opredeljuje kot status, ki pripada tistim, ki so polnopravni člani skupnosti. Vsi, ki imajo status državljana, so si enaki v pravicah in obveznostih. Glej: Marshall, str. 28-29.

<sup>73</sup> Puntscher Reikman na primeru avstrijskega zavarovanja za dolgotrajno oskrbo ugotavlja, da to ni bilo vzpostavljeno kot obveznost države, temveč z namenom ohraniti družino kot skupnost, ki skrbi za obnemogle člane družbe. Glej: Ter Meulen v: Ter Meulen, Arts in Muffels, str. 286. Ureditev, ki se obrača nazaj k družini kot skupnosti, ki naj poskrbi za socialno varnost svojih članov, kot že zapisano v neenak položaj postavlja samske osebe, lahko pa tudi družine same. Pri tem lahko ukrep decentralizacije socialne varnosti, tj. njen odmik od države, s sklicevanjem na njeno individualizacijo oziroma učinkovitejše in uporabniku približano zagotavljanje storitev razbremenjuje državo oziroma nosilca ter obremenjuje družinske člane. Glej tudi: Bawin-Legros in Stassen, str. 243 in nasl.

<sup>74</sup> Mantovalou ugotavlja, da državljanstvo predstavlja most med liberalizmom, ki se osredotoča na vrednost posameznika, in komunitarizmom, ki se osredotoča na pomen skupnosti, ter predstavlja vez med individualnimi pravicami in skupnostno pripadnostjo. Glej: Mantovalou, v: Gearty, Mantovalou, str. 105. Avtorica nadaljuje: »Državljanstvo vsebuje socialni element, ki nima zveze z dobrotelostjo in stigmatom, ki ustvarja razlikovanje med državljani in revnimi tujci [izvr. *outsiders*]. Osnovna raven materialnih pogojev je stvar pravic, in država mora takšno raven na enak način zagotoviti vsem. Državljanstvo je – prav tako kot so to državljanske in politične pravice – ključnega pomena za članstvo v skupnosti, brez katerega je posameznik izključen in izoliran. Prvič, ideja državljanstva nakazuje, da je za potrebe stabilnosti potrebno vse člane skupnosti obravnavati enako in, drugič, da so socialne pravice ključen element članstva. Državljanstvo našo razpravo [op. a. razpravo o socialnih pravicah] bogati s svojo osredotočenostjo na članstvo v skupnosti ob sočasnem upoštevanju pomena posameznikove individualnosti skozi priznanje njegovih [op. a. individualnih] pravic.« Prav tam, str. 106.

<sup>75</sup> Ter Meulen, Arts in Muffels, v: Ter Meulen, Arts in Muffels, str. xv.

v prihodnje objektivno pričakovan položaj na daljici vertikalne in horizontalne solidarnosti, iracionalno; (ii) zakaj pri svojem ravnanju upoštevamo druge ter ravnanje prilagodimo, da se izognemo negativnim posledicam, ki bi jih to lahko imelo za druge, npr. člane zavarovalne skupnosti (izbira zdravega, povprečno tveganega načina življenja itd.); (iii) zakaj pomagamo drugim.<sup>76</sup>

Kot ugotavlja Ter Meulen, solidarnost predstavlja raven družbene kohezije znotraj skupine ali skupnosti posameznikov, ki so iz različnih vzgibov pripravljeni služiti in spodbujati skupne interese skupine ali skupnosti.<sup>77</sup> Solidarnost terjaja identifikacijo med posamezniki, ki so solidarni drug z drugim. Tako solidarnost zmeraj spremlja temna plat, ki lahko posameznike celo vodi do nastrojenosti zoper tiste, ki niso člani določene skupnosti, ki npr. temelji na rasni, jezikovni ali verski pripadnosti.<sup>78</sup> Komunitarno razumevanje solidarnosti, ki naslavlja tudi vprašanje (ne)univerzalnosti človekovih pravic in temeljnih svoboščin, od uživanja socialnih pravic praviloma izloča ali v manj ugoden položaj postavlja posameznike, ki skupnosti ne pripadajo, ali v skladu s t.i. *neoliberalnim komunitarizmom*, ki od posameznika terjaja zasluženo državljanstvo,<sup>79</sup> in predstavlja zmes tržnega delovanja, individualne odgovornosti ter aktivne skupnostne pripadnosti,<sup>80</sup> niso – predvsem – ekonomsko aktivni in k skupnemu dobremu ne prispevajo. Prav takšen je odsev komunitarizma v pravni ureditvi socialnih zavarovanj in socialnega varstva na ravni prava EU ter sodne prakse Sodišča EU, ki v strahu pred t.i. socialnim turizmom, povečanimi izdatki za socialne transferje ter ob strogem upoštevanju kulturnih in vrednostnih razlik med državami članicami (v nadaljevanju: DČ) onemogoča vzpostavitev evropskega socialnega modela ali nadvladane socialne države. Slednja bi v svoji čisti formi seveda bila mogoča le ob vzpostavitvi davčne unije oziroma unifikaciji in ne zgolj koordinaciji sistemov socialne varnosti, tj. ob popolni spremembi ureditve, ki je verjetno ne bomo dočakali.

---

<sup>76</sup> Na nekatera vprašanja sem že odgovoril s sklicevanjem na avtonomnega in racionalnega posameznika, ki nastopa izza tančice nevednosti. Na tem mestu k vprašanju pristopam z drugega zornega kota.

<sup>77</sup> Ter Meulen, str. 518.

<sup>78</sup> Nagel, str. 119.

<sup>79</sup> Van Houdt, Suvarierol in Schinkel, str. 410 in str. 423-425.

<sup>80</sup> Van Houdt in Schinkel, str. 294-295.

## 4.1. Socialne pravice in državljanstvo EU

Iz člena 18 Pogodbe o delovanju Evropske unije (v nadaljevanju: PDEU)<sup>81</sup> izhaja prepoved diskriminacije na podlagi državljanstva DČ. Člen 20 PDEU državljanstvu DČ dodaja institut državljanstva Unije (v nadaljevanju: državljanstvo EU), z Maastrichtsko pogodbo uvedenega leta 1992, ki med drugim omogoča pravico do prostega gibanja in prebivanja državljanov DČ na ozemlju drugih DČ, pri čemer se pravica do prebivanja z drugimi pravicami uresničuje v skladu z v Pogodbah določenimi omejitvami. Neposredno pravno podlago, ki državljanom EU omogoča prosto gibanje in prebivanje, predstavlja člen 21 PDEU.<sup>82</sup> Iz zadeve *Grzelczyk* izhaja, da je namen državljanstva EU, da to postane temeljni status državljanov DČ, ki jim ob izrecno navedenih izjemah omogoča, da so v enakih položajih – glede na državljanke DČ gostiteljice – obravnavani enako, ne glede na državljanstvo DČ.<sup>83</sup> Kljub temu pa pravo EU ureja tri položaje vezane na pravico do prebivanja. Prvi je položaj osebe, ki v drugi DČ prebiva v obdobju do treh mesecev. Drugi je položaj osebe, ki v drugi DČ prebiva v obdobju daljšem od treh mesecev. Tretji je položaj osebe, ki v drugi DČ ob izpolnjevanju pogojev (ki veljajo za prebivanje daljše od treh mesecev) biva več kot pet let. V tem primeru pridobi oseba pravico do stalnega prebivanja in je, tudi kar se vprašanj socialne varnosti, izenačena z državljanom DČ. Iz člena 6 Direktive 2004/38/ES izhaja, da imajo državljani EU pravico prebivati na ozemlju druge DČ v obdobju do treh mesecev brez izpolnjevanja posebnih pogojev, razen zahteve, da imajo veljavno osebno izkaznico ali potni list. Odsotnost posebnih pogojev za prebivanje na strani državljanke EU pa državi gostiteljici dopušča odstop od načela enakega obravnavanja<sup>84</sup> oziroma te ne zavezuje k izplačevanju dajatev iz sistema socialnega varstva oziroma posebnih neprispesnih denarnih dajatev, ki imajo naravo socialne pomoči, ekonomsko neaktivnim državljanom v obdobju treh mesecev.<sup>85</sup> Ekonomsko aktivni državljani EU so ob izpolnjevanju pogojev, ki veljajo za državljanke države gostiteljice, upravičeni do izplačila, oziroma so

---

<sup>81</sup> Pogodba o delovanju Evropske unije, Ur. l. EU, št. C 326/49 z dne 26. 10. 2012.

<sup>82</sup> Svoboda gibanja za ekonomsko aktivne osebe izhaja iz posebnih določb 45. in 49. člena PDEU. Podlago za koordinacijo sistemov socialne varnosti predstavlja 48. člen PDEU. Za odnos med 21. in 48., tudi 20. členom PDEU glej: Schoukens in Pieters, str. 138-140.

<sup>83</sup> Sodba v zadevi *Grzelczyk*, Zadeva C-184/99 z dne 20. 9. 2001, glej točko 31. odločbe.

<sup>84</sup> Drugi odstavek člena 24 Direktive Evropskega parlamenta in Sveta 2004/38/ES z dne 29. 4. 2004 o pravici državljanov Unije in njihovih družinskih članov do prostega gibanja in prebivanja na ozemlju držav članic.

<sup>85</sup> Sodba v zadevi *García-Nieto*, Zadeva C-299/14 z dne 25. 2. 2016. Glej: Lanceiro, str. 72-73.

s slednjimi postavljeni v enak položaj. Iz prvega odstavka člena 7 Direktive izhaja, da imajo vsi državljani EU pravico prebivati na ozemlju druge DČ v obdobju, daljšem od treh mesecev, če so delavci ali samozaposlene osebe (tj. ekonomsko aktivne osebe, katerim se pridružuje tudi aktivni iskalec zaposlitve) v DČ gostiteljici ali imajo dovolj sredstev zase in za svoje družinske člane, da med njihovim prebivanjem ne bodo postali breme sistema socialnega varstva<sup>86</sup> v državi gostiteljici in če imajo celovito zavarovalno kritje, tj. ustrezno zdravstveno zavarovanje, za primer bolezni v državi gostiteljici. Posebna določba člena 7, ki prav tako vključuje pogoj ustreznega zdravstvenega zavarovanja in sredstev potrebnih za to, da posameznik in njegovi družinski člani med prebivanjem ne postanejo breme sistema socialnega varstva v DČ, velja za študente in posameznike, ki se poklicno usposabljaajo. Pravico do prebivanja imajo tudi spremljajoči oziroma pridruženi družinski člani posameznika, ki izpolnjuje zgoraj navedene pogoje.<sup>87</sup> Pogoj ustrezne višine sredstev in zdravstvenega zavarovanja tako ne velja za delavce in samozaposlene, pa tudi delovno neaktivne posameznike, ki izpolnjujejo pogoje iz tretjega odstavka člena 7: (i) začasna nezmožnost za delo zaradi bolezni ali poškodbe, (ii) status t.i. neprostovoljno brezposelne osebe, potem ko je posameznik bil zaposlen več kot eno leto in je prijavljen kot iskalec zaposlitve, (iii) status neprostovoljno brezposelne osebe, potem ko se je posamezniku iztekla pogodba o zaposlitvi za določen čas, krajši od enega leta, ali potem, ko je postal neprostovoljno brezposeln v prvih dvanajstih mesecih kot iskalec zaposlitve. Tak posameznik status delavca ohrani za dobo najmanj šestih mesecev, (iv) vključitev v poklicno usposabljanje, razen, ko ohranitev statusa delavca v zvezi z prejšnjo zaposlitvijo zahteva poklicno usposabljanje. Posebna ureditev velja za iskalce zaposlitve, ki v državo gostiteljico vstopijo z namenom iskanja zaposlitve. Dokler ti aktivno iščejo zaposlitev in ob realnem pričakovanju, da bodo pri tem uspešni, zanje ne velja pogoj ustrezne višine sredstev in ustreznega zavarovanja.<sup>88</sup>

Pravica državljana EU in njegovih družinskih članov do prebivanja v drugi DČ je torej odvisna od njihovega socialnega položaja oziroma ekonomske aktivnosti: če posameznik ni delavec ali samozaposlena oseba – pravila, ki veljajo za iskalca zaposlitve, puščam ob robu – mora ta izkazati, da razpolaga

---

<sup>86</sup> Slovenski prevod direktive uporablja izraz *sistem socialnih pomoči*, pri čemer angl. izvirnik uporablja izraz *social assistance*.

<sup>87</sup> Člen 7 Direktive 2004/38(ES).

<sup>88</sup> Mantu in Minderhoud, str. 11.

s sredstvi, ki zadostujejo za to, da posameznik in njegova družina ne postanejo breme sistema socialnega varstva DČ, pa četudi se ti lahko nahajajo v enakem položaju kot njeni državljani. V nasprotnem primeru lahko pristojni organi ugotovijo, da oseba (več) ne izpolnjuje pogojev za zakonito prebivanje na območju DČ.<sup>89</sup> Določbe prava EU oziroma razlaga Sodišča EU, ki predstavlja odstop od načela enakega obravnavanja oziroma prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva, bi naj preprečevala že omenjeni socialni turizem.<sup>90</sup> Položaj ekonomsko aktivnega posameznika je jasno drugačen zato, ker ta v državi gostiteljici plačuje prispevke in davke, v katerih je utemeljena njegova pravica in pravica družinskih članov do uveljavljanja storitev in dajatev iz socialnih zavarovanj ter sistema socialnega varstva.<sup>91</sup> Z zornega kota svobode gibanja je sistem tako grajen v podobi solidarnosti med posamezniki, ki pripadajo ožji državni skupnosti, tj. solidarnosti med državljani DČ, oziroma solidarnosti med delovno aktivnimi državljani, pri čemer so njihove *potrebe* upravičene z njihovimi *zaslugami* oziroma prispevnim razmerjem, ki v modelu hranitelja družine učinkuje tudi v razmerju do družinskih članov.<sup>92</sup> Neaktivni državljani drugih DČ, njihovi družinski člani in tujci so iz sistema, če iz njihovega posebnega statusa (npr. begunca) ne izhaja posebno varstvo socialnih pravic, izključeni.

---

<sup>89</sup> Glej razvoj sodne prakse od potrebe po individualni presoji položaja vsakega posameznika in ugotovitvi, ali je verjetno, da bo posameznik postal breme sistema socialnega varstva (Sodba v zadevi *Brey*, Zadeva C-140/12 z dne 19. 9. 2013) do strožjega upoštevanja neobstoja zadostnih sredstev oz. vzpostavitve predpostavke, da uveljavljanje socialne pomoči avtomatično pomeni tudi neobstoje zadostnih sredstev (Sodba v zadevi *Dano*, Zadeva C-333/13, z dne 11. 11. 2014). Razlogovanje iz zadeve *Dano* je sodišče potrdilo v zadevi *Alimanovic*, Zadeva C-67/14 z dne 15. 9. 2015. Za kritično analizo učinkov odločbe v zadevi *Brey* glej: Verschueren, 2014, str. 147 in nasl. Za razpravo o učinkih odločbe v zadevi *Dano* glej: Verschueren, 2015, str. 363 in nasl.

<sup>90</sup> Preprečila naj bi ga odločitev v zadevi *Dano*, Prav tam, str. 370-377.

<sup>91</sup> Pri tem nisem upošteval razlike med sistemom socialnih zavarovanj in sistemom nacionalne univerzalne socialne varnosti ter med prispevnim, davčnim in mešanim sistemom financiranja sistema socialne varnosti kot tudi sistema socialnega varstva.

<sup>92</sup> Mantu in Minderhoud zastavljata naslednje vprašanje: »Kakšna je vrsta solidarnosti, ki se jo vzpodbuja v EU, če je ta na voljo le tistim, ki je ne potrebujejo in le tedaj, ko je ne potrebujejo?«, v: Mantu in Minderhoud, str. 19. Podobno tudi Esping-Andersen o v Evropi prevladujočem modelu socialnih zavarovanj: »Model socialnega zavarovanja ni ustrezen za soočenje z novo strukturo rizikov, saj skoraj kot po pravilu ščiti le tiste, ki že uživajo socialno zaščito, tj. redno zaposlenega, in izključujejo tiste, ki so se znašli na robu. Pogloblja razkorak med člani in nečlani [izvorno *insiders and outsiders*].«, v: Esping-Andersen, str. 32.

EU – jasno, iz vzdržnosti javnih financ posameznih držav članic<sup>93</sup> – ob odsotnosti koordinacije socialnih pomoči oziroma posebnih denarnih dajatev, ki imajo naravo socialnih pomoči,<sup>94</sup> učinkovito uživanje oziroma uveljavljanje pravice do svobode gibanja v obdobju od treh mesecev naprej omogoča le ekonomsko aktivnim, upokojemcem, ki so pridobili pravico do starostne pokojnine, in aktivnim iskalcem zaposlitve. Pri tem je trenje med institutom nacionalnega državljanstva in državljanstva EU največje praviloma tedaj, ko iz njega izhajajo dodatne finančne obveznosti držav članic.<sup>95</sup> Kot ugotavlja Verschueren, se zdi, da so pogoji, ki so za pridobitev pravice do prebivanja v državi gostiteljici oziroma pravice do prejemanja socialnih dajatev, vzpostavljeni tako na strani ekonomsko aktivnih, tj. posameznikov, ki so prispevno obremenjeni, kot tudi ekonomsko neaktivnih državljanov EU, ne temeljijo na iskreni solidarnosti.<sup>96</sup> Ugotovitev je očitna, saj je solidarnost pridržana članom določene ožje skupnosti, tj. državljanom DČ ter integriranim posameznikom, ki so praviloma (bili) ekonomsko aktivni. Manj očiten pa je odgovor na vprašanje, ali je sploh ureditev koordinacije sistemov socialne varnosti, ki omogoča svobodo gibanja ekonomsko aktivnih oseb in njihovih družinskih članov, utemeljena v solidarnosti med delovno aktivnimi, neodvisno od državljanstva DČ, ali solidarnosti med DČ. Zdi se, da odgovor predstavlja v razmerju recipročnosti med DČ utemeljena ureditev ekonomsko aktivnim osebam dopušča vključitev v zavarovalno skupnost in prebivanje na ozemlju gostiteljice. Ker pa pravo EU razmerja recipročnosti med DČ ne vzpostavlja glede ureditve sistema socialnega varstva ter položaja ekonomsko neaktivnih oseb, ki niso npr. izpolnile pogojev za pridobitev pravice do starostne pokojnine, so te osebe prikrajšane za pravico do prebivanja (daljšega od treh mesecev) in učinkovito uživanje socialnih pravic.

Dvojna merila EU tako pritrjujejo komunitarnem pogojevanju meja solidarnosti z mejami skupnosti, znotraj katere med posamezniki (še) vlada zavest o skupnosti pripadnosti oziroma vzpostavitvi meja – v sozvočju s t.i. neoliberalnim komunitarizmom – glede na ekonomsko oziroma prispevno ali davčno povezavo

---

<sup>93</sup> Glej 10., 16., in 21. točko Preambule Direktive 2004/38ES in 4. odstavek člena 153 PDEU, ki EU onemogoča v pristojnosti določati temeljna načela sistemov socialne varnosti DČ ali v ukrepih, ki bi bistveno poslabšali finančno uravnoteženost teh sistemov. Glej tudi: Hyltén-Cavallius, str. 86-87.

<sup>94</sup> Glej člen 3 Uredbe (ES) št. 883/2004 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 29. aprila 2004 o koordinaciji sistemov socialne varnosti.

<sup>95</sup> Rogers, Scannell in Walsh, str. 62.

<sup>96</sup> Verschueren, 2015, str. 33.

med posameznikom in skupnostjo.<sup>97</sup> V tem smislu je solidarnost lahko pogojena lokalno (razmerje med občinami),<sup>98</sup> regionalno (razmerje med pokrajinami ali regijami, npr. razmerje med Flandrijo in Valonijo), (kon)federalno (razmerje med zveznimi državami ali članicami konfederacije, npr. razmerje med Škotsko in Veliko Britanijo), ter nacionalno (razmerje med posameznimi državami, npr. pravkar opisano razmerje med DČ ali razmerje med DČ in tujimi državami). Takšna razmerja pa jasno vplivajo na temeljna vprašanja pravne ureditve socialne varnosti, tj. opredelitve kroga zavarovancev, zavarovanih oseb in upravičencev oziroma pogojev, pod katerimi so ti lahko nosilci pravic in obveznosti v sistemu socialnih zavarovanj in socialnega varstva. Vprašanje, ki je seveda neločljivo povezano z vprašanjem kulturnih in zgodovinskih dejstev ter predvsem z ekonomsko vzdržnostjo sistema. Pravzaprav do te mere, da ta določa meje solidarnosti.<sup>99</sup>

---

<sup>97</sup> Glej npr. 24. točko Preambule Direktive 2004/38: »Zatorej, čim večja je stopnja vključenosti državljanov Unije in njihovih družinskih članov v državo članico gostiteljico, tem večja bi morala biti stopnja varstva pred izgonom.« Glej tudi 57. točko odločbe v primeru *Bidar*, zadeva C-209/03 z dne 15. 3. 2015: »V primeru pomoči za kritje stroškov študentov za vzdrževanje je tako upravičeno, da država članica tako pomoč dodeli le tistim študentom, ki so izkazali določeno stopnjo vključitve v družbo te države.« Glej tudi 139. točko Sklepnih predlogov Generalnega pravobranilca Melchiorja Watheleta z dne 20. 5. 2014 v primeru *Dano*, zadeva C-333/13 z dne 11. 11. 2014, ki zahteva obstoj *dejanske povezave* (angl. *genuine link*) med državljani drugih držav članic in državo gostiteljico za upravičenost do prejemanja posebne denarne dajatve, za katero se ne plačujejo prispevki.

<sup>98</sup> Vprašanje neenakega položaja oseb (dostop do občinskih socialnih pomoči in ugodnosti, npr. stanovanjskih subvencij za mlade) glede na prebivališče puščam ob robu.

<sup>99</sup> Kot ugotavlja Lenaerts: »V finančnem smislu morajo javne oblasti zadeti z razmerjem med tistimi, ki prispevajo k delovanju socialne države in tistimi, ki koristijo njene dajatve. Če slednji številčno močno prevladajo nad prvimi, se nacionalni sistem poruši. Kot kriterij, ki omejuje osebni domet socialne solidarnosti, kriterij članstva zagotavlja finančno vzdržnost nacionalnega sistema.« Lenaerts, str. 398. Zgodovinski primer popolne soodvisnosti meja solidarnosti od finančne vzdržnosti sistema srečamo v belgijski ureditvi zdravstvenega zavarovanja iz konca 19. stol., kjer so prostovoljna zavarovalna združenja (angl. *mutualities*) izključevala posameznike in poklicne skupine (npr. pristaniške delavce), ki so predstavljali visoka zavarovalna tveganja (tudi ženske in otroke), ali pa so ti morali plačevati višje premije (npr. starejši). Finančne meje tedanjega približka modernega zdravstvenega zavarovanja so tako določale mejo solidarnosti z najšibkejšimi člani zavarovalne skupnosti. Glej: Companje, str. 90-91.



## 5. SKLEP

Odsevi treh politično-filozofskih teorij v pravo socialne varnosti seveda niso presenetljivi, saj pravo mimo teorij, ki priznavajo in preučujejo zgolj njegovo normativno strukturo, ne nazadnje varuje vrednote posamezne zdaj ožje zdaj širše opredeljene skupnosti. Tako bi v ureditvi sistema socialne varnosti in varstva tako v domači ureditvi kot tudi na ravni EU lahko prepoznali tudi odseve drugih teorij, v jedro katerih so postavljeni različni temeljni pojmi, odseve izbranih teorij pa bi prepoznali tudi v drugih pravnih panogah. Ob preučevanju odsevov *svobode, enakosti, lastninske pravice, skupnostne pripadnosti* ter z njo pogojenih meja *solidarnosti*, sem skušal ohraniti deskriptivni pristop, pa četudi mi to na več mestih, predvsem pa glede domače ureditve socialnih zavarovanj, ni uspelo. Klic po enakopravni obravnavi vseh medsebojno primerljivih oseb in položajev je bil prevelik. Menim, da bi nadaljnji razvoj ureditve moral upoštevati položaj posameznika neodvisno od njegovih osebnih okoliščin, načina pridobivanja dohodka in (ne)obstoječih družinskih vezi. Seveda ne na rovaš zniževanja pravic oziroma ravni socialne varnosti, temveč ob upoštevanju drugih ali drugačnem upoštevanju obstoječih naveznih okoliščin, kar bi lahko ne nazadnje razširilo krog solidarnosti. Pri tem naj se zakonodajalec vzdrži nesorazmernih posegov v svobodo zavarovanca oziroma zavarovane osebe, a pri tem vselej spoštuje tudi zavezo normativne socialne države, ki izhaja iz 3. člena ustave, ter njen 50. člen, ki državo zavezuje k vzpostavitvi in izvajanju socialnih zavarovanj. Ta naj še naprej predstavljajo jedro socialne države, ki – kar se prava EU tiče – za zdaj nedvomno ostaja nacionalna socialna država.<sup>100</sup>

## LITERATURA

- Bawin-Legros, Bernadette in Stassen, Jean-Francois, Intergenerational Solidarity: Between the Family and the State, v: *Current Sociology* 50 (2002) 2, str. 243-262.
- Boaz, David, *LIBERTARIANISM: A PRIMER*, The Free Press, New York 1997.
- Bloom, Alan, Justice: John Rawls vs. The Tradition of Political Philosophy, v: *The American Political Science Review*, 69 (1975) 2, str. 648-662.
- Bubnov Škoberne Anjuta in Strban, Grega, *PRAVO SOCIALNE VARNOSTI*, GV Založba, Ljubljana 2010.
- Comanje, K. P. (et al.), *TWO CENTURIES OF SOLIDARITY: GERMAN, BELGIAN AND DUTCH SOCIAL HEALTH CARE INSURANCE 1NSURANCE 1770-2008*, Aksant, Amsterdam 2009.

---

<sup>100</sup> O vprašanju evropske socialne države glej npr. Zacher, str. 549 in nasl.

- Deigh, John, Liberalism and Freedom, v: Sterba, James P. (ur.) SOCIAL AND POLITICAL PHILOSOPHY: CONTEMPORARY PERSPECTIVES, Routledge, London 2001.
- Eichenhofer, Eberhard, THE LAW OF THE ACTIVATING WELFARE STATE, Nomos 2015.
- Esping-Andersen, Gøsta, Towards a Good Society, Once Again?, v: Esping-Andersen, Gøsta (ur.), WHY WE NEED A NEW WELFARE STATE, Oxford University Press, Oxford 2002.
- Freeman, Samuel, Introduction: John Rawls – An Overview, v: Freeman, Samuel (ur.), THE CAMBRIDGE COMPANION TO RAWLS, Cambridge University Press, Cambridge 2003.
- Gearty, Conor in Mantovalou, Virginia, DEBATING SOCIAL RIGHTS, Hart Publishing, Oxford 2011.
- Gómez Heredero, Ana, SOCIAL SECURITY AS A HUMAN RIGHT: THE PROTECTION AFFORDED BY THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS, Council of Europe Publishing, Strasbourg 2007.
- Houtepen, Rob in Ter Meulen, Ruud, Reconsidering solidarity by conceptual analysis, v: Ter Meulen, Ruud, Arts Will in Muffels, Ruud, SOLIDARITY IN HEALTH AND SOCIAL CARE IN EUROPE, Springer, Dodrecht 2001.
- Hyltén-Cavallius, Katarina, EU CITIZENSHIP AT THE EDGES OF FREEDOM OF MOVEMENT, Grafisk – Københavns Universtitet, København 2017.
- Kaufman, Arthur, UVOD V FILOZOFIJO PRAVA, GV Založba, Ljubljana 2013.
- Kelly, Paul J., LIBERALISM, Polity, Cambridge 2005.
- Kymlicka, Will, CONTEMPORARY POLITICAL PHILOSOPHY: AN INTRODUCTION, Oxford University Press, Oxford 2002.
- Koch, Ida E., HUMAN RIGHTS AS INDIVISIBLE RIGHTS: THE PROTECTION OF SOCIO-ECONOMIC DEMANDS UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS, Brill, Leiden 2009.
- Kresal, Barbara, v: Šturm, Lovro (ur.), KOMENTAR USTAVE REPUBLIKE SLOVENIJE, Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije, Ljubljana 2002.
- Lacey, A. R., ROBERT NOZICK, Acumen, Chesham 2001.
- Lancelo, Rui, *Dano* and *Alimanovic*: the recent evolution of CJEU case-law on EU citizenship and cross-border access to social benefits, v: UNIO – *EU Law Journal* 3 (2017) 1, str. 63-77.
- Langford, Malcolm, The justiciability of social rights: from practice to theory, v: Langford, Malcolm (ur.), SOCIAL RIGHTS JURISPRUDENCE: EMERGING TRENDS IN INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW, Cambridge University Press, Cambridge 2008.
- Leanerts, Koen, European Union Citizenship, National Welfare Systems and Social Solidarity, v: Jurisprudence 18 (2011) 2, str. 397-422.
- Locke, John, TWO TREATISES OF GOVERNMENT, Cambridge University Press, Cambridge 1992.
- Maffettone, Sebastiano, RAWLS: AN INTRODUCTION, Polity, Cambridge 2010.
- Mantu, Sandra in Minderhoud, Paul, Exploring the limits of social solidarity: welfare tourism and EU citizenship, v: UNIO – *EU Law Journal* 2 (2016) 2, str. 4-19.
- Marshall, T. H., CITIZENSHIP AND SOCIAL CLASS, Cambridge University Press, Cambridge 1950.
- Miller, David, MARKET, STATE AND COMMUNITY: THEORETICAL FOUNDATIONS OF MARKET

- SOCIALISM, Clarendon Press, Oxford 1989.
- Miller, David, SOCIAL JUSTICE, Clarendon Press, Oxford 1999.
  - Mišič, Luka, O libertarizmu in lastninskem pojmovanju človekovih pravic, v: Zbornik Znanstvenih Razprav (2016), str. 141-166.
  - Mišič, Luka, Meje zdravstvenega zavarovanja so meje mojega sveta: o svobodi ravnanja in izbire življenjskega sloga, v: Pravna praksa 36 (2017) 30-31, str. 11-13.
  - Nagel, Thomas, EQUALITY AND PARTIALITY, Oxford University Press, Oxford 1991.
  - Nozick, Robert, ANARCHY STATE AND UTOPIA, Blackwell, Oxford 1999.
  - Paden, Roger, Social Security, Insurance, and Justice, v: Public Affairs Quarterly 12 (1998) 2, str. 179-201.
  - Quiggin, John, Economic liberalism: fall, revival and resistance, v: Australian Public Policy Program Working Papers, Risk and Sustainable Management Group, University of Queensland, No WP3P05.
  - Rawls, John, A THEORY OF JUSTICE, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1971.
  - Rawls, John, POLITICAL LIBERALISM, Columbia University Press, New York 1993.
  - Rawls, John, JUSTICE AS FAIRNESS: A RESTATEMENT, Belknap, Cambridge, Mass., London, 2001.
  - Rawls, John, PRAVIČNOST KOT POŠTENOST. REFORMULACIJA, Ulčakar & JK, Ljubljana, 2011.
  - Rodgers, Nicola, Scannell, Rick in Walsh, John, FREE MOVEMENT OF PERSONS IN THE ENLARGED EUROPEAN UNION, Sweet & Maxwell, London 2012
  - Sandel, Michael, The Procedural Republic and the Uncumbered Self, v: Political Theory 12 (1984) 1, str. 81-96.
  - Schoukens, Paul in Pieters, Danny, v: Van Oorschot, Wim (et al.) (ur.), INVISIBLE SOCIAL SECURITY REVISITED, Lannoo Publishers, Tiel 2014.
  - Shapiro, Daniel, IS THE WELFARE STATE JUSTIFIED?, Cambridge University Press, Cambridge 2007.
  - Stendahl, Sara, To reside: To Live, Be Present, Belong, v: European Journal of Social Security 18 (2016) 2, str. 232-245.
  - Strban, Grega, Fleksibilnost v sistemih socialne varnosti, v: Delavci in delodajalci 6 (2006) 2-3, str. 331-354.
  - Strban, Grega, Spregledani vidiki pokojninske reforme, v: Delavci in delodajalci 13 (2013) 2-3, str. 277-299.
  - Strban, Grega, Pravica do socialne varnosti v (ustavno)sodnem odločanju, v: Pavčnik, Marijan in Novak, Aleš (ur.), (USTAVNO)SODNO ODLOČANJE, GV Založba, Ljubljana 2013.
  - Strban, Grega, Lastninsko varstvo socialnih pravic, v: Podjetje in delo 41 (2015) 6-7, str. 1251-1266.
  - Sunstein, Cass R., Against Positive Rights, v: East European Constitutional Review 2 (1993), str. 35-38.
  - Šinkovec, Janez, Pridobljene pravice, v: Pravnik 49 (1994) 1-3, str. 3-15.

- Ter Meulen, Ruud, Solidarity, justice and recognition of the other, v: *Theoretical Medicine and Bioethics* 37 (2016), str. 517-529.
- Van Houdt, Friso, Suvarierol, Semin in Schinkel, Willem, Neoliberal communitarian citizenship: Current trends towards 'earned citizenship' in the United Kingdom, France and the Netherlands, v: *International Sociology* 26 (2011) 3, str. 408-432.
- Van Houdt, Friso in Schinkel, Willem, A genealogy of neoliberal communitarianism, *Theoretical Criminology* 17 (2013) 4, str. 493-516.
- Verschueren, Herwig, Free Movement or Benefit Tourism: The Unreasonable Burden of Brey, v: *European Journal of Migration and Law*, 16 (2014) 2, str. 147-179.
- Verschueren, Herwig, Preventing »benefit tourism« in the EU: A narrow or broad interpretation of the possibilities offered by the ECJ in Dano, v: *Common Market Law Review* 52 (2015) 2, str. 363-390.
- Verschueren, Herwig, Free Movement of EU Citizens: Including for the Poor?, v: *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 22 (2015) 1, str. 10-34.
- Walzer, Michael, SPHERES OF JUSTICE: A DEFENSE OF PLURALISM AND EQUALITY, Basic Books, New York 1983.
- Zacher, Hans F., ABHANDLUNGEN ZUM SOZIALRECHT II, C.F. Müller, Heidelberg 2008

## Reflections of Political Philosophy in Social Security Law

Luka Mišič\*

### Summary

In the contribution, I explore the reflections of three theories of political philosophy in social security law I have selected specially for this undertaking, i.e. the theories of liberalism, libertarianism and communitarianism. Out of fear of reducing the theory to issues of mere economic efficiency, I have omitted the theory of utilitarianism. The first theory is mostly presented in the form of John Rawls's political liberalism and his contractual establishment of a newly formed society from behind the veil of ignorance in the original position. The second stems from John Locke's natural right to property and is thereby also associated with Robert Nozick's entitlement theory. The third theory comes in the form of the so called academic and neoliberal communitarianism and not some of the theories' more conservative manifestations, although I do portray the theory as being mostly conservative in contrast to the two theories belonging to the wider notion of the liberal thought. In the text, I merely look for the already mentioned reflections and do not claim that current domestic and European Union's regulation of social insurance and social assistance systems is actually grounded in a certain idea belonging to a certain theory. However, each one of the theories is permeated by values that can make an important contribution to the regulation and further development of both national and supranational social security, mainly by determining the relationship between rights and obligations of the insured individuals and beneficiaries in the social assistance system. Those are the values of liberty and equality, property, and community membership, that tends to determine the boundaries of solidarity.

---

\* Luka Mišič, Master of Law, Young Researcher and Assistant at the Faculty of Law, University of Ljubljana, Slovenia.  
luka.misic@pf.uni-lj.si

## Odprta vprašanja Zakona o osebni asistenci

Simona Zupančič, Grega Strban\*

UDK: 364:349

**Povzetek:** Februarja 2017 je bil sprejet dolgo pričakovani Zakon o osebni asistenci. Zakonska ureditev področja je osebno asistenco končno priznala kot pravico in ne velja več za privilegij redkih. V članku so analizirane prednosti in pomanjkljivosti, predvsem nekatere nedoslednosti in odprta vprašanja sprejetega zakona. Nejasnost se pojavi že pri samem poimenovanju zakona, kot tudi v njegovih posameznih določilih. Prispevek izpostavlja predvsem pogoja za pridobitev pravice, vlogo zakonitega zastopnika, prosto izbiro izvajalca in osebnega asistenta ter slabo finančno oceno posledic zakona.

**Ključne besede:** osebna asistenca, Zakon o osebni asistenci, invalid, zakoniti zastopnik

### **Open Questions Related to the New Personal Assistance Act**

**Abstract:** The long-awaited Personal Assistance Act which regulates the right to personal assistance was passed in February 2017. In the present article advantages and disadvantages, especially certain inconsistencies and open issues of the new legislative act are analysed. Ambiguity arises in the very name of the Act, as well as in its individual provisions. The article highlights, in particular, two conditions for the entitlement to the right, the role of a legal representative, a free choice of personal assistance service and personal assistant, and a poor financial assessment of the consequences of the law.

**Key Words:** personal assistance, Personal Assistance Act, disabled, legal representative

\* Simona Zupančič, magistra prava / Master of Law  
Grega Strban, doktor pravnih znanosti, profesor in prodekan na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani  
grega.strban@pf.uni-lj.si  
Grega Strban, PhD, Professor and Vice Dean at the Faculty of Law, University of Ljubljana, Slovenia.

## 1. UVOD

Področje osebne asistencije za invalide je naš zakonodajalec končno sistemsko uredil. Po večletnem snovanju zakona<sup>1</sup> je Državni zbor (DZ), dne 17. 2. 2017 sprejel Zakon o osebni asistenci (ZOA).<sup>2</sup> S tem zakonom je Slovenija izpolnila obveznost iz 19. člena Mednarodne konvencije o pravicah invalidov (MKPI), ki jo je ratificirala leta 2008,<sup>3</sup> ter obenem uresničila 2. zastavljeni cilj Akcijskega programa za invalide 2014–2021.<sup>4</sup>

Z ZOA je osebna asistenca postala pravica, do katere bodo pod določenimi pogoji upravičeni vsi invalidi, ki jo potrebujejo. Ob branju sprejetega zakona lahko ugotovimo, da je do uresničitve novo zagotovljene pravice še dolga pot. ZOA je sicer postavil pomembne temelje, a je mnogo odprtih vprašanj prepustil v urejanje pristojnemu ministrstvu.

Prav odprta vprašanja zakona, na katera bo potrebno odgovoriti s podzakonskimi akti, so osrednja tematika, ki bo obravnavana v članku. V prvem delu prispevka je na kratko orisana obstoječa ureditev osebne asistencije ter zgoščeno predstavljena vsebina, namen, cilji in načela ZOA, v drugem delu so izpostavljene določene nedoslednosti zakona, v zadnjem delu pa so natančneje obravnavana določena izbrana odprta vprašanja ter predlagane možne rešitve.

## 2. DOSEDANJA UREDITEV OSEBNE ASISTENCE

Sistemska ureditev področja je bila nujno potrebna, saj se je v praksi izkazalo, da je obstoječa ureditev neustrezna. Osebno asistenco izvajajo invalidske organizacije prek programov,<sup>5</sup> ti pa so financirani s strani različnih akterjev.<sup>6</sup> Financiranje

---

<sup>1</sup> Prvi predlog zakona, ki sicer ni dosegel zakonodajnega postopka, je pripravilo pristojno ministrstvo leta 2010, leta 2012 je bil preko ljudske iniciative v zakonodajni postopek vložen nov predlog, ki pa ni dobil zadostne podpore. Kmalu zatem je pristojno ministrstvo podalo nov predlog, ki ga je doletela enaka usoda kot v letu 2010. Zadnji predlog zakona je bil vložen leta 2015 s strani Mreže za deinstitucionalizacijo.

<sup>2</sup> Zakon o osebni asistenci (ZOA), Uradni list RS, št. 10/17.

<sup>3</sup> Konvencija o pravicah invalidov in Izbirni protokol h Konvenciji o pravicah invalidov, sprejeta v Generalni skupščini ZN v New Yorku, 13. decembra 2006, veljati je začela 3. maja 2008, objavljena v Ur.l.RS – Mednarodne pogodbe, št. 10/08 (MKPI).

<sup>4</sup> Akcijski program za invalide 2014–2021, str. 11 in 12, glej ukrep 2. 3.

<sup>5</sup> Npr. program Asistentka/asistent bom, več na strani Ministrstva za delo, družino, socialne zadeve in enake možnosti (MDDSZ).

<sup>6</sup> Smolej, Nagode, 2007, str. 9 ter Smolej, Nagode, 2012, str. 149.

je kljub povečevanju sredstev in vse širšem izvajanju osebne asistencije ostalo nestabilno.<sup>7</sup> Posledica tega je sklepanje enoletnih ali nekajletnih pogodb in zaposlovanje asistentov za določen čas. Poleg tega sistem ob izteku programov ne zagotavlja nadaljnje zaposlitve asistenta. Enako velja za uporabnika invalida, ki ostaja (oz. je ostajal) v negotovosti, ali bo z iztekom enega programa upravičen do osebne asistencije tudi po drugem.<sup>8</sup>

V trenutnem sistemu osebna asistencija ni zagotovljena kot pravica – število dodeljenih ur osebne asistencije invalidu ni odvisno od njegove potrebe po pomoči, ampak od višine dodeljenih sredstev posameznim organizacijam in njihove razporeditve.<sup>9</sup> Odsotnost sistemske ureditve osebne asistencije je privedla tudi do razlik v samem izvajanju osebne asistencije ter obsegu storitev. Invalidske organizacije tako same določajo pogoje za upravičenost in obseg ter vrsto storitev.<sup>10</sup> V mnogo primerih organizacije niso zmožne zagotoviti drugega asistenta, če je prvi zaradi upravičenega razloga odsoten. Tako so uporabniki nemalokrat prepuščeni sami sebi in morajo za lastno oskrbo poskrbeti kakor vejo in znajo.<sup>11</sup>

Navedeni razlogi jasno nakazujejo na nujnost sistemske ureditve področja. ZOA je bil sprejet 17. 2. 2017, uporabljati pa se bo začel s 1. 1. 2019.<sup>12</sup> Relativno dolg *vacatio legis* (obdobje med sprejemom oz. uveljavitvijo in začetkom uporabe zakona) je namenjeno vzpostavitvi novega sistema. Še pred uveljavitvijo ZOA je vlada predlagala določene spremembe in dopolnitve zakona (ZOA-A),<sup>13</sup> ki naj bi olajšale izvajanje zakona. Poleg tega bo potrebno sprejeti podzakonske akte, ki bodo zakonske določbe podrobneje uredili, uvedli nove institute (npr. izvajalce osebne asistencije<sup>14</sup>). V februarju 2018 je pristojno ministrstvo že pripravilo osnutek pravilnika o osebni asistenci. V vmesnem obdobju se bo osebna asistencija še naprej izvajala programsko, zadnji razpis pa se bo zaključil konec leta 2018.<sup>15</sup>

---

<sup>7</sup> Ermenc, str. 22.

<sup>8</sup> Smolej, Nagode, 2012, str. 149.

<sup>9</sup> Razprava o zakonu, Vuk M., državna sekretarka na MDDSZ.

<sup>10</sup> Smolej, Nagode, 2012, str. 149.

<sup>11</sup> Podrobnejšo analizo obstoječega sistema lahko najdemo v Smolej, Nagode, 2007 in Smolej, Jež, Nagode, 2016.

<sup>12</sup> Glej 36. člen ZOA.

<sup>13</sup> Glej ZOA-A, EVA:2017-2611-0057, Št.: 00711-2/2018/6, z dne 25. 1. 2018.

<sup>14</sup> Glej 10. do 12. člen ZOA.

<sup>15</sup> Predlog ZOA, str. 2.



### 3. VSEBINA, NAMEN, CILJ IN NAČELA ZOA

Vsebinsko ZOA sledi prejšnjim predlogom in dopolnitvam.<sup>16</sup> Zakon opredeljuje osebno asistenco kot "pomoč uporabniku pri vseh tistih opravilih in dejavnostih, ki jih uporabnik ne more izvajati sam zaradi vrste in stopnje invalidnosti, a jih vsakodnevno potrebuje doma in izven doma, da lahko živi neodvisno, aktivno in je enakopravno vključen v družbo".<sup>17</sup> Poleg definicije osebne asistencije zakon ureja še njeno izvajanje in financiranje, postopek njenega uveljavljanja, obvezno vodenje evidenc ter v zadnjem delu določa prekrške in globe za kršitelje.<sup>18</sup>

Namen ZOA je *"omogočiti invalidom, da živijo v skupnosti in enako kot drugi odločajo o svojem življenju. Zato naj bi se zagotavljala osebna asistenca na domu, na delovnem mestu, pri izobraževanju in pri vključevanju v socialno okolje."* Cilj, ki ga zakon zasleduje je *"zagotoviti podporo invalidu/invalidki pri izvajanju tistih aktivnosti, vezanih na vključevanje v družbo, ki jih ne more izvajati sam/sama zaradi vrste in stopnje invalidnosti."*<sup>19</sup>

V 3. členu ZOA so zapisana temeljna načela. To so: *spoštovanje dostojanstva in neodvisnosti uporabnika, pravica do svobodne izbire in odločanja med postopkom uveljavljanja pravice do osebne asistencije in njenim izvajanjem, omogočanje vključenosti v skupnost, individualna obravnava ter zagotavljanje enakih možnosti.*<sup>20</sup>

### 4. ODPRTA VPRAŠANJA ZOA

#### 4.1. Poimenovanje: Osebna asistenca za invalide ali osebna pomoč?

ZOA je bil težko pričakovan zakon. Politični vrh in invalidske organizacije so našle skupni imenovalec in ga soglasno podprle. Presenetljivo je (nov) predlog zakona upošteval le malo kritik prejšnjih predlogov in mnogo vprašanj je tako ostalo nerešenih. Na pomanjkljivosti in nedoslednosti so v zakonodajnem postopku

---

<sup>16</sup> Mnenje Vlade RS o predlogu ZOA, str. 4.

<sup>17</sup> Glej 2. (1). člen ZOA.

<sup>18</sup> Predlog ZOA, str. 4.

<sup>19</sup> Citirano iz predloga zakona, str. 3.

<sup>20</sup> Glej 3. člen ZOA.

opozarjali tako poslanci kot vlada, invalidske organizacije in drugi.<sup>21</sup> Sprejetih je bilo le manjše število, sicer izjemno pomembnih amandmajev in popravkov, a veliko breme ostaja na ministrstvu, ki bo moralo odgovoriti na neodgovorjena vprašanja, ki se pojavljajo ob branju določb ZOA.

Prvo vprašanje lahko zastavimo že glede samega poimenovanja zakona. Osebna asistenca se namreč ne nudi le invalidnim osebam, čeprav zakon naslavlja zgolj to skupino. Tudi mnoge druge osebe (premožni, znani, direktorji ipd.) zaposlujejo svoje osebne asistente, vendar ne iz razloga invalidnosti. Zakaj se zakonodajalec ni raje odločil za poimenovanje npr. "ZOA za *invalidne*", ni jasno. Možno je, da je to storil z namenom izoginitve polemiki o ustreznosti uporabe izraza "*invalid*", za katerega mnogi opozarjajo, da bi ga morali nadomestiti z drugim terminom,<sup>22</sup> čeprav zakonodajalec termin *invalid* že uporablja.<sup>23</sup> Zakonodajalec bi moral zavzeti eno od stališč in zakon poimenovati na jasnem način.

Drugi del prvega pomisleka pa se nanaša na samo izbiro besedne zveze "osebna asistenca". Pojem je sicer pogosto uporabljen in razširjen, tudi sami invalidi se z uporabo omenjene zveze še najbolj strinjajo.<sup>24</sup> Kljub temu pa mnogi opozarjajo na to, da obstajajo lepše slovenske ustreznice, kot so npr. "osebna pomoč" ali "osebna podpora". Vseeno ne gre teh izrazov enačiti z osebno asistenco, saj ni že vsaka pomoč invalidu osebna asistenca.<sup>25</sup> Po drugi strani pa uradni slovenski prevod MKPI prevaja "*personal assistance*" kot "osebna pomoč" in ne kot osebna asistenca. Glede na to, da po besedah ZOA le-ta temelji na MKPI, bi ZOA moral utemeljiti in upravičiti drugačno uporabo izraza oz. razjasniti morebitno razliko med "osebno pomočjo" in "osebno asistenco".<sup>26</sup>

---

<sup>21</sup> Vsi dokumenti so dostopni na strani DZ.

<sup>22</sup> Npr. ljudje z ovirami, hendikepirane osebe, ljudje z nezmožnostmi. Glej Kobal idr., 2004, str. 6-7, in Zaviršek, 2015, str. 11.

<sup>23</sup> Npr. delovni invalid po Zakonu o pokojninskem in invalidskem zavarovanju (Uradni list RS, št. 96/12, 39/13, 99/13 – ZSVarPre-C, 101/13 – ZIPRS1415, 44/14 – ORZPIZ206, 85/14 – ZUJF-B, 95/14 – ZUJF-C, 90/15 – ZIUPTD, 102/15, 23/17 in 40/17), po Zakonu o socialnem varstvu (Uradni list RS, št. 3/07 – uradno prečiščeno besedilo, 23/07 – popr., 41/07 – popr., 61/10 – ZSVarPre, 62/10 – ZUPJS, 57/12, 39/16, 52/16 – ZPPreb-1, 15/17 – DZ, 29/17 in 54/17).

<sup>24</sup> Kelly, str. 566.

<sup>25</sup> Wraber, str. 5 in Jakovljevič, str. 5.

<sup>26</sup> MKPI, 19. člen.

## 4.2. Nedoslednosti – posledica prehitrega postopka sprejema zakona?

Ob prebiranju zakona se naslednje vprašanje pojavi že pri prvem členu, ki določa vsebino zakona. Ob pozorno prebrani povedi lahko ugotovimo, da je zakonodajalec izpustil besedo ali dve, ki bi besedilo oblikovale v smiselno celoto.<sup>27</sup>

V nadaljevanju ponovno naletimo na neskladnost s prevodom MKPI. Drugi člen ZOA namreč uporablja besedno zvezo "neodvisno življenje", čeprav MKPI govori o "samostojnem življenju". ZOA bi moral utemeljiti uporabo drugega izraza in razjasniti ali gre za zamenljiv pojem ali ne.

Tretji odstavek istega člena strnjeno opisuje vsebino sedmega člena zakona in ni jasno, v čem je smisel podvajanja določb. Sedmi člen namreč relativno izčrpno našteva vrste storitev, ki se opravljajo v okviru osebne asistencije, obenem pa določa, da bo njihovo podrobnejšo opredelitev določil minister.<sup>28</sup> ZOA poleg storitev uvaja oz. omenja še naloge, ki jih bo opravljal osebni asistent. Te naloge se bodo morale opredeliti v izvedbenem načrtu.<sup>29</sup> ZOA odgovora na vprašanje, kakšna je razlika med storitvami in nalogami, ne poda.

Nadaljnjo pozornost bo ministrstvo pri snovanju podzakonskega predpisa moralo nameniti natančni določitvi namena oz. nalog novih institutov, ki jih uvaja ZOA. Npr. ZOA uvaja institut koordinatorja, ki vrši nadzor oz. spremlja izvajanje osebne asistencije,<sup>30</sup> medtem ko nadzor nad izvedbenim načrtom opravljata izvajalec osebne asistencije in center za socialno delo (CSD).<sup>31</sup> Način izvajanja nadzora se bo moral določiti dosledno, saj bi lahko v nasprotnem primeru prišlo do podvajanja dela različnih institutov. ZOA izrecno določa naloge države, CSD, koordinatorja, osebnega asistenta, izvajalca osebne asistencije, ministrstva in strokovne komisije CSD, medtem ko naloge strokovne vodje in usklajevalca osebne asistencije še niso določene.

---

<sup>27</sup> Zakonodajalec bi člen lahko oblikoval na sledeči način: "S tem zakonom se ureja pravica do osebne asistencije in način njenega uveljavljanja, z namenom omogočiti posamezniku oziroma posameznici z dolgotrajnimi telesnimi, duševnimi, intelektualnimi ali senzoričnimi okvarami (v nadaljnjem besedilu: uporabnik), ki ga v povezavi z različnimi ovirami lahko omejujejo, da bi enako kot drugi polno in učinkovito sodeloval v družbi in na vseh področjih življenja užival enake možnosti, večjo neodvisnost, aktivnost in enakopravno vključenost v družbo, skladno z določbami Konvencije o pravicah invalidov". (poudarki avtorjev) Primerjaj s 1. členom ZOA.

<sup>28</sup> Glej 7. (2) člen ZOA.

<sup>29</sup> Glej 13. člen ZOA.

<sup>30</sup> Glej 23. (2) člen ZOA.

<sup>31</sup> Glej 31. (1) člen ZOA.

Poleg navedenih dilem pa bo moralo Ministrstvo pri oblikovanju podzakonskih predpisov posvetiti veliko pozornosti vprašanjem, ki bodo obravnavana v nadaljevanju.

### 4.3. Pogoja upravičenosti

#### 4.3.1. Starost od 18 do 65 let

Šesti člen ZOA določa, katere osebe so upravičene do pravice do osebne asistencije. Izjemno dobrodošel je pristop zakona, ki upošteva invalidnosti vseh vrst<sup>32</sup> in ne daje prednosti npr. zgolj gibalno oviranim osebam, kot to stori marsikatera zakonodaja v drugih državah.<sup>33</sup> Poleg tega je v prvem odstavku šestega člena določeno, da upravičenost do osebne asistencije ni odvisna od dohodka ali premoženja posameznika. Omenjena določba sledi načelu spoštovanja dostojanstva, neodvisnosti uporabnika ter enakih možnosti. Invalidnosti si namreč nihče ne izbere, zato je smiselno, da je ne pogojujemo s finančnim položajem uporabnika.

Drugi odstavek istega člena v petih alinejah našteva pogoje, ki morajo biti izpolnjeni za upravičenost do osebne asistencije. Med drugim navaja pogoja, da ima posameznik od 18 do 65 let<sup>34</sup> in da potrebuje pomoč najmanj 30 ur tedensko.<sup>35</sup> Razprava o ZOA je bila ravno glede teh dveh pogojev najbolj burna, prav tako so jih izpostavljali akterji, ki so sodelovali v javni razpravi.<sup>36</sup> Pogoja namreč potencialno izključita veliko število invalidnih oseb, ki bi potrebovale osebno asistenco.<sup>37</sup>

Z analizo Inštituta Republike Slovenije za socialno varstvo (IRSSV) je bilo ugotovljeno, da je leta 2015 osebno asistenco uporabljalo 1.125 uporabnikov, ob upoštevanju teh dveh pogojev pa bi se število uporabnikov zmanjšalo na 250.<sup>38</sup> Številke smemo uporabiti zgolj za oris, saj analiza upošteva le obstoječe

---

<sup>32</sup> Glej 1. člen ZOA.

<sup>33</sup> Smolej Jež, Nagode, 2015. str. 13 in nasl.

<sup>34</sup> Glej 3. alineja, 6. (2). ZOA.

<sup>35</sup> Glej 5. alineja, prav tam.

<sup>36</sup> Glej 27. redna seja DZ in prispevki v zakonodajnem postopku.

<sup>37</sup> Smolej Jež, Nagode, 2015, str. 48 – 51 ter 64 – 65.

<sup>38</sup> Prav tam, str. 64.

uporabnike, ne pa vseh, ki bi potrebovali osebno asistenco. Mnogi je namreč zaradi omejenosti sredstev v obstoječem sistemu ne koristijo. V preteklosti je bilo število potencialnih uporabnikov ocenjeno na 800 in kasneje ugotovljeno, da je to število še večje.<sup>39</sup>

Določitev omenjenih dveh pogojev lahko kljub temu racionalno utemeljimo, ob ključni predpostavki, da je za osebe, ki jih ne izpolnjujejo, poskrbljeno na drug način. ZOA je namenjen delovno-aktivni populaciji.<sup>40</sup> V razpravi je bilo opozorjeno, da je večina invalidnih oseb invalidsko upokojenih oz. brezposelnih.<sup>41</sup> Vseeno argument na tem mestu ni ravno relevanten, saj je eden izmed namenov osebne asistence ravno spodbujanje zaposlitve invalidnih oseb. Starostna meja nakazuje tudi na dejstvo, da je osebna asistenca povezana z odgovornostjo, ki jo nosijo uporabniki, s sposobnostjo upravljanja z osebno asistenco in njihovim neodvisnim življenjem.<sup>42</sup> Enako omejitvev oz. pogoja so predvidevali tudi že prejšnji predlogi zakona.<sup>43</sup> Poleg tega velja omeniti, da državna proračunska sredstva niso neomejena, zato je potrebno zagotoviti, da se sredstva ne razpršijo preveč in s tem še vedno dosežejo svoj namen.

#### **4.3.2. Minimalno 30 ur pomoči tedensko**

Predlagatelj je 30 urni prag pomoči na teden utemeljil s tem, da je osebna asistenca namenjena uporabnikom, ki potrebujejo najvišjo stopnjo pomoči in so od nje življenjsko odvisni.<sup>44</sup> Ni jasno, zakaj se je zakonodajalec odločil ravno za 30 ur in ne manj ali več. Primerjalno države, ki osebno asistenco urejajo zakonsko, upravičenost redko omejuje s številom potrebnih ur pomoči.<sup>45</sup> V analizi IRSSV je bilo ugotovljeno, da uporabniki, ki so deležni osebne asistence v trenutnem sistemu, v povprečju potrebujejo 12,2 ur osebne asistence na teden.<sup>46</sup> Prav tako ni jasno, zakaj je v določbi uporabljen izraz "pomoč" in ne osebna asistenca.

---

<sup>39</sup> Ermenc, str. 23.

<sup>40</sup> To iz ZOA sicer ne izhaja, razen iz zapisanega pogoja o izpolnjevanju starosti. So pa razpravljavci o delovno-aktivni populaciji govorili na 27. redni seji v DZ.

<sup>41</sup> Smolej Jež, Nagode, 2015, str. 41.

<sup>42</sup> Obrazložitev k 7. členu, str. 23. Argument sicer ne upošteva invalidnih oseb, ki same niso sposobne upravljati z osebno asistenco in imajo zakonitega zastopnika po 2. (2) členu ZOA.

<sup>43</sup> Npr. glej predloge zakona YHD iz leta 2012 in leta 2015.

<sup>44</sup> Obrazložitev k 7. členu, str. 23.

<sup>45</sup> Švedska in Slovaška npr. določata mejo 20 ur. Smolej Jež, Nagode, 2015, str. 13 in nasl.

<sup>46</sup> Smolej Jež, Nagode, 2015, str. 43.

Zakonodajalec je omenjena pogoja omilil z dvema izjemama. Prvo izjemo vsebuje četrty odstavek istega (šestega) člena, drugo pa osmi člen zakona. Velja, da je upravičenec, ki je uveljavljal pravico do osebne asistencje pred dopolnjenim 65. letom, do nje upravičen tudi po tem letu.<sup>47</sup> Določba omogoča kontinuiteto pravice, a obenem lahko v prihodnosti, ko bo urejeno področje dolgotrajne oskrbe, pride do nejasnosti. Ali bo uporabnik, ki je tudi po 65. letu upravičen do osebne asistencje, upravičen tudi do (vsaj nekaterih) storitev dolgotrajne oskrbe? Predvidevam, da se je s to določbo želelo jasno ločiti med osebami, ki so postale invalidne že pred 65. letom, in osebami, ki so postale odvisne od oskrbe drugega zaradi starosti. Kako pa bo v primerih, ko bodo osebe postale invalidne po 65. letu iz drugega razloga kot je starost?

Osmi člen za invalide s senzorično okvaro (gluhi, slepi in gluhoslepi) omenjena dva pogoja *de facto* odpravlja s tem, da uvaja komunikacijski dodatek. Tako se lahko invalidu s senzorično okvaro odobri osebno asistenco v obliki pomoči pri komunikaciji in spremstvu, ne glede na njihovo starost ter v obsegu 30 ur pomoči na mesec (in ne na teden). Izjema je bila v zakonodajnem postopku dodana naknadno, z amandmajem. Predlagatelji so uvedbo komunikacijskega dodatka utemeljili z naravo potreb – potreba po pomoči je namreč večkrat zgoščena v časovnem obdobju, zato je primerneje izraziti število ur potrebne pomoči v enem mesecu in ne tednu. To po njihovih besedah omogoča bolj razumno in fleksibilno koriščenje osebne asistencje.<sup>48</sup> Čeprav je uvedba komunikacijskega dodatka dobrodošla, se vseeno ne zdi povsem upravičeno in utemeljeno, da se izjema uvaja zgolj za eno skupino invalidov. Skupine se med seboj razlikujejo (tudi znotraj samih skupin), tako kot se razlikuje narava njihovih potreb. Poleg tega je komunikacijski dodatek namenjen le nadomeščanju sporazumevanja in ne osebni asistenci v celoti, zato bi to bilo mogoče smiselno urediti zunaj zakona, ki izrecno in izključno ureja osebno asistenco. Še več, po istem členu je tej skupini invalidov namesto komunikacijskega dodatka dana možnost izbire denarnega nadomestila v višini dodatka za pomoč in postrežbo.<sup>49</sup> Zakaj ima izbiro zgolj ta skupina invalidov in je niso deležni vsi upravičenci?

---

<sup>47</sup> Glej 6.(4) člen ZOA. Ko upravičenec doseže to starost, se ponovno oceni potreba po osebni asistenci in odloči o tej pravici.

<sup>48</sup> Obrazložitev k amandmaju, dostopna na: [https://www.dz-rs.si/wps/portal/Home/deloDZ/zakonodaja/izbranZakonAkt?uid=C1257A70003EE6A1C12580C00058925A&db=k on\\_zak&mandat=VII&tip=doc](https://www.dz-rs.si/wps/portal/Home/deloDZ/zakonodaja/izbranZakonAkt?uid=C1257A70003EE6A1C12580C00058925A&db=k on_zak&mandat=VII&tip=doc).

<sup>49</sup> Glej 8. člen ZOA.

#### 4.4. Zakoniti zastopnik

Drugi odstavek 2. člena ZOA določa, da mora imeti uporabnik pri izvajanju osebne asistencе "nadzor nad organizacijo in oblikovanjem storitev osebne asistencе glede na lastne potrebe, zmožnosti, življenjske okoliščine, pogoje ter želje. V primeru nezmožnosti upravljanja z lastno asistenco, naloge uporabnika prevzame njegov zakoniti zastopnik".<sup>50</sup>

Na ta način je zakonodajalec konkretiziral določbo prvega člena ZOA, ki podeljuje pravico do osebne asistencе vsem invalidnim osebam. Tudi v primeru, da posameznik ni sposoben oblikovati in nadzorovati osebne asistencе po svojih željah, mu pravice do osebne asistencе vseeno ni mogoče odreči. Njihove potrebe, čustva in občutki ostajajo, tudi sami si želijo biti del družbe. Poleg tega uvedba tretje osebe, ki omogoči neodvisno življenje skupini invalidov, narekuje upoštevanje splošnega načela diskriminacije.<sup>51</sup>

Zakonodajalec se je odločil za "lažjo pot". Namesto uvedbe novega instituta, tretje osebe, ki bi v tem delu nadomestila voljo oz. nudila pomoč posamezniku, je ob uporabnika postavil zakonitega zastopnika. Pristop je sicer razumljiv, a iz njega izhajajo nedoslednosti in nedomišljenosti. Prvi pomislek, ki se pojavi, je, ali je navajanje zakonitega zastopnika v besedilu resnično potrebno?<sup>52</sup>

Zakonodajno-pravna služba je v svojem mnenju glede predloga zakona opozorila, da je pomen zakonitega zastopnika drugačen. Zakoniti zastopnik zastopa osebo, ki nima poslovne sposobnosti, kar pomeni, da polnoletna oseba z dejanji lastne volje nase ne more prevzeti pravic in obveznosti. Tako v mnenju izpostavlja, da je navajanje zakonitega zastopnika na tem mestu odveč in obremenjuje zakonsko besedilo.<sup>53</sup> Kljub temu iz določbe ZOA ni razvidno, ali nezmožnost upravljanja z lastno asistenco, kot jo opisuje v drugem členu, pomeni odsotnost oz. pomanjkanje poslovne sposobnosti. V primeru, da je to res, je njegovo navajanje odveč.

Izkušnje iz prakse drugih držav nakazujejo na nujnost izrecne določitve osebe, ki nudi pomoč uporabniku, ki ni sposoben upravljati z osebno asistenco. Odsotnost take navedbe lahko namreč tem osebam kaj hitro privede do

---

<sup>50</sup> Glej 2. (2) člen ZOA.

<sup>51</sup> Brennan, str. 605–608 in 612.

<sup>52</sup> Pomislek je v svojem mnenju izpostavila tudi Zakonodajno-pravna služba, str. 2, 3.

<sup>53</sup> Mnenje Zakonodajno-pravne službe, str. 2 in 3.

odrekanja pravice do osebne asistencije. Temeljni načeli osebne asistencije sta neodvisnost in pravica do svobode izbire. Organi odločanja bi tako lahko zavrnilo upravičenost do pravice z utemeljitvijo, da taka oseba že v samem bistvu ne bo dosegla neodvisnosti in nikoli ne bo mogla uresničiti pravice do svobode izbire, torej nikoli ne bo mogla uresničiti namena osebne asistencije.<sup>54</sup> Na Danskem, Norveškem, Slovaškem in v Nemčiji zakon, ki ureja osebno asistenco, oseb z intelektualno oviranostjo ne izključuje, vendar se je v praksi izkazalo, da zaradi težav pri samem upravljanju z osebno asistenco običajno storitev osebne asistencije ne prejemajo.<sup>55</sup>

Naslednje vprašanje je, ali je za omenjene primere določitev zakonitega zastopnika sploh primerna? Starši oz. zakoniti zastopniki so največkrat tisti, ki svojemu invalidnemu otroku stojijo ob strani in mu nudijo največ podpore ter pomoči. Na drugi strani pa koncept neodvisnega življenja, ki ga zasleduje ZOA, med drugim zajema tudi neodvisnost od staršev, saj lahko ravno oni pomembno vplivajo na odločitve uporabnika (svojega invalidnega otroka), tako v pozitivnem kot v negativnem smislu.<sup>56</sup>

Ravno zaradi slednjega so se v preteklosti pojavile druge ideje, npr. institut zaupnika. Tako je eden od prejšnjih predlogov zakona določal, da če uporabnik sam ni zmožen izraziti svojega mnenja med postopkom uveljavljanja pravice do osebne asistencije, lahko to stori zaupnik.<sup>57</sup>

To je neka tretja oseba (torej ne uporabnik in ne osebni asistent), ki ji uporabnik zaupa in jo izbere sam. Zaupnik uporabniku nudi pomoč v postopkih in namesto njega izrazi mnenje. Namen instituta zaupnika je obvarovanje uporabnika pred vsiljevanjem nasprotujočih si interesov staršev oz. zakonitih zastopnikov.<sup>58</sup> Ideja uvedbe zaupnika je sicer zanimiva, a je predlagana določba nedosledna in kontradiktorna. Nekdo, ki ni zmožen izraziti svojega mnenja, ne more sam izbrati svojega zaupnika. Tega se je zakonodajalec verjetno zavedal in se raje odločil, da omenjenega instituta ne uvede v nov zakon.

---

<sup>54</sup> Brennan, str. 615–616.

<sup>55</sup> Smolej Jež, Nagode, 2015, str. 15 in 17. Na Norveškem je npr. celo določeno, da lahko pri upravljanju pomagajo najožji družinski člani, vendar se to v praksi ne uresničuje.

<sup>56</sup> Brennan, str. 608 in 612.

<sup>57</sup> YHD, predlog ZOA, 2015, 8. člen.

<sup>58</sup> Podoben institut npr. pozna Zakon o preprečevanju nasilja v družini. YHD, Predlog ZOA, 2015, 8. člen in obrazložitev.



Na tem mestu je potrebno razlikovati med štirimi različnimi situacijami. *Prvič*, uporabniku je zaradi nezmožnosti izražanja svojih želja in mnenj odvzeta poslovna sposobnost. V tem primeru je smotno in razumljivo, da se ob njega postavi zakonitega zastopnika, ki nujno deluje v njegovo korist. V *drugi* situaciji je uporabniku prav tako odvzeta poslovna sposobnost, a je ta kljub temu zmožen izražati svoje mnenje. Takega uporabnika je potrebno upoštevati v največji možni meri; njemu bi morala biti dana možnost izbire tretje osebe (npr. zaupnika, lahko pa tudi zakonitega zastopnika), ki bi zanj upravljala z osebno asistenco.

*Tretjič*, izbira tretje osebe, ki bi nadomestila upravljanje z osebno asistenco, bi uporabniku lahko bila na voljo tudi v primerih, ko je le-ta poslovno sposoben, a se odloči, da nalog, ki mu jih zakon nalaga iz utemeljenih razlogov ne želi opravljati (npr. zanj predstavljajo preveliko breme). Zadnja, *četrt*a situacija pa predstavlja primere, ko je uporabnik poslovno sposoben, a ve, da se bo njegovo stanje sčasoma poslabšalo in ne bo več zmožel izražati svojega mnenja in svojih želja. Tudi tem posameznikom bi morala biti omogočena možnost izbire tretje osebe, ki ni nujno zakoniti zastopnik, ki bo v prihodnosti upravljala z osebno asistenco.<sup>59</sup>

Drugi člen ZOA ob uporabnika, ki ni zmožen upravljeti z osebno asistenco, postavlja zakonitega zastopnika. Zakon torej ureja zgolj prvo situacijo, ki je navedena zgoraj, do ostalih se ne opredeli. V predlogu ZOA-A (13. člen) je sicer predvideno sodelovanje in upoštevanje uporabnikovih želja in največje koristi, tudi ko izvedbeni načrt pripravljata zakoniti zastopnik in izvajalec (druga zgoraj omenjena situacija). To bi izboljšalo pravni položaj poslovno nesposobnega uporabnika, ki sicer lahko izraža svoje mnenje. Tudi MKPI, h kateri je zavezana Slovenija in na kateri temelji ZOA, zahteva, da se uporabnikovo voljo in korist upošteva v največji možni meri, tudi v primerih, ko mu je odvzeta poslovna sposobnost.<sup>60</sup> S podzakonskim predpisom bo treba le določiti, da lahko uporabnik izrazi svojo voljo in interese na kakršenkoli prepoznaven način. Na ta način se bosta okrepili uporabnikova moč in samozavest.

Zakoniti zastopnik tudi ni vedno prisoten ob uporabniku, zato sta zaupanje in dogovor med zastopnikom in asistentom še toliko bolj pomembna.<sup>61</sup> Podzakonski akt bo moral določiti način odločanja ter način vzpostavitve dogovora med

---

<sup>59</sup> Primer: Uporabniku je s strani strokovnjakov zagotovljeno, da ga bo potrebno v naslednjih mesecih priključiti na respiratorne aparate in posledično ne bo zmožen govoriti. Psihično bo še vedno nedotaknjen, imel bo svoje želje in mnenja, a jih ne bo zmožen izraziti.

<sup>60</sup> Npr. Preambula, 3. in 21. člen MKPI.

<sup>61</sup> Brennan, str. 613, 615.

zastopnikom in asistentom.<sup>62</sup> Zastopnik in asistent morata ravnati v dobro uporabnika, pri tem pa sta ključna dogovor in dialog. Prav tako je potrebno določiti, kaj se zgodi v primeru konflikta njunih mnenj. Zmeraj je treba zasledovati načelo iskanja dogovora, ki bo v korist uporabnika, v primeru, da do dogovora nikakor ne more priti, naj asistent upošteva navodila zastopnika.

Prav tako lahko popolno zaupanje v zakonitega zastopnika privede do zlorabe položaja. Treba bo določiti, da v primeru, ko se izkaže, da zakoniti zastopnik ne deluje v dobro uporabnika oz. ne sledi njegovim željam in koristim, lahko osebni asistent oz. vsak, ki opazi zlorabo položaja, CSD poda pobudo za sprožitev postopka preverjanja, v katerem bi se ugotovilo ravnanje zastopnika. V primeru, da bi tako ravnanje opazil sam CSD, bi le-ta lahko sprožil postopek *ex offo*.

#### **4.5. Kako prosta je prosta izbira izvajalca osebne asistence in osebnega asistenta?**

Četrti odstavek drugega člena ZOA uporabniku zagotavlja prosto izbiro izvajalca osebne asistence in osebnega asistenta. Med obema so pomembne razlike.

Osebno asistenco kot nepridobitno dejavnost lahko izvajajo dobrodelne organizacije, organizacije za samopomoč in invalidske organizacije, zavodi in samostojni podjetniki posamezniki z vpisom v register na podlagi odločbe ministrstva, pristojnega za invalidsko varstvo.

Osebni asistent pa je fizična oseba, ki opravlja osebno asistenco pri izvajalcu osebne asistence na podlagi pogodbe o zaposlitvi ali po podjemni pogodbi ali kot samostojni podjetnik posameznik. Biti mora polnoletna, poslovno sposobna oseba, ki ni bila pravnomočno obsojena za kaznivo dejanje na področju nasilja, spolne nedotakljivosti oziroma diskriminatornega ravnanja na podlagi invalidnosti in ima opravljeno usposabljanje po ZOA.<sup>63</sup>

Določbi o prosti izbiri izvajalca in asistenta sta sicer dobrodošli, a iz zakona ni popolnoma jasno, v kolikšni meri je ta prosta izbira dejansko zagotovljena. Razumljivo je, da je treba zaradi zagotovitve dobre organizacije in učinkovitosti

---

<sup>62</sup> Tako o manj pomembnih, npr. oblačilih, kot o najpomembnejših odločitvah, npr. umetnem podaljšanju življenja. Williams idr., *Paying the Piper and Calling the Tune?*, str. 226. Osnutek pravilnika (v začetku februarja 2018) tega vprašanja ne ureja.

<sup>63</sup> Glej 10. in 11. člen ZOA.

izvajanja osebne asistencije pravico do proste izbire nujno omejiti. Kljub temu ostaja vprašanje, v kolikšni meri je omejitev še dopustna, da pravica ni zagotovljena zgolj navidezno (in je v resnici votla). Podzakonski predpis bo tako moral razjasniti, ali je uporabnik upravičen izbrati kateregakoli izvajalca na območju celotne Slovenije (morda znotraj EU, pri čemer se lahko pojavi tudi vprašanje znanja jezika uporabnika), ali lahko uporabnik sam izbere osebo, ki jo ob izpolnjevanju zakonskih pogojev izvajalec potem zaposli, in nenazadnje, odgovoriti bo moral na vprašanje, ali delo osebnega asistenta lahko opravlja družinski član.

Prosto izbiro izvajalca osebne asistencije bi bilo smiselno omejiti na neko območje, saj bi v nasprotnem primeru lahko izbira s celotnega območja države ali celo EU povzročila nesorazmerne stroške z izvajanjem in organizacijo osebne asistencije. Obenem pa mora biti zagotovljeno poenotenje in skladnost v kakovosti izvajanja osebne asistencije s strani vseh izvajalcev. Nesprejemljivo bi namreč bilo, da bi bila kakovost izvajanja boljša npr. v mestu kot na podeželju, obenem pa bi bila uporabniku prepovedana izbira kvalitetnejšega izvajalca zgolj zaradi njegovega prebivališča. Poleg tega predpis ne sme pozabiti na uporabnike, ki živijo v odročnejših krajih. V tem primeru je potrebno zagotoviti, da tak uporabnik ne bo prisiljen k spremembi svojega prebivališča zgolj zato, da stroški izvajanja osebne asistencije ne bi bili preveliki.

Pri prosti izbiri osebnega asistenta ZOA v petnajstem členu že postavlja omejitev, saj določa, da uporabnik lahko izbere svojega asistenta le skupaj z izvajalcem.<sup>64</sup> Nadalje pa ni jasno, ali uporabnik lahko izbere le med asistenti, ki so že zaposleni pri izvajalcu ali lahko prosi oz. zahteva, da izvajalec zaposli osebo, ki jo uporabnik želi imeti za asistenta, ob predpostavki, da izpolnjuje pogoje, naštetih v enajstem členu ZOA.

Pomembno vprašanje, na katerega ZOA ne odgovarja je, ali uporabnik za svojega asistenta lahko izbere družinskega člana? Argumente za in proti taki ureditvi je moč najti na obeh straneh. Družinski člani v mnogih primerih nudijo neformalno oskrbo, mnogi so celo primorani zapustiti trg dela. Tako se lahko kaj kmalu pojavi dvojno socialno tveganje, in sicer uporabnika in družinskega člana.<sup>65</sup> Tega v sodobni družbi z razvitim socialnim sistemom ne bi smeli dopustiti. S

---

<sup>64</sup> V skladu s predlogom ZOA-A (15. člen) mora (vsak) izvajalec izpolnjevati pogoje ustrezne usposobljenosti za pravilno, kakovostno in varno izvajanje storitev.

<sup>65</sup> Strban, str. 230–232.

tem, ko bi se družinski član lahko zaposlil kot osebni asistent, bi na pravičen in spodbuden način zagotovili, da bi oskrba postala formalna. Mnogi uporabniki bi si za asistenta želeli družinskega člana, ki ga dobro poznajo in mu zaupajo. Družinski član pa bi v primerjavi z nekom tretjim delo opravljal še bolj predano in srčno, saj je z uporabnikom čustveno bolj povezan.

Na drugi strani lahko prav te razloge uporabimo za protiargumente. Ravno večja čustvena povezava in poznavanje družinskega člana lahko privede do izgube uporabnikovega nadzora nad izvajanjem storitve.<sup>66</sup> Še več, biti osebni asistent in družinski član v eni osebi je v nasprotju z namenom osebne asistencije, ki določa popolno neodvisnost invalidne osebe. Neodvisnost mora biti zagotovljena tudi znotraj družine, saj lahko le na ta način omogočimo, da je oseba enakovreden družinski član.<sup>67</sup>

Dodatni argument proti je obstoj instituta družinskega pomočnika.<sup>68</sup> Deveti člen ZOA določa, da se pravica do osebne asistencije izključuje z družinskim pomočnikom. Določba pa ne preprečuje zaposlitve družinskega člana kot osebnega asistenta, prepoveduje le izvajanje obeh pri enem uporabniku. Instituta sta si storitveno izjemno podobna,<sup>69</sup> a med njima obstaja ključna razlika – oseba velja za zaposleno zgolj v primeru opravljanja dela osebnega asistenta. Družinski član, ki želi postati družinski pomočnik, mora namreč zapustiti trg dela.<sup>70</sup>

Ob popolnem upoštevanju uporabnikove svobodne volje in pravice do svobodne izbire, možnost zaposlitve družinskega člana kot osebnega asistenta ne bi smela biti omejena. V prid temu govori tudi situacija, ko ima posameznik željo opravljati delo osebnega asistenta in je njegov družinski član oseba, ki bi potrebovala osebno asistenco. Seveda se ob tem ne sme pozabiti na določbe, ki bi preprečile pojav možnih zlorab. Tako je pred sklenitvijo takega dogovora uporabnika nujno potrebno seznaniti z možnimi negativnimi posledicami.

---

<sup>66</sup> Jolly, str. 7.

<sup>67</sup> Jolly, str. 6.

<sup>68</sup> Zakon o socialnem varstvu (ZSV), Uradni list RS, št. 3/07 – uradno prečiščeno besedilo, 23/07 – popr., 41/07 – popr., 61/10 – ZSVarPre, 62/10 – ZUPJS, 57/12, 39/16 in 52/16 – ZPPreb-1, 18. a člen in naslednji.

<sup>69</sup> Kobal idr, poglavje 5.

<sup>70</sup> ZSV, 18. b člen.

#### 4.6. Financiranje osebne asistence

Zakonodajalec je uvedel model posrednega financiranja, ki bo temeljil na individualnih izračunih.<sup>71</sup> Pristojno ministrstvo bo tako enkrat mesečno nakazalo sredstva za izvajanje osebne asistence. Višina odobrenih sredstev bo temeljila na individualnih izračunih financiranja storitve, ki ga bo za vsakega posameznega uporabnika pripravil pristojni CSD. Sredstva za financiranje osebne asistence se bodo pridobila iz državnega proračuna. V primeru, da bo uporabnik že prejemal določena sredstva iz naslova potrebe po tuji negi in pomoči, se bo polovica teh sredstev namenila za izvajanje osebne asistence. Enako velja za tiste uporabnike, ki bodo po osmem členu ZOA upravičeni do denarnega nadomestila. To se bo zmanjšalo za višino denarnih prejemkov, ki jih bodo prejemali zaradi potrebe po tuji negi in pomoči.<sup>72</sup>

Težava se pojavi v nedosledni oceni finančnih posledic zakona, na katero je izrecno opozorila tudi Vlada RS.<sup>73</sup> Predlagatelji ocenjujejo, da bo za izvedbo osebne asistence potrebno zagotoviti osem milijonov evrov letno. To oceno so pridobili na podlagi podatkov Analize IRSSV iz leta 2015.<sup>74</sup> V analizi je odlično obravnavano stanje izvajanja osebne asistence, ki je trenutno v veljavi. To pomeni, da so v njej upoštevani zgolj obstoječi in ne vsi potencialni uporabniki. Tega se predlagatelj očitno ni zavedal in nesprejemljivo je, da je finančno oceno posledic oprl zgolj na podatke pridobljene iz omenjene analize. Tako tudi po sprejetju zakona še vedno ni jasno, v kolikšni meri bo izvajanje osebne asistence bremenilo državni proračun. Kljub temu ne smemo dopustiti, da bi se izvajanje osebne asistence zaradi prevelikega finančnega bremena okrnilo v tolikšni meri, da ne bi več dosegli namena, ki ga osebna asistenca zasleduje.

Zakaj se je Slovenija odločila za posredni sistem financiranja, kljub temu da mnoge študije, v katerih je obravnavano izvajanje osebne asistence v posameznih državah ugotavljajo, da je neposredni model financiranja sistem *par excellence*,<sup>75</sup> ni jasno. Neposredni model financiranja pomeni, da se sredstva, do katerih je uporabnik upravičen, namenijo neposredno njemu, on pa z njimi upravlja na (zakonsko) določen način. Na ta način uporabnik ohrani

---

<sup>71</sup> Glej 26. člen ZOA. Predlog ZOA-A ne omenja več »individualnega izračuna«, temveč govori o priznanem tedenskem ali mesečnem številu ur za vsakega uporabnika.

<sup>72</sup> Glej 26. člen ZOA.

<sup>73</sup> Mnenje Vlade o predlogu ZOA, str. 3.

<sup>74</sup> Predlog ZOA, str. 4.

<sup>75</sup> Huys, str. 5.

svoje dostojanstvo, saj mu s tem, ko mu zaupamo oz. prepustimo presojo in nadzor nad osebno asistenco sporočimo, da je enakovreden član družbe.<sup>76</sup> Strokovnjaki opozarjajo, da se s posrednim modelom uporabniku omeji popolno svobodo izbire, kar vpliva na njegovo samozavest in moč. Invalidne osebe se še naprej obravnava na protekcionističen način. Osebna asistenca tako v Sloveniji ostaja le še ena izmed socialnih storitev, namesto da bi z novim zakonom storila korak v naprednejši sistem.<sup>77</sup>

Odločitev o posrednem ali neposrednem modelu niti ni ključnega pomena, dokler se znotraj sistema zagotavlja in spoštuje vsa načela in se uporabniku nudi kakovostna storitev. Izkušnje drugih držav namreč kažejo, da se uporabniki znotraj neposrednega modela financiranja v večji meri odločajo za prepustitev izvajanja osebne asistencije izvajalcem, saj si v svoje življenje ne želijo nakopati dodatnega bremena upravljanja z njo.<sup>78</sup>

Ključno je torej, da se zagotovi neodvisnost uporabnika, da se prepreči njegovo životarjenje in omogoči, da postane enakopraven del družbe. Za doseg tega cilja je finančna neodvisnost posameznika izjemno pomembna. Določba zakona, ki polovico sredstev iz naslova tuje nege in pomoči nameni izvajanju osebne asistencije, je lahko dvorezen meč, saj bi s tem preveč posegli v finančno stabilnost uporabnika. Vseeno petindvajseti člen ZOA lahko uporabimo kot "varovalo", saj določa, da mora cena ure osebne asistencije pokriti vse stroške, ki se pojavijo pri njenem izvajanju pri vsakem posamezniku posebej. S podzakonskim predpisom bo potrebno premišljeno določiti, kaj vse zajemajo stroški izvedbe osebne asistencije. Poleg očitnih stroškov, kot so plačilo izvajalcem, koordinatorjem, asistentom, je tu še plačilo stroškov, ki nastanejo pri "življenju" uporabnika in spremljanju asistenta, kot so npr. stroški prevoza za oba, višina vstopnice za gledališko predstavo, plavalni bazen ipd.

## 5. SKLEPNE MISLI

S sprejemom ZOA je bil na področju urejanja invalidnosti storjen dolgo pričakovani korak v pravo smer, osebna asistenca je z njim končno postala pravica, določena

---

<sup>76</sup> Williams idr., str. 219–228, Morris, str. 58.

<sup>77</sup> Brennan, str. 606, Morris, str. 60. Tudi predlog ZOA-A (4. odstavek 26. člena) predvideva plačilo storitev izvajalcu, uporabniku pa le izplačilo komunikacijskega dodatka.

<sup>78</sup> Kobal idr., str. 35.

z zakonom, in ne zgolj privilegij nekaterih. Slovenija se je z zakonom zavezala k sistemski ureditvi problematike, na katero so mnogi opozarjali že dolgo. Drugi pomemben korak v pravo smer je dejstvo, da je ZOA pod določenimi pogoji namenjen vsem skupinam invalidov in ne izpostavlja zgolj ene skupine invalidov, npr. gibalno oviranih, ter da upravičenost do osebne asistencije ni odvisna od dohodka oz. premoženja uporabnika.

ZOA je določil pomemben okvir in postavil temelje za ureditev področja, a obenem dopustil, da je v njem prišlo do nedoslednosti in pomembnih neodgovorjenih vprašanj. Na nedoslednosti je bilo opozorjeno že v samem postopku sprejemanja zakona, a podporniki so se očitno odločili, da je bolje, da imamo pomanjkljiv zakon, kot pa da ga sploh nimamo, in upe o zgladni ureditvi preložili na pristojno ministrstvo.

Z ZOA smo v naši državi stopili na pravo pot, a ključna naloga torej čaka ministrstvo. To bo moralo po svojih najboljših močeh odpraviti nedoslednosti ter z nadaljnimi predpisi odgovoriti na odprta vprašanja, na katera je bilo opozorjeno tudi v tem prispevku. V nasprotnem primeru se lahko zgodi, da bodo zakonska določila ostala le mrtva črka na papirju, ki v praksi ne bodo mogla zaživeti.

## VIRI IN LITERATURA

Brennan, C., Traustadóttir, R., Rice, J., Anderberg, P. (2016). Negotiating independence, choice and autonomy: experiences of parents who coordinate personal assistance on behalf of their adult son or daughter, *Disability & Society*, 31:5, 604–621.

Ermenc, H. (2015). Osebna asistencija mora postati pravica. *Glasilo zveze paraplegikov Slovenije*.

Huys, J.: Direct payments systems in support of persons with disabilities in Europe. Speech during the ENIL conference dedicated to Direct payments. Strasbourg, 2009.

Jakovljevič, I. (2017). Vsaka pomoč invalidu ni osebna asistencija, str. 5. Časnik *Delo*, 12.1.2017, Ljubljana.

Jolly, D. (2009). Personal Assistance and Independent Living: article 19 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

Kelly, C. (2011). Making 'Care' Accessible: Personal Assistance for Disabled People and the Politics of Language. *Critical Social Policy* 31 (4): 562–582.

Kobal, B., Žakelj, T., Smolej, S.: Neodvisno življenje invalidov v izbranih državah Evropske unije. Osnutek poročila, 2004. Dostopen na: <https://www.irssv.si/upload2/NEODVISNO%20ZIVLJENJE%20INVALIDOV%20V%20IZBRANIH%20DRZAVAH%20EVROPSKE%20UNIJE.pdf>.

MDDSZ: Akcijski program za invalide 2014-2021. Dostopen na: [http://www.mddsz.gov.si/fileadmin/mddsz.gov.si/pageuploads/dokumenti\\_\\_pdf/invalidi\\_vzv/API\\_2014-2021.pdf](http://www.mddsz.gov.si/fileadmin/mddsz.gov.si/pageuploads/dokumenti__pdf/invalidi_vzv/API_2014-2021.pdf).

Morris, J. (2007). Care or Empowerment? A Rights Perspective. *Social Policy and Public*

Administration 31 (1): 54–60.

Smolej, S., Nagode, M. (2012). Osebna asistenca - možnost za samostojno življenje v domačem okolju. Časopis za kritiko znanosti, letnik 40, številka 250, str. 144–152, 296, 304.

Smolej, S., Nagode, M.: Spremljanje izvajanja socialnovarstvenih programov, ki dopolnjujejo javno službo na tem področju. Analiza programov osebne asistencije. Končno poročilo. Ljubljana, 2007. Dostopno na: [http://www.mddsz.gov.si/fileadmin/mddsz.gov.si/pageuploads/dokumenti\\_\\_\\_pdf/osebna\\_asistenca.pdf](http://www.mddsz.gov.si/fileadmin/mddsz.gov.si/pageuploads/dokumenti___pdf/osebna_asistenca.pdf).

Smolej Jež, S., Nagode, M.: Spremljanje programov osebne asistencije - analiza izvajanja programov v letu 2015. Končno poročilo. IRSSV. Ljubljana, 2016. Dostopno na: [https://www.irsv.si/upload2/Osebna%20asistenca\\_IRSSV2016.pdf](https://www.irsv.si/upload2/Osebna%20asistenca_IRSSV2016.pdf).

Strban, G. (2012). Odvisnost od oskrbe drugega - novo socialno tveganje? Zbornik znanstvenih razprav, letnik 72, volumen 72, str. 211–240.

Williams, V., Simons, K., Gramlich, S., McBride, G., Snelham, N., Myers, B. (2003). Paying the Piper and Calling the Tune? The Relationship Between Parents and Direct Payments for People with Intellectual Disabilities. Journal of Applied Research in Intellectual Disabilities, 16, 219–228.

Wraber, T. (2017). Odpravite diskriminatorsna določila, str. 5. Časnik Delo, 4.1.2017, Ljubljana.

YHD: Predlog zakona o OA, 2012 in 2015. Dostopna na: <http://www.yhd-drustvo.si/nzh/zakon-o-osebni-asistenci.html>.

Zaviršek, D., Krstulović, G., Leskošek, V., Videmšek, P., Bohinec, M., Pečarič, E., Jeseničnik, N. in Poropat, K.: Analiza sistema institucionalnega varstva in možnosti nevladnih organizacij zagotavljati storitve v skupnosti za uresničevanje deinstitucionalizacije v Sloveniji. YHD - Društvo za teorijo in kulturo hendikepa. Ljubljana, 2015.

27. redna seja Državnega zbora. Dostopna na: <https://www.dz-rs.si/wps/portal/Home/deloDZ/seje/izbranaSeja?seja=27.%20Redna&start=2017-02-14&mandat=VII>.

Konvencija o pravicah invalidov in Izbirni protokol h Konvenciji o pravicah invalidov, sprejeta v Generalni skupščini ZN v New Yorku, 13. decembra 2006, veljati je začela 3. maja 2008, objavljena v Ur.l. RS - Mednarodne pogodbe, št. 10/08.

Zakon o osebni asistenci (ZOA), Uradni list RS, št. 10/17.

Zakon o spremembah in dopolnitvah zakona o osebni asistenci (ZOA-A), predlog Vade RS, EVA:2017-2611-0057, Št.: 00711-2/2018/6, z dne 25. 1. 2018.

Zakon o pokojninskem in invalidskem zavarovanju (Uradni list RS, št. 96/12, 39/13, 99/13 - ZSVarPre-C, 101/13 - ZIPRS1415, 44/14 - ORZPIZ206, 85/14 - ZUJF-B, 95/14 - ZUJF-C, 90/15 - ZIUPTD, 102/15, 23/17 in 40/17).

Zakon o ratifikaciji Konvencije o pravicah invalidov in Izbirnega protokola h Konvenciji o pravicah invalidov, Uradni list RS - Mednarodne pogodbe, št. 10/08.

Zakon o socialnem varstvu (ZSV), Uradni list RS, št. 3/07 - uradno prečiščeno besedilo, 23/07 - popr., 41/07 - popr., 61/10 - ZSVarPre, 62/10 - ZUPJS, 57/12, 39/16 in 52/16 - ZPPreb-1.

Besedilo predloga ZOA in celoten postopek sprejema zakona. Dostopen na: [https://www.dz-rs.si/wps/portal/Home/deloDZ/zakonodaja/izbranZakonAkt?uid=C1257A70003EE6A1C1258076003B5728&db=kon\\_zak&mandat=VII](https://www.dz-rs.si/wps/portal/Home/deloDZ/zakonodaja/izbranZakonAkt?uid=C1257A70003EE6A1C1258076003B5728&db=kon_zak&mandat=VII), vključno z mnenjem Vlade RS, dostopno na: [https://www.dz-rs.si/wps/portal/Home/deloDZ/zakonodaja/izbranZakonAkt?uid=C1257A70003EE6A1C125808A004367A3&db=kon\\_zak&mandat=VII&tip=doc](https://www.dz-rs.si/wps/portal/Home/deloDZ/zakonodaja/izbranZakonAkt?uid=C1257A70003EE6A1C125808A004367A3&db=kon_zak&mandat=VII&tip=doc).



## Open Questions Related to the New Personal Assistance Act

Simona Zupančič, Grega Strban\*

### Summary

In 2008, Slovenia ratified the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities and thus committed itself to ensure the right to independent living, including the right to personal assistance. After a long period of time, in February 2017, the Slovenian Parliament adopted the Personal Assistance Act (PAA) which regulates the right to personal assistance. The existing system does not recognise personal assistance as of right, and therefore proves to be ineffective and inadequate. The PAA which recognises the new right will come into force in 2019, and the interim period calls for the establishment of the new system. The right is given to all groups of disabled people, regardless of their income or means. According to the PAA, the individual needs to be either of Slovenian nationality or a foreigner with permanent residence in Slovenia, is in need of assistance in carrying out the activities of daily living connected to independent personal and family life, integration into everyday life, education and employment, is living or wants to live outside the institutional care, needs at least 30 hours of personal assistance per week and is aged 18 to 65 years.

The PAA defines personal assistance as “the assistance to the user in all those tasks and activities that cannot be performed by the user itself because of the type and degree of disability, but are still necessary in everyday life at home and outside of home in order to live an independent, active and an equally involved life in the society.” The purpose of the PAA is to enable the disabled to live in a community and to have equal right to decide. Thus, Personal Assistance has to be ensured at home, at work place, in education and in social integration. The goal pursued by the PAA is to “provide support for the disabled in the pursuit of those activities related to inclusion in society that cannot be carried out alone by the nature and degree of disability.”

---

\* Simona Zupančič, Master of Law  
Grega Strban, doktor pravnih znanosti, profesor in prodekan na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani  
grega.strban@pf.uni-lj.si  
Grega Strban, PhD, Professor and Vice Dean at the Faculty of Law, University of Ljubljana, Slovenia.

The main topics of the present paper are inconsistencies and open issues of the PAA. Ambiguity arises in the very name of the Act, as well as in its individual provisions. For example, the two conditions for the eligibility, namely 30 hours of assistance per week and age 18 to 65 years led to turbulent debate, as they exclude a large number of potential users. Nevertheless, limited national budget calls for some restrictions in the name of effectively ensured right. Furthermore, the Act introduces two exceptions in this regard; first "a communication supplement" that de facto eliminates these two conditions for the disabled with sensory impairment, and second, it specifies that in case where the disabled acquires this right before the age of 65 he/she will stay eligible for personal assistance after this age. However, the State needs to ensure that the disabled persons, who are not covered by the PAA, still have similar rights on other legal grounds.

The paper also focuses on the provision of the PAA which establishes that in case of inability of the user to manage his/her own assistance, his/her tasks are taken over by a legal representative. The Act recognises only one situation, namely, when the disabled is not able to express him/herself in any way possible, but it overlooks other possible situations, when the disabled is able to communicate, but is still not completely able to manage his/her own assistance.

Furthermore, the PAA provides the user with a free choice of personal assistance service and a personal assistant. However, the article diction is not precise enough; it is not evident whether the user is entitled to choose any personal assistance service throughout the State, whether the user can choose anyone for personal assistance and ask the service to employ them, and last but not least, it is not explicit enough whether the work of a personal assistant can be carried out by a family member.

The last topic of the paper deals with the question of financing. Personal assistance will be financed by the State budget, however part of the resources will be provided by the disabled's care allowance. Social Work Centres will decide on eligibility criteria on the basis of the opinion issued by the Expert Commission of the Centre. The PAA introduces indirect funding – the resources will be assigned to the services, and the services will offer the benefit in kind (personal assistance). This arrangement is more or less unambiguous. There are still some open questions about the coverage of the actual costs (such as transportation of the user and the assistant, costs for a meal etc.). However, the problem arises in an inconsistent assessment of the financial consequences of

the Act. Consequently, even after the adoption of the PAA, it is not clear to what extent the state budget will be charged. The possible excessive financial burden must not lead to actual denial of the right in practice.

This last claim in fact applies to the entire PAA – it must not be allowed that the inconsistencies and open issues endanger the implementation of the right in practice and to the persons in need of personal assistance.

## Sodelovanje delavcev pri upravljanju v enotirnem sistemu upravljanja delniške družbe

Anja Strojín Štampar\*

UDK: 349.2:331.107:347.7

**Povzetek:** Prispevek obravnava ključne pristojnosti in odgovornosti predstavnikov zaposlenih v upravnem odboru in v vlogi izvršnih direktorjev delniške družbe z enotirnim sistemom upravljanja na podlagi analize določb ZGD-1 in ZSDU ter sodne prakse. Posebne pristojnosti upravnega odbora in delavskih predstavnikov v primerjavi z dvotirnim sistemom upravljanja se odražajo v razširjeni odgovornosti članov upravnega odbora za vodenje in poslovno uspešnost družbe. Primernost zakonske ureditve delavskega soupravljanja v enotirnem sistemu upravljanja je potrdilo tudi Ustavno sodišče RS z oceno, da je urejeno na primerljivi ravni kot v dvotirnem sistemu upravljanja.

**Ključne besede:** korporativno upravljanje, delniška družba, enotirni sistem upravljanja, upravni odbor, delavski izvršni direktor, delavsko soupravljanje, skrbnost in odgovornost.

### **Employee Participation in a One-tier Corporate Governance System of a Stock Company**

#### **Abstract**

*The article contains an overview of the key duties and liability of employee representatives on the board of directors and of employee executive directors in a stock company with one-tier governance system, based on the analysis of the relevant Slovenian legislation and jurisprudence. Special duties of board of directors and employee representatives result in the extended liability of board of directors for overall management and business performance of a company. The appropriateness of the employee*

---

\* Anja Strojín Štampar, doktorica znanosti s področja prava in magistrica poslovnih ved, Odvetniška pisarna Štampar Strojín, Ljubljana.

Anja Strojín Štampar, PhD and Master's Degree in Business Administration, Law office Štampar Strojín, Ljubljana.

anja.strojín@siol.net

*representation model in the one-tier corporate governance system has also been confirmed by the Slovene Constitutional Court, which has held that the employee participation in the one-tier governance system had been regulated on a comparable but not identical level as employee participation in the two-tier governance system*

**Key words:** corporate governance, stock company, one-tier governance system, board of directors, employee executive director, employee participation, director's duties and liability.

## 1. UVOD

Enotirni sistem upravljanja delniške družbe v Sloveniji poznamo od uveljavitve novele *Zakona o gospodarskih družbah* (v nadaljevanju ZGD-1) v letu 2006.<sup>1</sup> V slovenski pravni red je bil uveden na podlagi *Uredbe Sveta (ES) št. 2157/2001 z dne 8. oktobra 2001 o statutu evropske delniške družbe (SE)* (v nadaljevanju Uredba SE), na podlagi katere je morala Slovenija v svoji nacionalni zakonodaji urediti tudi to obliko upravljanja delniške družbe, poleg že urejenega dvotirnega sistema upravljanja, ta obveznost pa se je sicer nanašala le na primere, kadar gre za evropske delniške družbe in ne nacionalne. Eden izmed glavnih razlogov za počasno sprejemanje Uredbe SE (uredba se je sprejemala skoraj tri desetletja) je bila prav ureditev sodelovanja delavcev pri upravljanju SE, kar je zaradi raznolikosti modelov delavskega soupravljanja v državah članicah Evropske unije pripeljalo do sprejema posebne direktive, tj. *Direktive št. 2001/86 o udeležbi delavcev* (v nadaljevanju Direktiva SE)<sup>2</sup>, ki je bila prenesena v slovenski pravni red z *Zakonom o sodelovanju delavcev pri upravljanju evropske delniške družbe (SE)* (v nadaljevanju ZSDUEDD).<sup>3</sup> ZSDUEDD se uporablja za SE, ki imajo sedež v

<sup>1</sup> Zakon o gospodarskih družbah – ZGD-1 (Ur.l. RS, št. 65/2009 – UPB3, 33/2011, 91/2011, 32/2012, 57/2012, 44/2013 – odl. US, 82/2013, 55/2015, 15/2017).

<sup>2</sup> Direktiva SE dopolnjuje Uredbo SE, ki vprašan delavskega soupravljanja ne ureja zaradi raznolikosti nacionalnih ureditev. Temeljni načeli Direktive SE sta prosto urejanje udeležbe delavcev v SE (izbira modela soupravljanja je predmet dogovora med družbo in delavci) in načelo ohranitve udeležbe na obstoječi ravni (glede na najvišjo obstoječo raven – načelo »prej-pozneje«). Glej tudi Rajgelj, Barbara, 2007, str. 317–330; Prelič, Saša in Prostor, Jerneja, 2009, str. 183–204; Bedrač, Janja, 2004, str. 646.

<sup>3</sup> Zakon o sodelovanju delavcev pri upravljanju evropske delniške družbe (SE) (Ur.l. RS, št. 28/2006).

Republiki Sloveniji (v nadaljevanju RS), in za delavce, ki so zaposleni v udeleženih družbah, odvisnih družbah in podružnicah SE s sedežem v RS (2. člen).

V prispevku bom obravnavala sodelovanje delavcev pri upravljanju v domači delniški družbi, tj. delniški družbi, ustanovljeni v skladu z ZGD-1, s sedežem v RS, z enotirnim sistemom upravljanja. V prvih dveh razdelkih prispevek obravnava primerjalno-pravni pregled delavskega soupravljanja in sistem delavskega soupravljanja v RS. V tretjem razdelku sledi podrobnejša pravna analiza določb ZSDU o sodelovanju delavskih predstavnikov v organih delniške družbe z enotirnim sistemom upravljanja v povezavi z določbami ZGD-1, zlasti z vidika postopka imenovanja, nalog in odgovornosti delavskih predstavnikov. Temo sem obravnavala v okviru svoje doktorske disertacije z naslovom »Enotirni sistem upravljanja delniške družbe«, <sup>4</sup> izvajanje enotirnega sistema upravljanja v praksi pa sem raziskovala v magistrskem delu z naslovom »Analiza stroškov korporativnega upravljanja v enotirnem sistemu upravljanja delniške družbe«. <sup>5</sup>

## **2. SOUPRAVLJANE ZAPOSLENIH V ENOTIRNEM SISTEMU UPRAVLJANJA – PRIMERJALNO PRAVNI POGLED**

Enotirni sistem upravljanja se je razvil v anglosaškem pravnem redu (ZDA, Kanada in Združeno kraljestvo) in zanj ni značilno sodelovanje delavcev pri upravljanju gospodarskih družb. Prevezle so ga tudi nekatere države civilne pravne tradicije v Evropi in ga razvile v skladu z načeli in značilnostmi svojih pravnih ureditev. V Evropi tako poznamo več različnih oblik enotirnega sistema upravljanja, v katerih so različno poudarjeni značilni elementi enotirnega sistema upravljanja (npr. razdelitve poslovodnih pristojnosti med upravnim odborom in izvršnimi direktorji in vpliv skupščine na vodenje družbe). <sup>6</sup>

Iz novejših študij korporativnega upravljanja v Evropi <sup>7</sup> izhaja, da soupravljanje v enotirnem sistemu upravljanja poznajo na Norveškem, Švedskem in v Luksemburgu, Grčiji, Španiji ter v nekaterih pravnih redih z obema sistemoma

---

<sup>4</sup> Strojín Štampar, Anja, 2017a.

<sup>5</sup> Strojín Štampar, Anja, 2017b.

<sup>6</sup> Več o tem Strojín Štampar, Anja, 2017a, str. 48–89; Bohinc, 2010; Gerner-Beuerle, Carsten, Paech, Philipp & Schuster, Edmund Philipp, 2013.

<sup>7</sup> Glej Gerner-Beuerle, Carsten, Paech, Philipp & Schuster, Edmund Philipp, 2013, str. 9, in Guide to Corporate Governance Practices in the European Union, 2015, str. 15.

upravljanja delniške družbe (Finska, Francija). V evropskih državah z dvotirnim sistemom (ali obema) upravljanja delniške družbe poznajo obsežne pravice delavske participacije v Avstriji, Nemčiji, na Češkem, Danskem, Madžarskem, Nizozemskem, Hrvaškem, Slovaškem in v Sloveniji, omejene pravice pa tudi na Poljskem. Delavci sodelujejo pri upravljanju gospodarskih družb v zelo omejenem obsegu v pravnih redih Belgije, Cipra, Združenega kraljestva, Irske, Bolgarije, Romunije, Malte, Portugalske, Italije, Litve, Estonije in Latvije, zlasti preko sindikalnega delovanja.

### 3. SODELOVANJE DELAVCEV PRI UPRAVLJANJU V RS

Zakonska ureditev sodelovanja delavcev pri upravljanju delniških družb v Sloveniji temelji na 75. členu Ustave RS<sup>8</sup>, natančneje pa je urejena v *Zakonu o sodelovanju delavcev pri upravljanju* (v nadaljevanju ZSDU).<sup>9</sup> Temeljno načelo delavskega soupravljanja je načelo izbirnosti oziroma avtonomije delavcev, ki je zapisano v 5. členu ZSDU.<sup>10</sup> Delavci so avtonomni v odločitvi, katere pravice iz ZSDU bodo izvrševali in v kakšnem obsegu (ali sploh), o čemer se dogovorijo s poslovodstvom družbe z dogovorom o soupravljanju (t.i. participacijski dogovor). Več slovenskih pravnih strokovnjakov poudarja, da je sodelovanje pri upravljanju družbe delavska pravica in ne dolžnost, zato jo delavci uresničujejo po svoji presoji in volji.<sup>11</sup>

Zadeve, ki so predmet delavskega soupravljanja, niso izrecno določene, ampak jih zakon opredeljuje načelno kot zadeve, »ki vplivajo na vsebino in organizacijo dela ter na določitev in izvajanje aktivnosti, namenjenih izboljševanju delovnih razmer oziroma humanizaciji delovnega okolja in doseganju uspešnega

<sup>8</sup> 75. člen Ustave RS določa: »Delavci sodelujejo pri upravljanju v gospodarskih organizacijah in zavodih na način in pod pogoji, ki jih določa zakon.«

<sup>9</sup> Zakonu o sodelovanju delavcev pri upravljanju – ZSDU (Ur.l. RS, št. 42/2007 – UPB1).

<sup>10</sup> Primerjaj prvi in drugi odstavek 5. člena ZSDU: »(1) Poleg načinov sodelovanja delavcev pri upravljanju, določenih z 2. členom tega zakona, se lahko z dogovorom med svetom delavcev in delodajalcem določijo tudi drugi načini sodelovanja delavcev pri upravljanju. (2) S pisnim dogovorom med svetom delavcev in delodajalcem se podrobneje uredi uresničevanje pravic iz tega zakona ter druga vprašanja, za katera je s tem zakonom tako določeno, lahko pa se dogovori tudi več soupravljaljskih pravic delavcev, kot jih določa ta zakon.«

<sup>11</sup> Glej Ivanjko v Ivanjko, Šime, Kocbek, Marijan in Prelič, Saša, 2009, str. 295. Tudi Končar v Komentarju ZSDU, 1993, str. 17, in Franca, Valentina, 2016, str. 361.

poslovanja družbe« (4. člen ZSDU). ZSDU v VI. poglavju določa omejitve soupravljanja na način, da izrecno opredeljuje zadeve, o katerih se odloča v okviru posamezne oblike delavske participacije (na primer zadeve, ki so predmet skupnega posvetovanja ali soodločanja), vendar pa takšna zakonska ureditev ne onemogoča drugačnega dogovora o načinu in predmetu delavskega soupravljanja, vendar ne v smislu, da se dogovorijo, da ni treba obveščati ali se posvetovati o zadevah, ki so določene v ZSDU.

Ob formalno-pravni uvedbi enotirnega sistema upravljanja je bilo delavsko soupravljanje najprej začasno urejeno v 703. členu ZGD-1, kar je veljalo do uveljavitve novele ZSDU-B<sup>12</sup> v letu 2007, ko je bilo v 78. členu ZSDU izrecno urejeno tudi sodelovanje zaposlenih v organih delniške družbe z enotirnim sistemom upravljanja. Tudi v Sloveniji je bila uvedba enotirnega sistema upravljanja predmet daljšega strokovnega usklajevanja prav zaradi vprašanj, povezanih z ureditvijo delavskega soupravljanja, saj je bila ob prvem predlogu izražena ocena stroke, da sodelovanje delavcev pri upravljanju ni na ustrezni ravni v primerjavi z dvotirnim sistemom upravljanja.<sup>13</sup> Na koncu je bilo sprejeto stališče, da prehodne določbe ZGD-1 in dopolnitev ZSDU urejajo delavsko participacijo v delniških družbah z enotirnim sistemom upravljanja na primerljivi ravni z ureditvijo v delniških družbah z dvotirnim sistemom upravljanja.<sup>14</sup> Z odločbo, opr. št. U-I-268/06T, je to stališče v letu 2009 potrdilo tudi Ustavno sodišče RS, ki je v postopku za presojo ustavnosti odločilo, da določbe drugega odstavka 79. člena in drugega odstavka 81. člena ZSDU niso v neskladju z Ustavo RS in da pravica delavcev do soupravljanja v enotirnem sistemu upravljanja ni kršena: »Iz splošnega načela enakosti pred zakonom iz drugega odstavka 14. člena Ustave ne izhaja zahteva, da mora zakonodajalec različne položaje urejati enako, temveč le, da naj bistveno enake položaje ureja enako. V tem primeru ne gre za enaka položaja. Položaja in vloge nadzornega sveta v dvotirnem sistemu namreč ni mogoče enačiti s položajem in z vlogo upravnega odbora v enotirnem sistemu upravljanja v delniški družbi in s tem tudi ne položajev in participacije delavcev v navedenih organih.«

---

<sup>12</sup> Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o sodelovanju delavcev pri upravljanju - ZSDU-B (Ur.l. RS, št. 26/07).

<sup>13</sup> Glej Gostiša, Mato, 2005, str. 6–8.

<sup>14</sup> ZSDU je bil oblikovan po vzoru nemškega modela sodelovanja delavcev pri odločanju in soodločanju. Glej Uvod h komentarju ZSDU, 1993, str. 13.



## 4. SODELOVANJE DELAVCEV V ORGANIH DELNIŠKE DRUŽBE Z ENOTIRNIM SISTEMOM UPRAVLJANJA

78. člen ZSDU določa, da imajo delavci pravico do imenovanja svojih predstavnikov v upravni odbor družbe in v njegove komisije, na njihov predlog pa lahko upravni odbor imenuje tudi delavskega izvršnega direktorja. To pravilo ne velja za majhne in mikro družbe po kriterijih iz 55. člena ZGD-1 (primerjaj 84.a člen ZSDU),<sup>15</sup> prav tako pa se ne uporablja za sodelovanje delavcev v evropski delniški družbi, saj to ureja ZSDUEDD.

### 4.1. Upravni odbor

V enotirnem sistemu upravljanja upravni odbor vodi družbo in nadzoruje izvajanje njenih poslov (prvi odstavek 285. člena ZGD-1). Upravni odbor tako izvršuje vse tri funkcije upravljanja družbe: nadzorstveno, poslovodno in zastopniško funkcijo. Kot nosilec nadzorstvene funkcije upravni odbor izvaja vse naloge nadzornega sveta v dvotirnem sistemu upravljanja (drugi odstavek 285. člena ZGD-1), kot nosilec poslovodne funkcije pa izvršuje pristojnosti uprave v dvotirnem sistemu upravljanja. Na izvršne direktorje lahko prenese le del svojih poslovodnih pristojnosti, in sicer tiste, ki so določene v četrtem odstavku 290. člena ZGD-1. Ostale poslovodne pristojnosti upravnega odbora so neprenosljive, bodisi na podlagi izrecne zakonske določbe (npr. 267. člen v zvezi z drugim odstavkom 285. člena, oba ZGD-1) bodisi implicitno, upošteva taksativno našete prenosljive pristojnosti v četrtem odstavku 290. člena ZGD-1).<sup>16</sup> Na podlagi prvega odstavka 286. člena upravni odbor tudi predstavlja in zastopa družbo,

<sup>15</sup> ZSDU ni usklajen s spremembo 55. člena ZGD-1, ki je uvedla kategorijo *mikro* družb, zato je na podlagi razlogovanja *a fortiori* pri razlagi 84.a člena ZSDU treba zajeti tudi to vrsto družb, saj ne izpolnjujejo niti kriterijev za majhne družbe, za katere je participacija izrecno izključena (tako tudi Ivanjko v Ivanjko, Šime, Kocbek, Marijan in Prelič, Saša, 2009, str. 293). Ustavno sodišče je v odločbi, opr. št. U-I 268/06, ugotovilo, da tovrstna izključitev delavske participacije v 84.a členu ZSDU ni v neskladju z Ustavo RS.

<sup>16</sup> V slovenski pravni teoriji ni poenoteno stališče glede obsega prenosa poslovodnih nalog na izvršne direktorje, vendar prevladuje stališče, da je nabor prenosljivih poslovodnih nalog v četrtem odstavku 290. člena ZGD-1 določen taksativno in ne goljof primeroma. Bohinc v Velikem komentarju ZGD-1, 2014, str. 255; Kocbek v Ivanjko, Šime, Kocbek, Marijan in Prelič, Saša, 2009, str. 613; Jovanović v Jovanović, Dušan in Strojín Štampar, Anja, 2007, str. 25; Prelič, Saša in Prostor, Jerneja, 2009, str. 163; Strojín Štampar, Anja, 2017a, str. 138 in 139.

lahko pa pooblastilo za zastopanje delno ali v celoti prenese na izvršne direktorje (drugi odstavek 286. člena ZGD-1).

Najmanj eden izmed članov upravnega odbora mora biti predstavnik zaposlenih, pri čemer ZGD-1 določa tri člane kot najmanjše število članov upravnega odbora. Če statut določi večje število članov, imajo zaposleni pravico do najmanj enega predstavnika na tri dopolnjene člane upravnega odbora (drugi odstavek 79. člena ZSDU). V primeru petčlanskega upravnega odbora bodo tako delavci lahko imenovali najmanj enega predstavnika, v šestčlanskem pa dva predstavnika. Posebnost ureditve v enotirnem sistemu upravljanja je, da zgornje število članov ni določeno (ZSDU uporablja besedo »najmanj«), v dvotirnem sistemu za zakon določa najmanjše in največje število članov nadzornega sveta – predstavnikov delavcev.<sup>17</sup>

ZSDU določa, da predstavniki zaposlenih v upravnem odboru »zastopajo interese vseh delavcev v okviru pooblastil tega organa v skladu z zakonom, ki ureja gospodarske družbe, ..., in statutom družbe« (prvi odstavek 80. člena). Glede pravic in obveznosti članov upravnega odbora – predstavnikov zaposlenih ZGD-1 ne določa posebnih pravil, zato se zanje uporabljajo vse določbe, ki veljajo za člane upravnega odbora – predstavnike kapitala (členi 253–291 ZGD-1). Izjemo določa le četrti odstavek 79. člena ZSDU, ki izključuje imenovanje predstavnika zaposlenih za predsednika upravnega odbora.

#### **4.1.1. Pogoji za imenovanje**

ZSDU v 79. členu določa poseben pogoj za delavskega predstavnika v upravnem odboru, in sicer izrecno izključuje možnost imenovanja osebe za predstavnika delavcev v nadzornem svetu ali upravnem odboru, ki je sicer zaposlena v družbi, pa po ZSDU nima aktivne in pasivne volilne pravice v svet delavcev (tretji odstavek 79. člena ZSDU).<sup>18</sup> To določilo torej izključuje osebe, ki so nepretrgoma zaposlene v družbi manj kot šest mesecev, in člane ožjega posloводства družbe

---

<sup>17</sup> Prvi odstavek 79. člena ZSDU določa, da število predstavnikov delavcev v nadzornem svetu ne sme biti manjše od ene tretjine in ne večje od ene polovice članov, točno število pa se določi s statutom družbe.

<sup>18</sup> Po 12. členu ZSDU imajo aktivno volilno pravico vsi delavci, ki delajo v družbi nepretrgoma najmanj šest mesecev, razen direktorja, delavcev, ki imajo sklenjeno pogodbo o zaposlitvi po 72. členu ZDR/02 in prokuristov. Na volitvah tudi ne morejo glasovati družinski člani vodilnega osebja, to so: zakonci, otroci, vnuki, starši, posvojitelji ter bratje in sestre.

(poslovodni organ, prokurist, delavci, ki imajo sklenjeno pogodbo o zaposlitvi po 72. členu ZDR/02) ter njihove ožje družinske člane. Za člana upravnega odbora tudi ne morejo biti imenovani tisti, ki sicer imajo aktivno volilno pravico, vendar niso zaposleni v družbi nepretrgoma najmanj 12 mesecev.<sup>19</sup>

V sodni praksi<sup>20</sup> in pravni teoriji ni sporno,<sup>21</sup> da morajo predstavniki zaposlenih v organih družbe izpolnjevati splošne pogoje za člana organa vodenja in nadzora, ki so določeni v drugem odstavku 255. člena ZGD-1. V praksi in teoriji pa ni poenoteno stališče glede vprašanja, ali lahko delničarji s statutom določijo dodatne pogoje za člane upravnega odbora in delavske izvršne direktorje (enako velja za člane nadzornega sveta – predstavnike zaposlenih in delavske direktorje).

Stališče, da imajo delničarji pravico določiti s statutom posebne pogoje tudi za predstavnike zaposlenih, temelji na zakonski izenačenosti članov organov vodenja in nadzora (primerjaj prvi odstavek 80. člena ZSDU), ne glede na to, kateri deležniški skupini pripadajo (delničarjem ali zaposlenim). Upravni odbor je kolektiven organ, katerega člani so enakopravni v svojih pravicah in obveznostih, ki jih določa ZGD-1 v členih 253 do 291. Vsi člani organa vodenja in nadzora morajo ravnati s poklicno skrbnostjo vestnega in poštenega gospodarstvenika, kar predpisuje prvi odstavek 263. člena ZGD-1. Z določanjem posebnih dodatnih pogojev za člane upravnega odbora (ali nadzornega sveta), predstavnike zaposlenih ali kapitala, zlasti z določitvijo posebnih pogojev glede izobrazbe in delovnih izkušenj, delničarji delujejo v smeri povečevanja kompetenc članov organa vodenja in nadzora, s čimer se zmanjšujejo tveganja nestrokovnega ravnanja in morebitnega oškodovanja družbe. To stališče potrjujejo tudi določbe drugih zakonov, na primer Zakona o zavarovalništvu (ZZavar-1), ki v tretjem odstavku 54. člena predpisuje obvezno licenciranje za predstavnike zaposlenih v organih vodenja, za predstavnike zaposlenih v nadzornem organu zavarovalnice pa predpisuje enake posebne pogoje, kot veljajo za predstavnike kapitala (prim. 59. in 67. člen).<sup>22</sup>

<sup>19</sup> Primerjaj 13. člen ZSDU.

<sup>20</sup> Glej sodbi VDSS z opr. št. X Pdp 699/2011 in opr.št. V Pdp 1183/2010, v kateri sodišče ugotavlja, da morajo delavski direktorji izpolnjevati pogoje iz drugega odstavka 255. člena ZGD-1.

<sup>21</sup> Glej Podgorelec v Kocbek, Marijan, Ivanjko, Šime, Bratina, Borut in Podgorelec, Peter, 2010, str. 374. Glej tudi Mežnar v komentarju k 84. členu ZSDU, 1993, str. 183.

<sup>22</sup> Drugačno stališče pa zastopa Podgorelec, ki meni, da statut za delavske predstavnike ne more določati dodatnih pogojev, saj bi to pomenilo »prevelik poseg delničarjev v svobodo izbire dela

Nedvomno pa lahko posebne pogoje za predstavnike zaposlenih določi svet delavcev s svojim poslovnikom ali posebnim sklepom (primerjaj sedmi odstavek 79. člena ZSDU). V zadnjem času se je v praksi izoblikovala posebna statutarna ureditev, ki predvideva, da svet delavcev in nadzorni svet skupaj določita pogoje za delavskega predstavnika v poslovodnem organu (delavskega direktorja), npr. v primeru Krke, d. d. (točka 6.3 Statuta z dne 7. 7. 2016), in Luke Koper, d. d. (točka 29.a Statuta z dne 1. 7. 2016). Takšen pristop bi lahko uporabili tudi v primeru enotirnega sistema upravljanja.

Osebnostno menim, da je statutarno določanje posebnih pogojev za predstavnike zaposlenih v organu vodenja ali nadzora pravno dopustno, vendar v obsegu, ki po vsebini ne onemogoča uresničevanja pravice delavcev do imenovanja svojih predstavnikov v organe družbe. Določitev pogojev, ki dejansko (absolutno) onemogoča izbiro in imenovanje predstavnika zaposlenih v organ družbe, je nično, saj nasprotuje določbam ZSDU, ki določajo pravico do sodelovanja pri upravljanju družbe.

Na podlagi šestega odstavka 79. člena ZSDU predstavnike zaposlenih v upravnem odboru in njegovih komisijah neposredno imenuje in odpokliče svet delavcev. Tako kandidacijski postopek kot postopek odpoklica se uredita s poslovnikom sveta delavcev (sedmi odstavek 79. člena ZSDU), predstavnik zaposlenih pa nastopi mandat že s sprejemom sklepa sveta delavcev (ali na datum, ki ga določa sklep sveta delavcev), saj ima sklep konstitutivno pravno naravo. Vpis delavskega predstavnika v sodni register je obvezen, vendar ima le deklaratoren učinek.<sup>23</sup> V skladu s šestim odstavkom 79. člena ZSDU se delničarji seznanijo z imenovanjem ali odpoklicem predstavnika zaposlenih v upravnem odboru na zasedanju skupščine (včasih se o tem sprejme ugotovitveni sklep), spremembe v imenovanju delavskih predstavnikov pa se priglašajo v sodni register v enakih rokih in na enak način, kot velja za predstavnike kapitala, in sicer v 15 dneh od izpolnitve pogojev za vpis v sodni register (tretji odstavek 47. člena ZGD-1).

---

članov upravnega odbora, ki ga izvoli svet delavcev«, lahko pa posebne pogoje določi svet delavcev sam. Podgorelec v Kocbek, Marijan, Ivanjko, Šime, Bratina, Borut in Podgorelec, Peter, 2010, str. 374.

<sup>23</sup> V slovenski sodni praksi je ustaljeno stališče, da so vpisi v sodni register deklaratorne narave, razen kadar zakon izrecno določa, da je vpis konstitutivne narave (npr. ustanovitev družbe (prvi odstavek 5. člena ZGD-1), sprememba statuta (tretji odstavek 332. člena ZGD-1)). Ustaljeno sodno prakso je potrdilo tudi Ustavno sodišče v Odločbi, Up-323/05-12 z dne 15. 3. 2007.

### 4.1.2. Pristojnosti

ZSDU v prvem odstavku 80. člena določa, da člani upravnega odbora in njegovih komisij, ki so predstavniki delavcev, zastopajo interese vseh delavcev v okviru pooblastil tega organa v skladu z ZGD-1 in statutom družbe. Nekateri slovenski pravni strokovnjaki (Mežnar, Bohinc, Ivanjko, Franca)<sup>24</sup> zagovarjajo stališče, da navedene določbe ni dopustno razlagati na način, da imajo predstavniki zaposlenih v tem organu le naloge v zvezi z zaščito in uveljavljanjem interesov zaposlenih, temveč na način, da je to le njihova dodatna naloga. ZSDU določa v 80. členu, da ima delavski predstavnik dolžnost zastopati interese zaposlenih, kar pa ni mogoče razumeti kot zastopanje v smislu splošnih obligacijskih pravil o zastopanju, ki pomenijo »prenos volje tretjega z neposrednimi pravnimi učinki za tretjega« (primerjaj 70. člen *Obligacijskega zakonika*, v nadaljevanju OZ),<sup>25</sup> ampak kot dolžnost preverjanja poslovnih odločitev z vidika varstva interesov zaposlenih. Ob tem je treba poudariti, da mora predstavnik zaposlenih paziti na interese vseh zaposlenih, ne le posameznih zaposlenih ali njihovih skupin.

Posebna pravica predstavnikov delavcev je določena tudi v drugem odstavku 80. člena ZSDU, ki določa dolžnost upravnega odbora, da na njihovo zahtevo najmanj enkrat letno obravnava poročilo sveta delavcev o uresničevanju pravic delavcev do soupravljanja v družbi v skladu z ZSDU, skupaj s predlogom ukrepov, in se do njega opredeli.

Člani upravnega odbora - predstavniki zaposlenih torej skupaj z drugimi člani upravnega odbora izvajajo neprenosljive pristojnosti upravnega odbora, na primer celostno vodenje družbe, strateško načrtovanje, finančno in poslovno načrtovanje, upravljanje s kadri, finančno upravljanje (s kapitalsko ustreznostjo in likvidnostjo družbe) in odgovornosti do skupščine družbe;<sup>26</sup> v primeru neimenovanja izvršnih direktorjev pa izvajajo vse nadzorstvene in poslovodne pristojnosti ter pristojnost zastopanja družbe. Ker gre za izvirne, neprenosljive pristojnosti upravnega odbora, o njih odloča (sprejema odločitve) upravni odbor, ne le daje soglasje k predlogom odločitev, ki jih oblikujejo izvršni direktorji, kot je to značilno za dvotirni sistem upravljanja, v katerem nadzorni organ (svet) daje

<sup>24</sup> Mežnar v komentarju k 84. členu ZSDU v zvezi s položajem delavskega direktorja ugotavlja, da je povsem enakopraven član uprave, ZSDU pa mu nalaga dodatne obveznosti, Komentar ZSDU, 1993, str. 183. Podobno ugotavljajo tudi Bohinc, Rado in Ivanjko, Šime, 1999, str. 446, ter Franca, Valentina, 2016, str. 361.

<sup>25</sup> Obligacijski zakonik - OZ (Ur.l. RS št. 97/2007 - UPB1, 64/2016 - odl. US).

<sup>26</sup> Stroj in Štampar, Anja, 2017a, str. 152.

soglasje k poslovnim odločitvam, ki jih oblikuje uprava (prim. peti odstavek 281. člena ZGD-1).

Glede zastopanja družbe ZGD-1 v enotirnem sistemu upravljanja delniške družbe dopušča visoko stopnjo statutarne avtonomije (prim. drugi odstavek 286. člena ZGD-1). Statut lahko določi, da družbo zastopajo kot zakoniti zastopniki vsi ali le nekateri člani upravnega odbora v kombinaciji z izvršnimi direktorji. Če so imenovani izvršni direktorji, potem ZGD-1 dopušča izključitev od zastopanja za posamezne člane upravnega odbora ali izvršne direktorje, na primer člana upravnega odbora – predstavnika zaposlenih, kar pa v dvotirnem sistemu upravljanja nima učinka *erga omnes* (za delavskega direktorja).<sup>27</sup> ZGD-1 v petem odstavku 290. člena za izvršne direktorje dopušča tudi omejitve pooblastil, vendar je treba to zakonsko določbo tolmačiti v skladu z drugim odstavkom 9. člena *Publicitetne direktive*,<sup>28</sup> ki izključuje učinek *erga omnes* za vsebinske omejitve pooblastil zakonitih zastopnikov gospodarske družbe (primerjaj 32. člen ZGD-1), tako da je pravno dopustno te omejitve tolmačiti le kot notranje omejitve pristojnosti za zastopanje,<sup>29</sup> razen če izvršni direktor družbo zastopa le kot poslovni pooblaščenec.<sup>30</sup>

## 4.2. Izvršni direktorji

### 4.2.1. Pogoji za imenovanje

V družbi, kjer je zaposlenih več kot 500 delavcev, lahko delavci zahtevajo imenovanje delavskega izvršnega direktorja. To pravico lahko delavci dogovorijo s poslovodstvom v participacijskem dogovoru tudi v družbi z manj zaposlenimi (tretji odstavek 81. člena ZSDU).

Delavskega izvršnega direktorja imenuje upravni odbor na predlog sveta delavcev, in sicer enega izmed predstavnikov zaposlenih v upravnem odboru

<sup>27</sup> Primerjaj prvi in četrti odstavek 266. člena ter drugi odstavek 32. člena, oba ZGD-1.

<sup>28</sup> Prva direktiva Sveta z dne 9. 3. 1968, No. 68/151/EGS - Publicitetna direktiva.

<sup>29</sup> Strojnik Štampar, Anja, 2017a, str. 156; tudi Bohinc v Velikem komentarju ZGD-1, 2014, str. 238, Podgorelec v Kocbek, Marijan, Ivanjko, Šime, Bratina, Borut in Podgorelec, Peter, 2010, str. 353.

<sup>30</sup> Izvršni direktorji lahko družbo zastopajo kot zakoniti zastopniki (po zakonu ali po statutu), prokuristi ali poslovni pooblaščeneci. Strojnik Štampar, Anja, 2017a, str. 177–184.

(drugi odstavek 81. člena ZSDU). Tudi odpoklic delavskega izvršnega direktorja pred iztekom mandata poteka po enakem postopku.

Ne glede na zakonsko določbo pa imenovanje delavskega izvršnega direktorja ni obvezno, če se upravni odbor odloči, da izvršnih direktorjev ne bo imenoval in bo sam v celoti izvrševal funkcijo upravljanja in nadzora nad poslovanjem v družbi. Imenovanje izvršnega direktorja je namreč na podlagi prvega odstavka 290. člena ZGD-1 fakultativno, razen v javnih delniških družbah (prim. prvi odstavek 291. člena ZGD-1). Pravica do imenovanja delavskega izvršnega direktorja tako nastane šele v primeru, če upravni odbor imenuje vsaj enega (»splošnega«) izvršnega direktorja. Delavski izvršni direktor namreč izvršuje svoje pravice in obveznosti v okviru »splošnih pravic in obveznosti, ki pripadajo vsem /.../ izvršnim direktorjem družbe« (84. člen ZSDU), v skladu z ZGD-1 in statutom družbe, zato bo svojo funkcijo izvrševal, če bo družba imenovala izvršne direktorje.<sup>31</sup>

Tako kot v primeru delavskega direktorja ima tudi pri imenovanju delavskega izvršnega direktorja svet delavcev le predlagalno pravico, na katero pa upravni odbor ni vezan pri imenovanju delavskega izvršnega direktorja. Z drugimi besedami: upravni odbor ohrani avtonomnost pri imenovanju izvršnih direktorjev in lahko zavrne predlog za imenovanje kandidata, ki ga je oblikoval svet delavcev. Vendar pa mora biti razlog za zavrnitev utemeljen. Upravni odbor mora namreč pri imenovanju izvršnih direktorjev ravnati kot vesten in pošten gospodarstvenik v dobro družbe (263. člen ZGD-1), zato lahko zavrne le kandidata, za katerega oceni, da ne izpolnjuje zakonskih pogojev ali izkazuje nasprotje interesov.

Avtonomnost pri imenovanju delavskega direktorja je potrdilo Višje delovno in socialno sodišče v Ljubljani s sodbo z opr. št. X Pdp 699/2011, hkrati pa zavzelo stališče, da pri zavrnjenem predlogu lahko vztraja tudi svet delavcev in istega kandidata predloži v imenovanje sodišču. Navedeno sodno prakso lahko smiselno uporabimo tudi v primeru enotirnega sistema upravljanja, saj imenovanje delavskega direktorja v dvotirnem sistemu upravljanja in delavskega izvršnega direktorja v enotirnem sistemu upravljanja poteka po enakem postopku (primerjaj 82. in 83. člen ZSDU). V skladu s 83. členom ZSDU mora upravni odbor v primeru zavrnitve predloga sveta delavcev za imenovanja izvršnega direktorja imenovati posebno delovno telo – odbor, sestavljeno iz enakega števila predstavnikov kapitala v upravnem odboru in članov sveta delavcev, ki ga vodi

<sup>31</sup> Podobno tudi Kontarščak, Kristjan, 2006, str. 20–21.

predstavnik kapitala (drugi odstavek 83. člena ZSDU). Odbor mora v roku enega meseca od zavrnitve prvotnega predloga oblikovati predlog skupnega kandidata, ki je lahko izvoljen z večino navzočih članov upravnega odbora (prvi odstavek 83. člena ZSDU). Če postopek imenovanja tudi v tem primeru ni uspešen, lahko svet delavcev na podlagi tretjega odstavka 83. člena ZSDU vložil predlog za sodno imenovanje delavskega izvršnega direktorja na pristojno sodišče.

Pri imenovanju delavskega izvršnega direktorja lahko nastopi dodaten zaplet, saj je na to funkcijo lahko imenovan le predstavnik zaposlenih, ki je že imenovan za člana upravnega odbora. Če torej ta kandidat ne izpolnjuje vseh zakonskih pogojev za imenovanje za izvršnega direktorja in njegovo imenovanje upravni odbor zavrne, bi svet delavcev moral odpoklicati tega člana upravnega odbora in imenovati novega, ki bo nastopil kot nov kandidat za delavskega izvršnega direktorja, razen če imajo zaposleni v upravnem odboru več predstavnikov. V primeru sodnega imenovanja pa se zastavi vprašanje, ali mora sodišče primerne kandidata najprej imenovati za člana upravnega odbora (na predlog sveta delavcev) oziroma ali bi moralo predlog za imenovanje zavrniti, če predlagani kandidat ni že član upravnega odbora.

V zvezi s predčasnim prenehanjem mandata delavskega izvršnega direktorja velja omeniti še odločbo Vrhovnega sodišča III Ips 10/2013 z dne 2. 9. 2014, ki je v postopku revizije zavzelo stališče, da lahko nadzorni svet odpokliče delavskega direktorja, kadar so podani razlogi iz 268. člena ZGD-1, pri čemer ni vezano na mnenje sveta delavcev. Odločba se sicer nanaša na delavskega direktorja v dvotirnem sistemu upravljanja delniške družbe, vendar je dopustna analogna uporaba tudi v enotirnem sistemu upravljanja, saj se za postopek imenovanja in odpoklica delavskega izvršnega direktorja uporabljajo iste zakonske določbe (primerjaj 82. in 83. člen ZSDU). Citirana sodna odločba je pomembna zlasti v delu, ko sodišče ugotavlja, da lahko nadzorni svet odpokliče delavskega direktorja »(samo) na podlagi lastnih ugotovitev«,<sup>32</sup> saj v enotirnem sistemu upravljanja razlogi za odpoklic izvršnega direktorja niso zakonsko predpisani. V enotirnem sistemu upravljanja namreč velja, da lahko izvršnega direktorja upravni odbor kadarkoli odpokliče (brez razloga). Menim pa, da morajo v primeru odpoklica

---

<sup>32</sup> Glej točko 14 obrazložitve: »Odgovor na vprašanje, glede katerega je bila revizija dopuščena, je na podlagi zgoraj navedenega naslednji: Nadzorni svet (a) mora na podlagi statutarnih določb (velja le za družbe s podobno statutarno ureditvijo) na predlog sveta delavcev zaradi izrečene nezaupnice odpoklicati delavskega direktorja, (b) sme pa ga odpoklicati tudi (samo) na podlagi lastnih ugotovitev o hujših kršitvah obveznosti, ki jih ima delavski direktor kot član uprave.«



delavskega izvršnega obstajati utemeljeni razlogi, ki opravičujejo poseg v delavsko pravico do soupravljanja. Upravni odbor tako sicer lahko postopa na lastno pobudo, ne le na predlog sveta delavcev, in pri tem ni vezan na mnenje sveta delavcev, vendar na podlagi utemeljenih razlogov.

#### **4.2.2. Pristojnosti**

Izvršni direktorji imajo lahko na podlagi četrtega odstavka 290. člena ZGD-1 naslednje pristojnosti: (i) vodenje tekočih poslov, (ii) prijave vpisov in predložitve listin registru, (iii) skrb za vodenje poslovnih knjig in (iv) sestava letnega poročila s predlogom uporabe bilančnega dobička. Prenosljive poslovodne naloge so v ZGD-1 navedene taksativno, vendar njihov prenos iz upravnega odbora na izvršne direktorje ni obvezen. Upravni odbor lahko tudi različno razporedi poslovodne pristojnosti med izvršne direktorje, tako da se lahko naloge delavskega in drugih izvršnih direktorjev medsebojno razlikujejo. V vsakem primeru pa morajo delavski izvršni direktorji upoštevati navodila in omejitve, ki jim jih lahko postavi skupščina in upravni odbor s posamičnimi sklepi ali notranjimi akti družbe (peti odstavek 290. člena ZGD-1).

Poleg navedenih poslovodnih pristojnosti pa za delavske izvršne direktorje veljajo tudi določbe ZGD-1 o imenovanju in mandatni dobi (prvi in drugi odstavek 255. člena), obvezni odobritvi posojilne in druge pogodbe (člena 261 in 262), o določitvi prejemkov in udeležbi pri dobičku (člena 269 in 270), prepoved konkurence (271. člen) in dolžnost poročanja upravnemu odboru (272. člen). Zanje prav tako veljajo določbe o zahtevani poklicni skrbnosti pri opravljanju nalog izvršnega direktorja in odškodninski odgovornosti zaradi vpliva tretjih oseb (263. in 264. člen).

Tudi delavski izvršni direktor ima poleg splošnih pravic in obveznosti po ZGD-1 posebno pravico na podlagi 84. člena ZSDU, da »zastopa in predstavlja delavce glede kadrovskih in socialnih vprašanj«, toda le v okviru svojih splošnih pravic in pristojnosti. Enako kot v primeru člana upravnega odbora ne gre za zastopanje v smislu 70. člena OZ, ampak za dolžnost preverjanja poslovodnih odločitev z vidika varstva interesov zaposlenih oziroma za skrb za preučitev kadrovskih in socialnih vidikov poslovodnih odločitev ter ustrezno vključitev sveta delavcev ali delavskega zaupnika v procese sprejemanja odločitev.<sup>33</sup> Tudi v tem

<sup>33</sup> Stojin Štampar, Anja, 2017a, str. 270.

primeru skrb za ustrezno obravnavo kadrovskih in socialnih vprašanj ne pomeni edine obveznosti delavskega izvršnega direktorja, ampak dopolnilno nalogo k splošnim nalogam delavskega izvršnega direktorja po ZGD-1<sup>34</sup>, razen če je tako določeno s statutom družbe ali s sklepom upravnega odbora, kar je skladno z načelom dispozitivnosti pri določanju pristojnosti izvršnega direktorja (prim. četrți odstavek 290. člena ZGD-1).

Ker je za delavskega izvršnega direktorja lahko imenovan le delavski predstavnik v upravnem odboru, se je zastavilo vprašanje, ali ni s takšno zakonsko ureditvijo zmanjšana vloga delavskih predstavnikov pri nadzoru družbe. Takemu stališču ne gre pritrditi, saj je upravni odbor tudi nadzorni organ in član upravnega odbora, ki je imenovan za izvršnega direktorja (t.i. notranji izvršni direktor), opravlja tudi funkcijo nadzornika, saj funkciji nadzora in poslovođenja v enotirnem sistemu upravljanja nista medsebojno izključujoči (drugače kot v dvotirnem sistemu upravljanja, ko član nadzornega sveta, ki je začasno imenovan za člana uprave, v tem času ne izvršuje funkcije nadzornika). Takšnemu stališču je pritrdilo tudi Ustavno sodišče RS v odločbi U-I-268/06.<sup>35</sup>

Na podlagi drugega odstavka 286. člena ZGD-1 je lahko omejena tudi pravica delavskega izvršnega direktorja do zastopanja družbe. Prenos pooblastil za zastopanje na izvršnega direktorja namreč ni obvezen. Delavski izvršni direktor lahko družbo zastopa kot zakoniti zastopnik, prokurist ali poslovni pooblaščenec, v pravem ali nepravem skupnem zastopanju.<sup>36</sup> Če je imenovan za zakonitega zastopnika ali prokurista, je treba obseg upravičenja za zastopanje priglasiti v register (drugi odstavek 286. člena v zvezi z drugim odstavkom 290. člena ZGD-1). Na podlagi devetega odstavka 290. člena ZGD-1 mora v pravnem prometu tudi delavski direktor nastopati z oznako »izvršni direktor«.

---

<sup>34</sup> Primerjaj Bohinc, Rado in Ivanjko, Šime, 1999, str. 447.

<sup>35</sup> Ustavno sodišče je v tč. 14 obrazložitve odločbe, opr. št. U-I-268/06, ugotovilo: »Izvršni direktor namreč ni organ delniške družbe, temveč je oseba, na katero upravni odbor prenese določene naloge oziroma pristojnosti. Z imenovanjem za izvršnega direktorja ta oseba ostane član upravnega odbora in v njem sodeluje pri nalogah, ki jih ta odbor sicer ima. Če pa bi bil izvršni direktor za kadrovska in socialna vprašanja imenovan izmed nečlanov upravnega odbora (izmed tretjih oseb), ne bi več šlo za sodelovanje delavcev v organu poslovođenja, saj bi bile nanj prenesene zgolj določene (zelo omejene) pristojnosti, vendar pa kot nečlan ne bi bil del upravnega odbora in v njem ne bi mogel sodelovati.«

<sup>36</sup> Strojín Štampar, Anja, 2017a, str. 177–183, 270.

### 4.3. Skrbnost in odgovornost

Ne ZSDU ne ZGD-1 nimata posebnih določb glede odgovornosti delavskih predstavnikov v organih delniške družbe, zato veljajo splošne določbe o zahtevani skrbnosti pri izvrševanju korporacijskega mandata in odškodninski odgovornosti. ZGD-1 v prvem odstavku 263. člena določa: »Član organa vodenja ali nadzora mora pri opravljanju svojih nalog ravnati v dobro družbe s skrbnostjo vestnega in poštenega gospodarstvenika in varovati poslovno skrivnost družbe.« Predstavniki zaposlenih solidarno odgovarjajo skupaj z ostalimi člani upravnega odbora ali izvršnimi direktorji, razen če dokažejo obstoj razbremenilnega razloga, kar jim omogočata določbi drugega in tretjega odstavka 263. člena ZGD-1.

Predstavnik zaposlenih v upravnem odboru in delavski izvršni direktor odgovarjajo za skrbno opravljanje svojih nalog, torej tistih, ki so jim naložene z zakonom, statutom družbe, sklepom skupščine ali upravnega odbora ali s pogodbo. Razlike v pristojnostih lahko nastanejo le pri izvršnih direktorjih, saj so jim lahko poverjene po vsebini in obsegu različne naloge. Delavski izvršni direktor zato ne odgovarja solidarno z ostalimi izvršnimi direktorji za skrbno izvedbo nalog, ki mu niso naložene z zakonom ali drugimi pravnimi akti.

Ravnanje gospodarstvenika pomeni ravnanje veččaka oziroma osebe, večče vodenja poslov. Ureditev v ZGD-1 je skladna z določbami mandatne pogodbe v prvem odstavku 768. člena OZ, ki nalagajo mandatarju ravnanje s skrbnostjo »dobrega gospodarstvenika«, v skladu z interesi naročnika.<sup>37</sup> Standard »dobrega gospodarstvenika« ni enak standardu »dobrega gospodarja«, saj skrbno ravnanje »gospodarstvenika« zahteva znanja in izkušnje za vodenje poslov gospodarske družbe.<sup>38</sup> Znanja »gospodarstvenika« tako vključujejo poznavanje vodenja poslovnih knjig, upravljanja s poslovnimi procesi, upravljanje s finančnimi sredstvi, osnov statusnega in gospodarskega prava, področne regulative, ravnanja s strankami in trženja produktov ter storitev, poznavanje delovnopravne zakonodaje in upravljanja s človeškimi viri, kakor tudi splošna poslovna znanja, ki jih potrebuje oseba za vodenje družbe in njenih poslov (npr. poznavanje panoge in za konkretno družbo pomembna znanja).<sup>39</sup> Ker ZGD-1 ne razlikuje

<sup>37</sup> Primerjaj komentar k 6. členu OZ, Obligacijski zakonik s komentarjem, str. 101, in k 13. členu OZ, Obligacijski zakonik s komentarjem, str.146. in nasl.

<sup>38</sup> Glej Plavšak v komentarju k 768. členu OZ, Obligacijski zakonik s komentarjem, 2003, str. 223.

<sup>39</sup> Podobno tudi Podgorelec (v Kocbek, Marijan, Ivanjko, Šime, Bratina, Borut in Podgorelec, Peter, 2010, str. 239) o pričakovanih znanjih in kompetencah člana nadzornega sveta: »Vsak

med člani upravnega odbora in izvršnimi direktorji, ki so predstavniki zaposlenih in predstavniki kapitala, te zahteve oziroma pravna pričakovanja veljajo tudi za delavske predstavnike – člane upravnega odbora in delavske izvršne direktorje.

Ravnanje vestnega in poštenega gospodarstvenika mora biti skladno z načelom »vestnosti in poštenja« (načelo lojalnosti – 5. člen OZ), ki udeležencem obligacijskih in korporacijskih razmerij nalaga, da pri sklepanju in izvrševanju svojih pravic in obveznosti upoštevajo ne le lastne interese, ampak tudi interese drugih udeležencev.<sup>40</sup>

Po splošnih obligacijskih pravilih mora mandatar pri izvrševanju mandata paziti na naročnikove interese, ki so mu tudi vodilo pri izvrševanju mandata (prvi odstavek 768. člena OZ). To določilo je izvedeno v 263. členu ZGD-1, ki določa, da morajo člani upravnega odbora in izvršni direktorji pri izvajanju svojih nalog ravnati »v dobro družbe«. Upoštevati morajo tipične in posebne interese družbe,<sup>41</sup> izhajajoč iz »deležniškega koncepta« interesov družbe. Pri opredelitvi tipičnih interesov družbe se v Evropi uveljavlja koncept »vrednosti za razsvetljenega delničarja« (angl. *enlightened shareholder value*),<sup>42</sup> v skladu s katerim se šteje, da so v dobro družbe izvedena tista ravnanja, ki upoštevajo koristi vseh deležnikov (zaposlenih, strank in dobaviteljev, družbene skupnosti in okolja) in zagotavljajo dolgoročno uspešno poslovanje družbe (rast).

ZGD-1 tudi nalaga članom organov vodenja in nadzora varovanje poslovne skrivnosti družbe, pri čemer družbi nalaga dolžnost, da poslovne skrivnosti opredeli s pisnim sklepom (sklepom posloводства ali notranjim aktom).<sup>43</sup> Za upravljanje poslovnih informacij družbe je namreč pristojna uprava. Ob tem pa menim, da mora družba urediti varovanje poslovnih skrivnosti na način, da ne onemogoča delavcem uresničevanja pravice do soupravljanja v skladu z ZSDU.

---

član nadzornega sveta mora imeti vsaj tista minimalna znanja, ki jih nujno potrebuje, da lahko tudi brez tuje strokovne pomoči razume in ustrezno presoja vse običajne poslovne procese v nekem podjetju.«

<sup>40</sup> Glej Plavšak v komentarju k 768. členu OZ, Obligacijski zakonik s komentarjem, 2003, str. 227.

<sup>41</sup> O tipičnih in atipičnih interesih mandanta razpravlja Plavšakova v komentarju k 768. členu OZ, prav tam, str. 225.

<sup>42</sup> Več o tem V. Harper Ho, 2010.

<sup>43</sup> Glej 39. in 40. člen ZGD-1.

## 5. SKLEPNO

Podrobnejša analiza določb ZGD-1 in ZSDU kaže, da sta način in obseg sodelovanja delavcev pri upravljanju delniške družbe z enotirnim ali dvotirnim sistemom upravljanja na primerljivi ravni, vendar ne na enaki, saj gre za vsebinsko različna sistema upravljanja. Predstavniki zaposlenih lahko preko svojega predstavnika v upravnem odboru sodelujejo pri nadzoru nad poslovanjem družbe kakor tudi pri sprejemanju najpomembnejših poslovnih odločitev. Pri tem je treba poudariti, da imajo predstavniki zaposlenih enake pravice in obveznosti kot ostali člani upravnega odbora, kar pomeni, da skupaj s predstavniki kapitala odgovarjajo za uspešno vodenje in poslovanje družbe. Ravnati morajo kot vestni in pošteni gospodarstveniki ob upoštevanju interesov družbe, ne zgolj interesov zaposlenih, kar pa je njihova posebna pristojnost in dolžnost na podlagi ZSDU. Čeprav enotirni sistem upravljanja v Sloveniji za zdaj uporabljajo le redke delniške družbe (približno 30), pa je glede na njegove prednosti v primerjavi z dvotirnim sistemom upravljanja (npr. boljši pretok informacije med organi vodenja in nadzora ter pomembnejša vloga upravnega odbora kot nadzornega organa pri sprejemanju najpomembnejših poslovnih odločitev)<sup>44</sup> pričakovati, da se bo njegova uporaba širila. S tem pa tudi priložnost za razvoj delavske participacije. Kakovostno razlikovanje sistemov upravljanja je pogoj za dobro in učinkovito korporativno upravljanje družbe, kar povečuje uspešnost in vrednost družbe, s tem pa tudi vrednost za vse njene deležnike.

## LITERATURA IN VIRI

1. Bedrač, Janja, Sodelovanje delavcev pri upravljanju evropske delniške družbe. V: Podjetje in delo, 2004, let. 30, št. 3–4, str. 646.
2. Bohinc, Rado, Comparative Corporate Governance. Koper : Fakulteta za management, 2010.
3. Bohinc, Rado, Ivanjko, Šime, Direktor gospodarske družbe. Ljubljana : GV Založba, 1999.
4. Franca, Valentina, Pravni izzivi vloge delavskih predstavnikov v organih upravljanja gospodarskih družb. V: Delavci in delodajalci. 2016, let. 16, št. 2–3, str. 361–377.
5. Gerner-Beuerle, Carsten, Paech, Philipp, Schuster, Edmund Philipp, Študija o dolžnostih in odgovornosti članov organov vodenja in nadzora (direktorjev), za EK, London School of Economics (Študija LSE), 2013. Najdeno na spletni povezavi [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/board/2013-study-analysis\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/board/2013-study-analysis_en.pdf).

---

<sup>44</sup> Glej Stojin Štampar, Anja, 2017b, str. 45–48.

6. Gostiša, Mato, Enotirni sistem upravljanja in delavsko soupravljanje. V: Pravna praksa. 2005, let. 24, št. 43, str. 6–8.
  7. Guide to Corporate Governance Practices in the European Union, 2015. Najdeno na spletni povezavi [http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/c44d6d0047b7597bb7d9f7299ede9589/CG\\_Practices\\_in\\_EU\\_Guide.pdf?MOD=AJPERES](http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/c44d6d0047b7597bb7d9f7299ede9589/CG_Practices_in_EU_Guide.pdf?MOD=AJPERES).
  8. Harper Ho, Virginia E., Enlightened Shareholder Value: Corporate Governance Beyond the Shareholder-Stakeholder Divide, 2010. Najdeno na spletni povezavi <http://ssrn.com/abstract=1476116>.
  9. Ivanjko, Šime, Kocbek, Marijan, Prelič, Saša, Korporacijsko pravo (2. izdaja). Ljubljana : GV Založba, 2009.
  10. Jovanovič, Dušan, Strojín Štampar, Anja, Enotirni sistem upravljanja gospodarskih družb. Ljubljana : Planet GV, 2007.
  11. Kocbek, Marijan, Ivanjko, Šime, Bratina, Borut in Podgorelec, Peter, Nadzorni sveti in upravni odbori, GV založba, Ljubljana, 2010.
  12. Kontarščak, Kristijan Anton, Sodelovanje delavcev pri upravljanju v enotirnem sistemu. V: Pravna praksa. 2006, let. 25, št. 39–40, str. 20–21.
  13. Obligacijski zakonik s komentarjem/ Nina Plavšak ... [et al.]; ur. Miha Juhart in Nina Plavšak. Ljubljana : GV Založba, 2003.
  14. Prelič, Saša, Prostor, Jerneja, Evropska delniška družba. Ljubljana : GV Založba, 2009.
  15. Prva direktiva Sveta z dne 9. 3. 1968, No. 68/151/EGS - Publicitetna direktiva. Najdeno na spletni povezavi <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:31968L0151>.
  16. Rajgelj, Barbara, Pravo gospodarskih družb v EU. Ljubljana : GV Založba, 2007.
  17. Statut družbe Gorenje, d. d., 2016. Najdeno na spletni povezavi [http://static14.gorenje.com/files/default/corporate/Statut%20druzbe%20Gorenje\\_8.7.2016.pdf](http://static14.gorenje.com/files/default/corporate/Statut%20druzbe%20Gorenje_8.7.2016.pdf).
  18. Statut družbe Krka, d. d., 2016. Najdeno na spletni povezavi [http://www.krka.si/media/doc/si/za\\_vlagatelje/2016/Statut%20julij%202016%20cistopis.pdf](http://www.krka.si/media/doc/si/za_vlagatelje/2016/Statut%20julij%202016%20cistopis.pdf).
  19. Strojín Štampar, Anja, Enotirni sistem upravljanja delniške družbe, doktorska disertacija, Evropska pravna fakulteta, Nova univerza, Nova Gorica, 2017a.
  20. Strojín Štampar, Anja, Analiza stroškov korporativnega upravljanja v enotirnem sistemu upravljanja delniške družbe, magistrsko delo, Ekonomska fakulteta, Univerza v Ljubljani, Ljubljana, 2017b.
  21. Veliki komentar Zakona o gospodarskih družbah (ZGD-1)/ Marijan Kocbek ... [et al.]; ur. Marijan Kocbek. Ljubljana : GV Založba, 2014.
- 
1. Direktiva št. 2001/86 o udeležbi delavcev (Direktiva SE).
  2. Obligacijski zakonik, Uradni list RS št. 97/2007 – UPB1 in nasl.
  3. Uredba Sveta (ES) št. 2157/2001 z dne 8. oktobra 2001 o statutu evropske delniške družbe (SE).
  4. Ustava RS, Uradni list RS, št. 33/91-I, in nasl.
  5. Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju, Uradni list RS, št. 126/2007, in nasl.
  6. Zakon o gospodarskih družbah, Uradni list RS, št. 42/2006, in nasl.

7. Zakon o sodelovanju delavcev pri upravljanju – ZSDU, Ur.l. RS, št. 42/2007 – UPB1.
  8. Zakon o sodelovanju delavcev pri upravljanju s komentarjem; ur. Drago Mežnar. Ljubljana : Gospodarski vestnik, Inštitut za delo pri Pravni fakulteti, 1993.
  9. Zakon o sodelovanju delavcev pri upravljanju evropske delniške družbe (SE), Uradni list RS, št. 28/2006.
  10. Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o sodelovanju delavcev pri upravljanju - ZSDU-B, Ur.l. RS, št. 26/07.
- 
1. Odločba Ustavnega sodišča RS, opr.št.: Up-323/05-12 z dne 15. 3. 2007, Uradni list RS, št. 29/2007.
  2. Odločba Ustavnega sodišča RS, opr.št.: U-I-268/06 na dan 5. 3. 2009. Najdeno na spletni povezavi <http://odlocitve.us-rs.si/sl/odlocitev/US28639?q=U-I-268%2F06>.
  3. Sodba Višjega delovnega in socialnega sodišča v Ljubljani, opr. Št. X Pdp 1183/2010, z dne 14. 10. 2010. Najdeno na spletni povezavi [http://www.sodnapraksa.si/?q=id:2010040815254370&database\[SOVS\]=SOVS&database\[IESP\]=IESP&database\[VDSS\]=VDSS&database\[UPRS\]=UPRS&\\_submit=išči&page=0&id=2010040815254370](http://www.sodnapraksa.si/?q=id:2010040815254370&database[SOVS]=SOVS&database[IESP]=IESP&database[VDSS]=VDSS&database[UPRS]=UPRS&_submit=išči&page=0&id=2010040815254370).
  4. Sodba Višjega delovnega in socialnega sodišča v Ljubljani, opr. Št. X Pdp 699/2011, z dne 29. 7. 2011. Najdeno na spletni povezavi [http://www.sodnapraksa.si/?q=id:2010040815262542&database%5BSOVS%5D=SOVS&database%5BIESP%5D=IESP&database%5BVDSS%5D=VDSS&database%5BUPRS%5D=UPRS&\\_submit=i%C5%A1%C4%8Di&page=0&id=2010040815262542](http://www.sodnapraksa.si/?q=id:2010040815262542&database%5BSOVS%5D=SOVS&database%5BIESP%5D=IESP&database%5BVDSS%5D=VDSS&database%5BUPRS%5D=UPRS&_submit=i%C5%A1%C4%8Di&page=0&id=2010040815262542).

## **Employee Participation in a One-tier Corporate Governance System of a Stock Company**

**Anja Strojín Štampar\***

### **Summary**

Europe is characterized by a variety of one-tier corporate governance systems of a stock company on the one hand and a variety of models of employee participation in companies, on the other. Slovenia has followed the German model of employee participation. The Slovenian Act on the Employee Participation, among other, defines employee participation in the board of directors and appointment of an employee executive director in stock companies with one-tier governance system. The appropriateness of the employee participation model in the one-tier corporate governance system has also been considered and approved by the Slovenian Constitutional Court. The analysis of the Slovenian Companies Act and the Act on the Employee Participation shows a comparable but not identical level of employee participation in the one-tier governance system as compared to the two-tier governance system. Employees have a right to appoint at least one representative out of three members of the board (mandatory employee representation) however, a higher number of employee representatives may be defined by the Articles of the company. The process of appointment and removal of the employee representative from the board of directors is defined by the workers' council; the general meeting takes no active part in the process and is only informed of employee representative's appointment or removal. The employee representative on the board of directors must meet the requirements prescribed by legislation (Companies Act), Articles of the company and workers council's resolutions. The employee representative on the board of directors has the same duties and liability as other non-executive directors, in addition to the special duty to consider decisions, taken by the board of directors, in the light of employees' best interest. An employee representative on the board of directors may be (not mandatory) invested with duties of executive director such as management of day-to-day business, submission of documents to the registry,

---

\* Anja Strojín Štampar, PhD and Master's Degree in Business Administration, Law office Štampar Strojín, Ljubljana.  
anja.strojinn@siol.net



administration of accounting book, annual report drafting or representation of the company to the extent defined by Articles of the company or internal rules, if he (or she) is also appointed executive director. Within the so defined duties, the employee executive directors have a special duty to represent employees regarding social and labor issues. Employee representatives have to act with the diligence of a conscientious and fair Manager in the interest of the company and safeguard the trade secrets of the company. However, the internal rules defining the safeguarding of the company's trade secrets should not infringe the rights of employee participation as defined by law. Employee representatives are jointly and severally liable with other directors to the company for damage arising from breach of their duties unless they can prove that they acted with the required duty of care.

## Evropsko socialno pravo

Grega Strban\*

UDK: 349.3:061.1EU

**Povzetek:** Države so zelo občutljive pri urejanju sistemov socialne varnosti. Običajno so razprave razgrete ko se vlade lotijo spreminjanja pokojninskih ali zdravstvenih sistemov, dajatev brezposelnim osebam, družinskih prejemkov ali socialnih pomoči. Vendar države pri tem niso osamljene, saj jih zavezujejo mednarodni standardi in pravo Evropske unije (EU). To lahko omogoča svobodo gibanja, ki jo EU, v nasprotju z drugimi mednarodnimi organizacijami, izrecno spodbuja. Tudi zato morajo biti delavci izenačeni pri pridobivanju socialnih ugodnosti v državi zaposlitve, uporaba pravil, ki sicer veljajo za ekonomske svoboščine, pa lahko prispeva k raznolikosti pravnih podlag pri čezmejnem zdravljenju. Poleg tega EU prispeva h krepitvi enakosti obeh enakovrednih polovic človeštva ter spodbuja in podpira države članice pri iskanju najboljših rešitev za osebe vključene v sistem socialne varnosti v posamezni državi. Razpravo o teh temah je spodbudila pravkar izdana knjiga *Europäisches Sozialrecht*.

**Ključne besede:** evropsko socialno pravo, evropsko pravo socialne varnosti, koordinacije, harmonizacija, socialne ugodnosti, enakost spolov

### **European Social Law**

**Abstract:** States display large amount of sensitivity when (re)shaping their social security systems. Heated discussions may develop when modifying pension, health or unemployment insurance, family benefits or social assistance schemes. However, when doing so, States are not completely isolated. They are bound by international standards and EU law. The latter is enabling free movement, which is, conversely from other international organisations, very much promoted within the EU. Therefore,

---

\* Grega Strban, doktor pravnih znanosti, profesor in prodekan na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani  
grega.strban@pf.uni-lj.si  
Grega Strban, PhD, Professor and Vice Dean at the Faculty of Law, University of Ljubljana, Slovenia.

*people may not lose their social security expectations or vested rights just because moving and all workers have to enjoy equal social advantages. Moreover, applying the rules on economic freedoms contributes to the diversity of legal grounds for cross-border healthcare. The EU also contributes to strengthening the equality between two equal halves of humanity, and supports the activities of the Member States on their quest to find the best solutions for people covered by their respective social security systems. Present discussion was triggered by the new book on *Europäisches Sozialrecht*.*

**Key words:** *European social law, European social security law, coordination, harmonisation, social advantages, gender equality*

## 1. UVODNO

Povod za pripravo tega prispevka je že sedma izdaja knjige *Europäisches Sozialrecht*, ki jo je uredil kolega Maximilian Fuchs, zaslužni profesor Pravne fakultete Univerze Eichstätt/Ingolstadt. Knjiga o evropskem socialnem pravu je v začetku leta 2018 izšla v znameniti zbirki *Nomos Kommentar*, pri založbi *Nomos*, v sodelovanju z založbama *Manz* in *Helbing Lichtenhahn*.<sup>1</sup> Profesor Fuchs pa tudi po upokojitvi ostaja zelo aktiven na področju delovnega prava in prava socialne varnosti Evropske Unije (EU).<sup>2</sup>

Za bralce, ki nemškega jezika niso najbolj večji velja omeniti, da je izšla tudi angleška različica.<sup>3</sup> Ta je že bila predmet predstavitev.<sup>4</sup> Kljub temu pa nemška in angleška različica nista povsem primerljivi. Prvotna, nemška različica je precej bolj podrobna in temeljiteje obravnava posamezne pravne vidike evropskega socialnega prava kot angleška. Ne le, da je 7. izdaja nemške različice časovno

<sup>1</sup> Fuchs, M. (Hrsg.): *Europäisches Sozialrecht, Nomos*, Baden-Baden 2018. ISBN 978-3-8487-4305 (Nomos), 978-3-7190-3891-5 (Helbing Lichtenhahn), 978-3-214-08462-2 (Manz).

<sup>2</sup> Sodeloval je tudi pri pripravi knjige o evropskem delovnem pravu (Fuchs, M.; Marhold, F.; *Europäisches Arbeitsrecht*, 5. Auflage, Handbuch, Verlag Österreich, Wien 2018, 643 str.), kot profesor pa gostuje na Inštitutu za avstrijsko in evropsko delovno in socialno pravo (*Institut für Österreichisches und Europäisches Arbeitsrecht und Sozialrecht*) na Dunajski ekonomsko-poslovni univerzi (*Wirtschaftsuniversität – WU Wien*).

<sup>3</sup> Fuchs, Maximilian; Cornelissen, Rob: *EU Social Security Law, A Commentary on EU Regulations 883/2004 and 987/2009*, 554 str., Nomos, Baden-Baden, 2015.

<sup>4</sup> Glej Strban, 2015, str. 151.

zadnja in s tem najbolj aktualna (angleška je izšla leta 2015), temveč je tudi mnogo bolj obsežna. Napisana je na kar 1066 straneh, medtem ko angleška različica obsega »samo« 554 strani.

## 2. OPREDELITEV EVROPSKEGA SOCIALNEGA PRAVA

Kot se za resno znanstveno monografijo spodobi, je tudi v knjigi *Europäisches Sozialrecht* uvod posvečen nekaterim utemeljitvam. Ločnica je vzpostavljena med evropskim socialnim pravom v širšem in v ožjem smislu.<sup>5</sup> V širšem smislu predstavlja uzakonjenje socialne politike, v evropskem pravu torej uzakonjenje evropske socialne politike ali evropske socialne razsežnosti. Sicer pa določena pravna panoga zmeraj predstavlja uzakonjenje politike na določene področju, zato tovrstna opredelitev bolj ustreza drugim družbenim vedam in ne pravu. V francoskem pravu je socialno pravo prav tako razumljeno širše. Obsega ne le pravo socialne varnosti, temveč tudi delovno pravo, kar se odraža tudi na evropski ravni.

V ožjem smislu, ki bolj ustreza nemškim pravnim komentatorjem, pa tudi slovenski pravni ureditvi, je evropsko socialno pravo pravzaprav evropsko pravo socialne varnosti. Ureja povezovanje sistemov socialne varnosti, ki naj omogočijo svobodo gibanja državljanov Unije, pa tudi enako obravnavanje v sistemu socialne varnosti.

Povezovanje ali koordinacija sistemov socialne varnosti je dosežena z Uredbo (ES) 883/2004.<sup>6</sup> Uredba je sicer pravni akt unifikacije, saj je zavezujoča v celoti in se v vseh državah članicah uporablja splošno in neposredno, brez prenosa v notranji pravni red.<sup>7</sup> Kljub temu zgolj povezuje nacionalne sisteme socialne varnosti, praviloma brez poseganja v njihovo vsebino.

Države članice še naprej odločajo koga in pod katerimi pogoji bodo vključile v sistem socialne varnosti, katere dajatve in v kakšnem obsegu bodo zagotavljale. Poenoten je le tisti formalni del nacionalnega prava socialne varnosti, ki ureja stik s tujim pravom (npr. možnosti izplačevanje pokojnin v tujino ali zdravljenja

---

<sup>5</sup> Podrobno Fuchs, v Fuchs (ur.), 2018, str. 28.

<sup>6</sup> Uredba (ES) 883/2004 o koordinaciji sistemov socialne varnosti, UL L 166, 30.4.2004, str. 1 (zadnja prečiščena različica z dne 11.4.2017).

<sup>7</sup> Glej 288. člen Pogodbe o EU, UL C 202, 7.6.2016, str. 13.

v tujini). Zaradi potrebe po prenosu v notranji pravni red, so lahko direktive vsaj nomotehnično nekoliko bližje uporabnikom (nacionalnih) pravnih norm in zato nekoliko bolj opazne domačim pravnim strokovnjakom kot uredbe. To velja tudi za Direktivo 2011/24/EU o čezmejnem zdravstvenem varstvu. Pravica do zdravljenja v tujini se namreč ni začela šele s sprejemom te direktive. Njena posebnost je, da to pravico utemeljuje s prostim pretokom storitev v Uniji.

Vsebinsko poenotenje ali harmonizacija je v pravu EU mogoče le v omejenem obsegu. V določenih primerih je ta celo izrecno izključena.<sup>8</sup> Del prava EU, vse od svojih začetkov, predstavlja harmonizacija določenih pravnih standardov tudi na področju socialne varnosti. Med njimi je morda najpomembnejši standard enakega obravnavanja žensk in moških oziroma moških in žensk.<sup>9</sup> Na področje prava socialne varnosti pa posegajo tudi nekatere druge direktive, prav tako obravnavane v komentarju Evropsko socialno pravo.

Poleg tega je v komentarju pravilno poudarjeno, da se za pravo EU, predvsem v pogovornem jeziku, pogosto uporablja izraz *evropsko pravo* in s tem povezano *evropsko pravo socialne varnosti*. Vendar je uporaba tega pojma lahko zavajajoča. EU namreč ni edina evropska mednarodna organizacija. Obstaja tudi Svet Evrope kot samostojna organizacija, ki ima pomembno vlogo tudi na področju prava socialne varnosti.<sup>10</sup> Zato je pravilneje govoriti o *pravu EU* in *pravu socialne varnosti EU*.<sup>11</sup>

### 3. VSEBINA PRAVA SOCIALNE VARNOSTI EU

EU je bila sicer sprva ustanovljena kor evropska gospodarska skupnost. Čeprav so tudi na področju prava socialne varnosti še zmeraj opazni ekonomski začetki, se je pravo socialne varnosti EU razvilo v pomembno pravno področje, ki spodbuja gibanje državljanov Unije in njihovo enako obravnavanje. Kljub temu še

<sup>8</sup> Glej npr. 2., 19., 79., 149., 153. člen Pogodbe o delovanju EU (PDEU, UL C 202, 7.6.2016, str. 1). Nasprotno, v 151. členu PDEU je omenjena možnost harmonizacije.

<sup>9</sup> V primarnem pravu EU so izmenično najprej omenjene ženske in moški. Čeprav to *per se* ne prispeva k večji enakosti v praksi, predstavlja pomembno simbolno gesto, ki poudarja ženske in moške (moške in ženske) kot enakovredni polovici človeštva. Glej 2. in 3. člen PEU (ki postavlja na prvo mesto ženske) in člene 8, 153 in 157 PDEU (ki omenja najprej moške). Strban, 2012, str. 3.

<sup>10</sup> Fuchs, v Fuchs (ur.), 2018, str. 29.

<sup>11</sup> Glej tudi Strban, v Bubnov Škoberne, Strban, str. 144.

zmeraj velja ugotovitev, da delavci uživajo najboljšo zaščito v pravu EU<sup>12</sup> in še zmeraj se argumenti ekonomskih svoboščin, npr. prostega pretoka storitev, uporabljajo na področju socialne varnosti, npr. pri čezmejnem zdravljenju na račun sredstev obveznega zdravstvenega zavarovanja.

Profesor Fuchs v uvodnem delu sistematično predstavlja vsa področja prava socialne varnosti EU, in sicer razvoj povezovanja sistemov socialne varnosti, zagotavljanje enakega obravnavanja (tako delavcev pri raznovrstnih socialnih ugodnostih, kot tudi moških in žensk, ljudi vseh ras in narodnosti, tudi v sistemu socialne varnosti), zagotavljanja pravic iz poklicnih sistemov socialne varnosti (ki so dejansko zasebni sistemi, tesno povezani z javnim sistemom, torej sistemom socialne varnosti) in pomen državljanstva EU na področju socialnih pravic.

Prav tako predstavi predlog Komisije iz decembra 2016 za spremembo nekaterih pravil koordinacije (predvsem dostop do socialnih dajatev neaktivnih državljanov, povezovanje dajatev, ki se zagotavljajo ob odvisnosti od oskrbe drugega, dajatev za brezposelnost in družinskih dajatev).

### 3.1. Koordinacija sistemov socialne varnosti

Že leta 1953 so na podlagi Rimske pogodbe (o evropski skupnosti za premož in jeklo) stekli pogovori o Evropski konvenciji o socialni varnosti delavcev migrantov. Besedilo konvencije je bilo že dogovorjeno, ko je bila sprejeta Rimska pogodba (o evropski gospodarski skupnosti). Da bi se izognili dolgotrajnemu postopku ratifikacije, so se odločili sprejeti besedilo konvencije v obliki uredbe, in sicer Uredbe (EGS) 3/58. Dejansko je bila to prva vsebinska uredba, kadarkoli sprejeta v (današnji) EU (prvi uredbi sta urejali jezik in delovanje članov Evropskega parlamenta). Sledila ji je izvedbena Uredba (EGS) 4/58.<sup>13</sup>

Izbira Uredbe namesto konvencije ima tudi danes pomembne posledice. Sodišče EU lahko razlaga sekundarno pravo EU in ugotavlja njegovo skladnost s primarnim pravom EU, ali pa slednjega uporabi neposredno v zadevah, ki sodijo

---

<sup>12</sup> Glej Uredbo (EU) 492/2011 o prostem gibanju delavcev v Uniji, ki je nadomestila Uredbo (EGS) 1612/68. Prav slednjo je Evropska komisija v letošnjem letu (2018) označila za povod obeleževanja 50 letnice svobode gibanja delavcev v EU. Čeprav je sama svoboda gibanja delavcev predmet urejanja v primarnem pravu vse od ustanovitve EGS, današnje EU (48. člen Rimske pogodbe).

<sup>13</sup> Fuchs, v Fuchs (ur.), 2018, str. 31.

v stvarno veljavnost prava EU, torej tudi na področju prava socialne varnosti.

V knjigi Evropsko socialno pravo je najprej natisnjeno besedilo celotne sedaj veljavne Uredbe (ES) 883/2004 o koordinaciji sistemov socialne varnosti, z izjemo aneksov. Zanimiva je opazka, da je bila ta Uredba sprejeta 29. aprila 2004, torej le nekaj dni pred vstopom Slovenije (in še devetih držav) v EU. Ne brez razloga. Tedaj je bilo treba doseči soglasje 15 držav članic, nekaj dni kasneje pa soglasje 25 držav članic. Medtem je bila PFEU spremenjena in pravica do veta držav članic modificirana. V Svetu zadostuje kvalificirana večina, a lahko vsaka država zahteva presojo Evropskega sveta, kjer države odločajo soglasno. Še več, če predlog Komisije ni potrjen v štirih mesecih, nastopi pravna fikcija zavrnitve in Komisija mora pripraviti nov predlog uredbe (ali njenih sprememb).<sup>14</sup> To je odraz občutljivosti držav članic na kakršnokoli poseganje v njihove sisteme socialne varnosti.

Mimogrede, v 48. člen PDEU so bile vrinjene tudi samozaposlene osebe. Po eni strani je dobro, da obstaja neposredna pravna podlaga za povezovanje sistemov socialne varnosti tudi zanje. Po drugi strani pa samozaposlene osebe težko enačimo z delavci. Zato je urejanje njihovega položaja znotraj poglavja »Delavci« sistemsko vprašljivo.<sup>15</sup>

Knjiga Evropsko socialno pravo je dejansko napisana v obliki komentarja. V nadaljevanju so namreč povzeti posamezni členi Uredbe (ES) 883/2004, tudi izvedbene Uredbe (ES) 987/2009, ko je to potrebno, katerim je dodan komentar. Ta je na posameznih področjih zelo obsežen in podroben, saj vsebuje številne odločitve Sodišča EU, sklepe Upravne komisije za koordinacijo sistemov socialne varnosti in primere iz prilog k Uredbi, ki se nanašajo predvsem na Nemčijo in Avstrijo.

Profesorica Bettina Kahil-Wolff s Pravne fakultete Univerze v Lozani, analizira splošne določbe in opredelitve. Temu sledi analiza profesorja Bernharda Spiegla z avstrijskega zveznega ministrstva za delo, socialne zadeve, zdravje in varstvo potrošnikov (zanimivo, da so področja socialne varnosti zaupana enemu ministrstvu in ne razdeljena med delo in zdravje kot pri nas), ki se osredotoča predvsem na osebno veljavnosti Uredbe in vključitve ne le neposrednih upravičencev, temveč tudi njihovih družinskih članov, beguncev in apatridov.

---

<sup>14</sup> Glej 48. člen PDEU.

<sup>15</sup> V 48. členu PDEU je urejeno povezovanje sistemov socialne varnosti za »zaposlene in samozaposlene delavce migrante«.

Profesor Fuchs analizira stvarno veljavnost Uredbe, ki se navezuje na tradicionalna socialna tveganja, kot jih v mednarodnem pravu opredeljuje Konvencija MOD št. 102 o minimalnih standardih socialne varnosti. Zanimivo je opazovati odločitve sodišča, ki v obseg stvarne veljavnosti vključuje tudi dajatve, ki se zagotavljajo ob odvisnosti od oskrbe drugega in (nekatero) kategorične socialne pomoči, ki so v Uredbi urejene kot posebne neprispevne denarne dajatve.<sup>16</sup>

Pri temeljnih načelih koordinacije so izčrpno analizirana načela enakega obravnavanja državljanov (tudi dajatev, dohodka, dejstev in dogodkov), varovanja pravic v nastajanju, predvsem s seštevanjem obdobj zavarovanja, zaposlitve ali prebivanja, in varovanja pridobljenih pravic (predvsem z izvozom denarnih dajatev).<sup>17</sup> Eno pomembnejših in bolj zapletenih področij povezovanja sistemov socialne varnosti je določitev zakonodaje, ki naj se uporabi za osebo, ki se giblje v EU. Profesor Steinmeyer s pravne fakultete univerze v Münstru zanimivo prikaže tudi pravila o napatitvah delavcev, temi, ki ponovno zbujajo pozornost v (delovnem, socialnem in davčnem) pravu (EU). Prav tako razpravlja o sočasnih zaposlitvah v vsaj dveh državah članicah in možnih izjemah s tako imenovano klavzulo prožnosti.<sup>18</sup> Država, ki je v skladu z Uredbo pristojna, namreč uporabi svojo zakonodajo tako za pobiranje prispevkov, kot zagotavljanje dajatev iz sistema socialne varnosti.

Nekoliko bolj splošnim določbam sledi obsežen komentar posameznih področij povezovanja sistemov socialne varnosti. Profesor Beiback z univerze v Hamburgu je eden od vodilnih strokovnjakov na področju čezmejnega zdravljenja. Zato je analiziral posebna pravila povezovanja sistemov socialne varnosti v primeru bolezni, materinstva in očetovstva. Že v tem delu vzpostavi povezavo s svoboščinami notranjega trga in direktivo o čezmejnem zdravstvenem varstvu, ki jo v nadaljevanju prav tako kritično analizira. Kljub temu opozarja, da to poglavje Uredbe (ES) 883/2004 ni bilo deležno pomembnejših sprememb (še zmeraj je urejeno predvsem nenačrtovano - potrebno in načrtovano zdravljenje v drugi državi članici) in direktive, ki prav tako omogoča pravico do zdravljenja v tujini sploh ne omenja. Sodišče EU je sicer vzpostavilo ločnico med dajatvami v primeru bolezni *stricto* in *lato sensu*. Slednje obsegajo tudi dajatve dolgotrajne oskrbe. Zanimivo je opazovati, da je sodišče poglavje o dajatvah v primeru bolezni uporabilo na podlagi nemških sodnih primerov, saj je v nemški ureditvi

---

<sup>16</sup> Glej 70. člen Uredbe (ES) 883/2004 in Fuchs, v Fuchs (ur.), 2018, str. 503.

<sup>17</sup> Schuler, v Fuchs, 2018, str. 186.

<sup>18</sup> Steinmeyer, v Fuchs, 2018, str. 255.



zavarovanje za dolgotrajno oskrbo tesno povezano z obveznim zdravstvenim zavarovanjem. Zanimivo bi bilo opazovati odločitev, če bi bil prvi primer povezan z avstrijsko, portugalsko ali slovensko ureditvijo, kjer velja večja povezanost dajatev dolgotrajne oskrbe s pokojninskim zavarovanjem.

V nadaljevanju so predstavljena pravila povezovanja sistemov socialne varnosti v primerih poškodbe pri delu ali poklicne bolezni,<sup>19</sup> invalidnosti, starosti in smrti preživjalca družine,<sup>20</sup> ki jih pri nas ureja predvsem pokojninsko in invalidsko zavarovanje.

Nekoliko bolj zapleteno je povezovanje dajatev v primeru brezposelnosti, ki so tudi predmet predlaganih sprememb Uredbe (ES) 883/2004 iz konca leta 2016.<sup>21</sup> Težave se lahko pojavljajo predvsem pri obmejnih delavci (npr. slovenskih v Avstriji, ki jim priporočajo uveljavljanje pravic v Slovenji, in ko ugotovijo, da so dajatve v Avstriji višje so običajno prekludirani, časovno in zato ker lahko dajatve uveljavljaš le v eni državi članici). Posebna težava je seštevanje obdobja zavarovanja in pristojnost za izplačevanje nadomestila le države zadnje zaposlitve, četudi je trajala zaposlitev v tej državi le en dan (*ad absurdum*). Tudi čas trajanja prejemanja denarnega nadomestila, ko brezposelna oseba lahko išče zaposlitev v drugi državi članici, naj bi se podaljšal.

Posebej zanimivo je povezovanje družinskih dajatev,<sup>22</sup> saj so te v državah članicah zelo raznolike. Pristojni sta lahko dve državi (zaposlitve in prebivanja otrok), področje pa je bilo tudi predmet številnih odločitev Sodišča EU.<sup>23</sup> Tudi v tem delu so predvidene spremembe, ki jih je predlagala Komisija in ki so omenjene v komentarju k temu poglavju. Predlog gre predvsem v smeri posebnih pravil koordinacije za družinske dajatve, ki nadomeščajo izpadli dohodek (tako imenovane *child-raising benefits*). Te naj bi se koordinirale kot individualne pravice in ne kot ostali družinski prejemki namenjeni celotni družini. Predlog je posledica odločitev sodišča v zadevi *Wiering*,<sup>24</sup> kjer je sodišče oblikovalo več skupin (košaric) družinskih dajatev.

Podrobno je predstavljen tudi razvoj Upravne komisije za koordinacijo sistemov socialne varnosti, njena sestava, kjer so zastopani predstavniki vseh držav članic

---

<sup>19</sup> Fuchs, v Fuchs, 2018, str. 378.

<sup>20</sup> Janda (Univerza v Speyerju), v Fuchs, 2018, str. 401.

<sup>21</sup> Fuchs, v Fuchs, 2018, str. 461.

<sup>22</sup> Marhold, v Fuchs, 2018, str. 491.

<sup>23</sup> Več Strban, 2016.

<sup>24</sup> Strban, 2016, str. 791.

in način delovanja. Upravna komisija je ustanovila tudi poseben conciliacijski odbor, ki lahko rešuje spore o pristojnosti med državami članicami. V zadnjem obdobju se Upravna komisija ukvarja predvsem z elektronsko izmenjavo podatkov v tako imenovanem projektu EESSI (*Electronic exchange of social security information*).<sup>25</sup> Poleg tega obstajajo tudi Tehnična komisija za obdelavo podatkov, Revizijski odbor in Svetovalni odbor za koordinacijo sistemov socialne varnosti. V slednjem so zastopani predstavniki držav, delavcev in delodajalcev iz vsake države članice.

Nič manj pomembne so tako imenovane Druge določbe Uredbe, ki urejajo medsebojno sodelovanje držav članic, varstvo osebnih podatkov in financiranje določenih nalog. Temu sledijo prehodne in končne določbe.

### 3.2. Socialne ugodnosti

V komentarju evropskega socialnega prava so v posebnem poglavju obravnavane socialne ugodnosti delavcev. V skladu z Uredbo (EU) 492/2011 morajo namreč delavci v državi gostiteljici uživati enake davčne in socialne ugodnosti kot domači delavci. S tem se jim omogoča, poleg geografske in poklicne mobilnosti, tudi socialna vključenost v državi gostiteljici.

Šele, če dajatev ni dajatev socialne varnosti v pravu EU, torej ne sodi v obseg stvarne veljavnosti Uredbe (ES) 883/2004, je lahko obravnavana kot socialna ugodnost v skladu z Uredbo (EU) 492/2011. V obseg stvarne veljavnosti prve pa sodijo tudi nekatere (kategorične) socialne pomoči, predvsem kot posebne neprispevne denarne dajatve. V zadnjem času je meja med socialno varnostjo in socialno pomočjo tudi v pravu EU vse bolj zabrisana.<sup>26</sup> Nekaj manj dilem je s splošno denarno socialno pomočjo, ki ni predmet povezovanja sistemov socialne varnosti. Lahko pa ima naravo socialne ugodnosti in mora biti EU-delavcem zagotovljena takoj, ko pričnejo z opravljanjem dela v gostujoči državi članici (npr. Sloveniji), brez predhodnega obdobja prebivanja, ki bi nakazoval na vključenost v družbo (kot to velja za neaktivne državljane Unije).<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> Cornelissen (gostujoči profesor VUB, KU Leuven), sicer pa upokojeni visoki uradnik Evropske komisije, ki je dolga leta sooblikoval pravila povezovanja sistemov socialne varnosti.

<sup>26</sup> Steinmeyer, v Fuchs, 2018, str. 752.

<sup>27</sup> Strban, 2011, str. 19.

Čeprav Sodišče EU široko razlaga pojem socialnih ugodnosti, vse dajatve z njimi ni mogoče obseči. Tako socialna ugodnost niso dajatve, ki gredo le državljanom posamezne države, npr. socialne odškodnine (npr. žrtvam vojn), politične in državljske pravice. Te prav tako niso zagotovljene iskalcu zaposlitve, ki bi v drugo državo prišel zgolj z namenom njihovega koriščenja.

### 3.3. Prost pretok zdravstvenih storitev

Komentatorji evropskega socialnega prava posebno poglavje namenjajo čezmejnim (zdravstvenim) storitvam na notranjem trgu. Te je mogoče uveljaviti v drugi državi članici na dveh pravnih podlagah prava EU. Prvo podlago predstavlja povezovanje (koordinacija) javnih sistemov, torej sistemov socialne varnosti (v skladu z Uredbo (ES) 883/2004), drugo pa prost pretok zdravstvenih storitev (v skladu z Direktivo 2011/24/EU. Dodali bi jima lahko še tretjo pravno podlago, in sicer pravico do zdravljenja v tujini v skladu z nacionalno zakonodajo.

Čeprav Uredba (ES) 883/2004 ne omenja Direktive 2011/24/EU, to *vice versa* ne velja. Osrednje področje urejanja Direktive je namreč predhodna odobritev visoko specializiranega in bolnišničnega zdravljenja in (v vseh primerih, tudi ambulantnega zdravljenja) povrnitev stroškov iz sistema socialnega zavarovanja, torej obveznega zdravstvenega zavarovanja (kot pri nas) ali nacionalne zdravstvene službe kot v nekaterih drugih državah članicah (npr. na Danskem, Irskem, Malti, Portugalskem, v Italiji).

Natančno je analizirana osebna in stvarna veljavnost Direktive. Čeprav je namenjena le pacientom, se vse bolj uveljavlja prepričanje, da jo je mogoče uporabiti tudi v primerih nenačrtovanega in nujnega oziroma potrebnega zdravljenja v drugi državi članici. V tem primeru lahko namreč pride do jezdenja dveh sistemov, saj je mogoče potrebne zdravstvene storitve v državi zdravljenja uveljaviti z Evropsko kartico zdravstvenega zavarovanja (na podlagi Uredbe) in nato še v domači državi na podlagi Direktive. Predvsem storitve, ki so kot potrebne opredeljene v domači zakonodaji.<sup>28</sup>

Čeprav je komentar odličen prikaz Direktive, tudi v razmerju do uredbe in vse sodne prakse, nekaterih kritičnih tem ne odpira. Poleg že omenjene, npr. (ne)možnosti predhodne odobritve pri nenačrtovanem nujnem bolnišničnem

---

<sup>28</sup> Strban, 2013/1, str. 391.

zdravljenju. Direktiva namreč pri (vsakem) bolnišničnem zdravljenju dopušča predhodno odobritev, ki jo mora država urediti v notranjem pravnem redu, da bi bila dopustna omejitev prostega pretoka storitev. Če se, na primer, slovenski smučar poškoduje v Avstriji, ga lahko odpeljejo v zasebno bolnišnico, kjer ne bo mogel uveljaviti Evropske kartice zdravstvenega zavarovanja, prav tako pa ne bo mogel uveljavljati povrnitve stroškov po Direktivi, saj ni imel (ni mogel imeti) predhodne odobritve (te namreč *bianco* ni mogoče izdati).<sup>29</sup> Zanimivo bi bilo videti, kako bi Sodišče EU v tem primeru razlagalo določbe Direktive in primarnega prava EU.

Sicer pa tudi pri nas veliko prahu dviguje možnost povrnitve stroškov zdravljenja pri zasebnikih brez koncesije v drugi državi članici, brez enake možnosti v domači državi. Pravo EU je namreč mogoče uporabiti šele pri čezmejnih dejanskih stanjih. Šele tedaj je mogoče izbirati med pravnimi podlagami zdravljenja v tujini. Direktiva 2011/24/EU pa jasno določa, da v povsem notranja dejanska stanja ne posega.<sup>30</sup>

### 3.4. Harmonizacija sistemov socialne varnosti

Najpomembnejša Direktiva na področju enakega obravnavanja moških in žensk v nacionalnih sistemih socialne varnosti je Direktiva 79/7/EGS o postopnem izvrševanju načela enakega obravnavanja moških in žensk v zadevah socialne varnosti. Enako obravnavanje spolov, natančneje enako plačilo za enako delo (kar ponovno nakazuje na gospodarsko ozadje EU)<sup>31</sup> ali delo enake vrednosti je zasidrano v primarnem pravu EU vse od njenega začetka. V sedemdesetih letih je bilo sprejetih več direktiv na področju enakega obravnavanja spolov, predvsem na področju delovnega prava. To se je razširilo tudi na področje socialne varnosti, z uporabo določb, ki omogočajo dodatno akcijo EU (danes člena 157 in 352 PDEU).

Direktiva 79/7/EGS je ostala edina iz tistega časa veljavna direktiva, saj so bile

---

<sup>29</sup> Strban (ur.) et al., 2017, str. 38.

<sup>30</sup> Strban, 2017, 466.

<sup>31</sup> Nekatere ustanovitvene članice so namreč ratificirale konvencijo Mod št.100 o enakem plačilu, vendar ne vse. Slednje ženske lahko plačevale manj in bile bolj konkurenčne, kar seveda ni bilo po godu tistim, ki so se zavezali oba spola plačevati enako.

vse ostale doslej že revidirane.<sup>32</sup> Velja v vseh državah članicah, neodvisno od obstoja čezmejnega elementa, torej pri povsem notranjih dejanskih stanjih. V analiziranem komentarju prava socialne varnosti EU so vsi vidiki te direktive, tako osebna in stvarna veljavnost, postopnost uresničevanja enakega obravnavanja, s številnimi izjemami. Predstavljeni so tudi mnogi primeri Sodišča EU. Mimogrede, pri nas smo sicer načeloma izenačili upokojitveno starost za moške in ženske, ohranili pa različen izračun.<sup>33</sup> Vprašanje je, ali je tovrstno razlikovanje pravno dopustno. Sodišče EU je ugotovilo, da ko je ohranjena razlika v upokojitveni starosti za moške in ženske (kar je izrecna izjema po Direktivi 79/7/EGS), je različen način odmere pokojnine dopusten, če je nujno in objektivno povezan s to razliko. Ko pa so razlike glede upokojitvene starosti odpravljene, se ni več mogoče sklicevati na izjeme in s tem utemeljiti razliko pri odmeri pokojnin. V nasprotju s pravom EU je lahko tudi preračunavanje na polni delovni čas.<sup>34</sup>

Komentar se z znanstveno natančnostjo loteva tudi drugih direktiv, ki so povezane s sistemom socialne varnosti (npr. prepoved razlikovanja v poklicnih sistemih, varovanje dodatnih pokojnin in enako obravnavanje ne glede na raso in narodno pripadnost).

### 3.5. Zunanji (eksterni) vidiki socialne varnosti

Obraavnani komentar se kratko loteva tudi zunanjih vidikov socialne varnosti, predvsem nekaterih sporazumov o stabilizaciji in pridruževanju (obravnava je sporazum s Turčijo, niso pa obraavnani npr. sporazumi z državami zahodnega Balkana in državami severne Afrike) in posebnih sporazumov s članicami Evropskega gospodarskega prostora (ki niso hkrati članice EU) in s Švico. Predvsem slednji lahko predstavljajo model urejanja prihodnjega partnerstva med EU in Združenim kraljestvom, čeprav vprašanja socialnih pravic v povezavi z Brexitom niso posebej izpostavljena. Gre namreč za področje, ki je v tem času predmet pogajanja med EU in Združenim kraljestvom.

---

<sup>32</sup> Bieback, Kahil-Wolff, v Fuchs, 2018, str. 834.

<sup>33</sup> Glej 27. in 37. člen ZPIZ-2 (Zakon o pokojninskem in invalidskem zavarovanju, Uradni list RS št. 96/12 do 65/17).

<sup>34</sup> Strban, 2013/2, str. 288.

#### 4. SKLEPNE UGOTOVITVE IN PRIPOROČILO

Knjiga Evropsko socialno pravo je najpodrobnejša in ta trenutek tudi najsodobnejša predstavitev prava socialne varnosti EU. Poseben pomen ji daje tudi zadnje poglavje, ki prikazuje sistem pravnega varstva socialnih pravic v EU. Ta del je lahko v pomoč predvsem sodiščem pri pripravi vprašanj za predhodno odločitev Sodišča EU, saj je prikazan celoten postopek, tudi tisti pred Sodiščem EU.<sup>35</sup> Pomembno je, da so nacionalna sodišča tudi sodišča EU, saj posameznik nima neposrednega dostopa do Sodišča EU.

Priporočilo k branju ne velja le za socialne sodnike vseh stopenj, temveč za vsakogar, ki se na akademski ravni ali pri delu v zavodih socialne varnosti srečuje z zapletenimi vprašanji prava socialne varnosti EU. Podobno velja za mednarodna svetovalna podjetja, ki se ukvarjajo z nasveti pri plačevanju davkov in prispevkov, sistemov, ki nista nujno medsebojno usklajena.<sup>36</sup>

Priporočilo velja kljub temu, da je knjiga namenjena osebam, ki vsaj bralno obvladajo nemški jezik in da poleg številnih odločitev Sodišča EU vsebuje primere predvsem iz nemške in avstrijske pravne ureditve.

#### LITERATURA

Bubnov Škoberne, Anjuta, Strban, Grega: Pravo socialne varnosti, GV Založba, Ljubljana 2010.

Fuchs, (ur.): Europäisches Sozialrecht, Nomos, Baden-Baden 2018.

Fuchs, Maximilian; Marhold, Franz; Europäisches Arbeitsrecht, 5. Auflage, Handbuch, Verlag Österreich, Wien 2018.

Rataj, Primož; Strban, Grega: Recenzija knjige: Fuchs, Maximilian, Cornelissen, Rob: EU Social Security Law: A Commentary on EU Regulations 883/2004 and 987/2009. Nomos, Baden-Baden. C. H. Beck, München: Portland: Hart, 2015, Delavci in delodajalci, Delavci in delodajalci, Vol. XVI, 2016, št. 1, str. 151-156.

Strban, Grega: Predvidene novosti v obveznem zdravstvenem zavarovanju, Delavci in delodajalci, Vol. XVII, 2017, št. 4, str. 447-474.

Strban, Grega (ur.); Berki, Gabriella; Carrascosa Bermejo, Dolores; Van Overmeiren, Filip: Access to healthcare in cross-border situations, Analytical Report 2016, Report prepared for the European Commission by FreSsco, January 2017.

Strban, Grega: Family benefits in the EU - is it still possible to coordinate them?, Maastricht Journal

<sup>35</sup> Borchardt, v Fuchs, 2018, str. 1001.

<sup>36</sup> Področje napotitev bo iz socialnega in davčnega vidika obravnavano na letošnjih Dnevih delovnega prava in prava socialne varnosti.

of European and Comparative Law 2016, št. 5, str. 775-795.

Strban, Grega (2013/1): Patient mobility in the European Union: between social security coordination and free movement of services, ERA Forum, Vol. 14, 2013, Nr. 3, str. 391-407.

Strban, Grega (2013/2): Spregledani vidiki pokojninske reforme, Delavci in delodajalci, letn. XIII, 2013, št. 2-3, str. 277-300.

Strban, Grega: Gender Differences in Social Protection, MISSOC Analysis 2012/2, November 2012.

Strban, Grega: Vpliv državljanstva EU na dostop do pravic iz sistema socialne varnosti, Pravna praksa-PP, letn. 30, 2011, št. 11, str. 19-21.

## European Social Law

Grega Strban\*

### Summary

The present paper develops a scientific discourse, triggered by the new, already seventh edition of the book on European social law, edited by Maximilian Fuchs, professor emeritus of the Law faculty, University Eichstätt/Ingolstadt. The book was published in the book collection *Nomos Kommentar*, by the publishing house Nomos, in cooperation with publishers *Manz* and *Helbing Lichtenhahn*. Professor Fuchs remains quite active also after his retirement, especially in the field of European labour and social law.

As in every serious scientific monography, the book on European social law, begins with clarification of certain notions and distinctions. It is explained that the book deals with EU social security law, rather than entire social law as perceived in certain countries. It also does not encompass the social security law of another European institution, i.e. the Council of Europe. The book presents the most comprehensive and at the moment the most up to date discussion on European social security law.

When doing so, not only the primary and secondary EU law is analysed, but decisions of the Administrative Commission for social security coordination and especially numerous decisions of the Court of Justice of the EU (CJEU) are taken into account and sometimes critically assessed. Moreover, the latest proposals of the European Commission for amendments and modifications of the Social Security Coordination Regulation, i.e. Regulation (EC) 883/2004 are presented. Occasionally, also the influence of EU law on especially German and Austrian law are discussed, which makes the book especially valuable for the German speaking part of the EU. It should be noted, that also a shorter version of the previous edition(s) was issued in English language.

---

\* Grega Strban, PhD, Professor and Vice Dean at the Faculty of Law, University of Ljubljana, Slovenia.  
grega.strban@pf.uni-lj.si



Especially valuable is the connection between the Regulation (EC) 883/2004 and the Directive 2011/24/EU on patients' rights in cross-border healthcare. Two instruments regulating similar situations on completely distinct legal bases, i.e. social security coordination and free movement of services. This, not always easy relation, raises many questions in the majority of Member States. It seems that there is a constant battle between public and private provision of healthcare.

An ongoing debate is also on equal treatment of men and women. The Directive 79/7/EEC remains the only one from the Seventies package. By now it should be clear that there are no natural obligations of a man or of a women and that both form equal parts of human society.

Special attention is paid to social advantages and external social security relations of the EU. Although, the book does not completely cover all of them, e.g. the debate on Brexit seems to be more pertinent in the UK than in other Member States. Also not all association and cooperation agreements could be thoroughly discussed.

Nevertheless, the book is absolutely worth reading by everyone dealing with EU social security law, be it at the academic or practical level. It is very valuable also for the social courts of law, due to its chapter on legal protection of social rights in the EU, a part that other books on EU social security law as a rule do not include.

## Europäisches Arbeitsrecht Evropsko delovno pravo

**FUCHS, Maximilian, MARHOLD, Franz. *Europäisches Arbeitsrecht (5. Auflage): Handbuch*. Verlag Österreich [Wien], 2018 – 643 str.**

UDK: 349.2:061.1EU(049.3)

Običajno se izogibam recenzij oziroma pregledov monografij, ki zgolj sledijo kazalu vsebine in bralcu o delu ne povedo prav veliko več kot pa lahko ta ob lastnem pregledu kazala, ob prebranem uvodnem poglavju ali celo ob samo kratkem obisku spletne strani založnika ali ponudnika dela zve sam. Takšnih recenzij praviloma ne pišem, niti jih ne berem. Vendarle pa me je delo, ki je pred menoj, prisililo v izdelavo skoraj takšne recenzije. Ne zato, ker bi slednje bilo suhoparno ali nekvalitetno. Nasprotno, delo je vsebinsko bogato in še kar pregledno ter jasno. Napisano je v uporabniku prijazni nemščini, takšni, ki jo pri nekaterih profesorih in profesorjih prava z nemškega govornega področja nerojeni nemški govorniki prepogosto pogrešamo. Razlog za izdelavo takšne recenzije tako tiči v dveh dokaj samoumevnih dejstvih.

Prvič, monografija, ki se v prevodu glasi *Evropsko delovno pravo*, je učbenik.<sup>1</sup> Na učbeniško naravo monografije kaže že njen naslov. Tako pa je tudi delo, o katerem kot recenzent glede na sam namen izdaje praviloma težje kritično razpravljam. Kritična razprava je lahko vezana predvsem na manjkajoče običajne elemente učbenika, sporne poudarke ali na primer na sklicevanje na neaktualno sodno prakso ali literaturo. S takšnim neprijetnim presenečenjem – jasno – delo tako uglednih avtorjev, ki sta se pri posodobitvi izdaje iz leta 2014 zanesla tudi na pomoč nekaterih mlajših kolegov, bralcu ne postreže. Kljub navedeni jasni in praviloma pregledni vsebini ter formi in prizanesljivemu načinu pisanja, pa je učbenik tipično germanski, tj. zelo zgoščen. Ob površnem branju lahko bralec, ki se s tematiko srečuje prvič, hitro zgubi stik z rdečo nitjo besedila. Ta je tudi sicer mestoma prikrita tam, kjer se avtorja odmikata od stroge materije delovnega prava, kar seveda zmeraj storita z upravičljivim namenom. Morda bi se nekateri zagrizeni strokovnjaki s področja delovnega prava malce namrščili ob

---

<sup>1</sup> Avtorja delo sicer podnaslovita z besedo *priročnik* (nem. *Handbuch*).

vsaj uvodoma relativno pogostem povezovanju delovnega in socialnega prava, a vendar je vprašanje koordinacije sistemov socialne varnosti neločljivo povezano s svobodo gibanja delavcev in njihovih družinskih članov v Evropski uniji, tako pa tudi z evropskim delovnim pravom kot temeljno točko učbeniške "razprave". Svoboda gibanja ob odsotnosti seštevanja zavarovalne dobe in izplačevanja dajatev v druge države članice delavcu in njegovi družini pač pomeni bolj malo.

Drugič, učbeniki praviloma ne vsebujejo prodornih novih odkritij ali idej na svojem znanstvenem torišču. Ne nazadnje to niti ni njihov namen. Kot izhaja prav s spletne strani založnika, je delo, ki kljub svoji učbeniški naravi jasno dosega raven znanstvenega pisanja, zdaj že v svoji peti izdaji namenjeno predvsem pravnim praktikom in študentom prava, ki se prvič srečujejo s področjem evropskega delovnega prava. Ta namen delo, ki bralca usmerja na skoraj nepregledno množstvo strokovne in znanstvene literature ter vseskozi citira in navaja sodno prakso Sodišča EU, izpolni v celoti. Malce zavajajoč je le njegov naslov, ki izraz *pravo Evropske unije* že skoraj tradicionalno zamenjuje z izrazom *evropsko pravo*.

Besedilo, ki je predmet te recenzije, je sicer sestavljeno iz treh temeljnih delov. Prvi del ali krovno poglavje, v katerem se avtorja izhodiščno postavljata v čas po koncu druge svetovne vojne, bralca seznanja s srčiko evropskega delovnega prava oziroma delovnega prava Evropske unije (v nadaljevanju: EU), tj. prostim gibanjem delavcev kot instrumentom preprečevanja konkurenčnih omejitev na skupnem trgu. Kot ugotavljata Fuchs in Marhold, je (bil) nastanek oziroma razvoj evropskega delovnega prava potreben za vzpostavitev skupnega evropskega trga dela, ta pa za delovanje notranjega trga, sprva evropske gospodarske skupnosti. Poglavje, ki je namenjeno uvodnemu pregledu funkcij in namena evropskega delovnega prava, je tako vsebinsko razpeto med ureditev svobode gibanja delavcev, harmonizacije nacionalnih ureditev in vpliva gospodarske, tržne ter stabilizacijske in protikrizne politike EU na njegov razvoj od nastanka Skupnosti, preko Amsterdamske in Lizbonske pogodbe ter strategije, do strategije Evropa 2020. Tudi sicer lahko uvod dela brez zadržkov opredelim kot nadvse koristno zmes politike in prava EU. Ekonomsko-politično ozadje EU je na primer kratko, a izrecno opisano v poglavju o socialnem dialogu, s katerim se bralec sreča na dveh mestih. Tako v uvodnem poglavju kot tudi posebnem podpoglavju, ki obravnava kolektivno delovno pravo. Prvi del učbenika, ki ga spremlja že omenjena mestoma pogosto prisotna razprava o socialnih pravicah, avtorja zaključita s kratkim razmislekom o morda najaktualnejšem vprašanju

prava EU, tj. z razmislekom o Brexitu in njegovem vplivu na področje evropskega delovnega prava in vplivu na koordinacijo sistemov socialne varnosti.

Preskok s področja politike *in* prava EU na pravo EU se zgodi v drugem delu ali krovnem poglavju učbenika, v katerem se avtorja uvodoma ukvarjata s pravno ureditvijo svobode gibanja delavcev kot ta izhaja iz primarnih in sekundarnih virov ter sodne prakse sodišča EU, z osebno veljavnostjo predpisov in pravili vstopa, izstopa ter bivanja v drugi državi članici. Pri tem se torej osredinjata na opredelitev delavca in njegovih pravic do prostega gibanja, iskanja zaposlitve in prebivanja v drugi državi članici, ki so jim pridružene pravice družinskih članov. Drugi del poglavja preveva ureditev individualnega delovnega prava, s – kar se obsega besedila tiče – poudarkom na protidiskriminacijskih pravilih (prepoved diskriminacije na podlagi starosti, verskega prepričanja itd.). Seveda avtorja na tem mestu obravnavata tudi temeljni institut delovnega prava, tj. pogodbo o zaposlitvi, varstvo delavca v primeru plačilne nesposobnosti delodajalca ali v primeru kolektivnih odpustov in druga ožja področja, katerih ureditev v prvi vrsti izhaja iz direktiv EU. Nadaljevanje poglavja zaznamuje odmik od individualnega h kolektivnemu delovnemu pravu EU, tj. socialnemu dialogu na ravni Unije in sodelovanju delavcev pri upravljanju, tudi s poudarkom na sodelovanju v okviru *Societas Europaea* ter *Societas Cooperativa Europea*, posebnih vrstah gospodarskih družb, katerih namen je omogočiti lažje izvajanje dejavnosti oziroma sodelovanje na območju celotne EU. Poglavje avtorja zaključita s pregledom ureditve varnosti in zdravja pri delu, področja, katerega pravila so v luči varstva delavcev dopolnila določbe, ki so sprva služile zgolj varstvu enotnega trga EU, tj. ekonomskim interesom Unije. Drugo in pravzaprav temeljno poglavje dela tako povsem razumljivo shematično sledi pristojnosti EU na področju (evropskega) delovnega prava, saj obravnava direktive s področja individualnega in kolektivnega delovnega prava, področja enakosti moških in žensk, enakega obravnavanja oseb ne glede na raso ali narodnost, splošnih okvirov enakega obravnavanja pri zaposlovanju, itd. (protidiskriminacijske direktive), ter področja varnosti in zdravja pri delu. V tretjem in končnem poglavju učbenika Fuchs in Marhold pisalo prepuščata Friedrichu, ki na približno petdesetih straneh obravnava kolizijska pravila evropskega delovnega prava.

Kot že zapisano je delo, ki je v prvi vrsti namenjeno v pravni praksi delujočim strokovnjakom in študentom prava, kljub svoji zgoščenosti napisano jasno in razumljivo. Je prav tako vsebinsko bogato in v svojem izvajanju ni strogo omejeno zgolj na pozitivno ureditev evropskega delovnega prava, temveč bralca vseskozi

postavlja v širši pravno-politični, ekonomski in socialni okvir EU, ki ga spremlja tudi omemba zgodovinsko relevantnih dejstev v toku njenega razvoja ter razvoja delovnega prava EU. Pri tem morebitnemu bralcu ali kupcu knjige, ki je že prebral izdajo iz leta 2014, priporočam, naj opravi vsaj kratko vsebinsko primerjavo kazal, ki mu lahko vsaj v grobem oriše os razvoja na področju v zadnjih štirih letih ter ne nazadnje olajša odločitev, ali kaže resno razmisliti o bližnjem srečanju z novo izdajo. Za vse ostale, tj. posameznike, ki se s tematiko srečujejo prvič ali po dalj časa, delo gotovo predstavlja bogat in kvaliteten pripomoček za osvojitve ali osvežitev področnega znanja.

Luka Mišič <sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Luka Mišič, magister prava, mladi raziskovalec in asistent na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani.  
luka.misic@pf.uni-lj.si

## **Pomembnejše odločbe delovno-socialnega oddelka Vrhovnega sodišča Republike Slovenije v letu 2017**

Izbrala in uredila:

**Marjeta Janežič\***

### **I. DELOVNI SPORI**

1. Obstoj utemeljenega poslovnega razloga za odpoved pogodbe o zaposlitvi v primeru odrejanja nadur
2. Vračilo preveč izplačane plače javnega uslužbenca v primeru pomote pri obračunu in izplačilu
3. Nadomestilo plače za praznik pri neenakomerno razporejenem delovnem času
4. Kolektivni delovni spor - reprezentativnost sindikata
5. (Ne)zakonitost odpovedi pogodbe o zaposlitvi iz poslovnega razloga zaradi prenehanja potrebe po delu pod plačnimi pogoji veljavne pogodbe o zaposlitvi
6. Delovno razmerje pri pogodbah z mednarodnim elementom
7. Posledice prenehanja veljavnosti kolektivne pogodbe na pravice in obveznosti iz delovnega razmerja
8. Povrnitev stroškov izobraževanja
9. Prepoved opravljanja dejavnosti

### **II. SOCIALNI SPORI**

1. Sprememba zavarovalne podlage za nazaj na podlagi pravnomočno ugotovljenega delovnega razmerja
2. Posledice spremembe zakonske definicije pojma „poškodba pri delu“

---

\* Pravosodna svetnica na Delovno-socialnem oddelku Vrhovnega sodišča Republike Slovenije.

3. Vpliv izbrisa zavarovanca iz evidence brezposelnih oseb na pravico do nadomestila za invalidnost
4. Poseg v pravnomočno odločbo o odmeri pokojnine z uporabo instituta neprave obnove postopka po zpiz-2 in obveznost plačila zakonskih zamudnih obresti

## I. DELOVNI SPORI

### 1. Obstoj utemeljenega poslovnega razloga za odpoved pogodbe o zaposlitvi v primeru odrejanja nadur (Sklep VIII Ips 182/2016 z dne 21. 2. 2017)

V zadevi VIII Ips 182/2016 z dne 21. 2. 2017 je Vrhovno sodišče ugotavljalo, ali obstaja utemeljen poslovni razlog za odpoved pogodbe o zaposlitvi, če delodajalec delavcem kontinuirano odreja nadure.

#### Povzetek stališč

*Odpoved pogodbe o zaposlitvi je zakonita, če za to obstaja resen razlog. Zato je pomembno, ali ima delodajalec na voljo samo to rešitev, ali pa obstajajo še kakšne druge učinkovite in primerne možnosti. Ena od njih je lahko zmanjšanje ali ukinitvev nadurnega dela. Če je namreč z drugačno razporeditvijo dela, npr. tudi z zmanjšanjem ali ukinitvijo nadurnega dela, delo pod pogoji iz pogodbe o zaposlitvi mogoče nadaljevati, razlog za odpoved pogodbe o zaposlitvi ne more biti utemeljen.*

#### Okoliščine primera

Tožena stranka je tožnici odpovedala pogodbo o zaposlitvi iz poslovnega razloga. V odpovedi je navedla, da je prišlo do zmanjšanja povpraševanja po izdelkih ter posledičnega upada naročil, zaradi česar je postalo delo na delovnem mestu, ki ga je zasedala tožnica, nepotrebno. Sodišče prve stopnje je zavrnilo tožničin zahtevek za ugotovitev nezakonitosti odpovedi pogodbe o zaposlitvi in s tem povezan reparacijski zahtevek, sodišče druge stopnje pa je to odločitev potrdilo. Tožnica je vložila revizijo, v kateri je med drugim navajala, da je izvedenec ugotovil, da so pri toženi stranki proizvodni delavci, med njimi

tudi ona sama, običajno delali tudi po 20 nadur na mesec, kar je postalo pravilo tudi v obdobju po odpovedi pogodbe o zaposlitvi tožnici. Po njenem mnenju se delodajalec, ki vsakomesečno kontinuirano odreja nadure, čeprav so te v okviru zakonskega minimuma, ne more sklicevati na obstoj poslovnega razloga oziroma na zmanjšanje potrebe po delu delavcev.

## Razlogi za odločitev

Poslovni razlog je utemeljen, če zaradi sprememb v poslovanju dejansko pride do prenehanja potreb po delu pod pogoji iz pogodbe o zaposlitvi na posameznih delovnih mestih. Odpoved pogodbe o zaposlitvi je glede na drugi odstavek 88. člena ZDR v povezavi s 4. členom Konvencije MOD št. 158 o prenehanju delovnega razmerja na pobudo delodajalca zakonita, če za to obstaja resen razlog. Zato je pomembno, ali ima delodajalec na voljo samo to rešitev, ali pa obstajajo še kakšne druge učinkovite in primerne možnosti. Ena od njih je lahko zmanjšanje ali ukinitve nadurnega dela. Če je namreč z drugačno razporeditvijo dela, npr. tudi z zmanjšanjem ali ukinitvijo nadurnega dela, delo pod pogoji iz pogodbe o zaposlitvi mogoče nadaljevati, razlog za odpoved pogodbe o zaposlitvi ne more biti utemeljen. Dokazno breme, da je odpovedni razlog podan, je na podlagi prvega odstavka 84. člena ZDR, na delodajalcu.

Seveda zgolj dejstvo, da se je nadurno delo opravljalo, ne zadošča za zaključek, da poslovni razlog ne obstaja. Lahko pa je obstoj poslovnega razloga vprašljiv, če delodajalec delavcem kontinuirano odreja opravljanje nadur, in sicer tako glede organizacijske<sup>1</sup> kot ekonomske<sup>2</sup> upravičenosti. Posebej velja v zvezi se tem opozoriti na določbo prvega odstavka 145. člena ZDR, po katerem se nadurno delo po 143. členu ZDR (ki določa le izjemne primere, v katerih je odreditev dela preko polnega delovnega časa dopustna) ne sme uvesti, če je delo možno opraviti v polnem delovnem času z ustrežno organizacijo in delitvijo dela, razporeditvijo delovnega časa z uvajanjem novih izmen ali z zaposlitvijo novih delavcev. Odreditev dela preko polnega delovnega časa je torej izjema, do katere lahko pride le pod pogoji, ki jih določa zakon, nikakor pa ne more predstavljati stalne oblike oziroma načina opravljanja dela. Zato ni nepomembno, kaj je bil v obravnavanem primeru razlog za odrejanje nadurnega dela in ali bi

<sup>1</sup> Ob kontinuiranem odrejanju nadur je lahko vprašljiva dejanska potreba po zmanjšanju števila zaposlenih.

<sup>2</sup> Plačilo večjega števila opravljenih nadur je lahko za delodajalca celo večje stroškovno breme, kot ohranitev zaposlitve delavca.



bilo mogoče z drugačno organizacijo dela doseči zmanjšanje ali celo ukinitvev opravljanja nadurnega dela ter na ta račun ohraniti zaposlitev tožnice.

Ker je sodišče prve stopnje zaključilo, da opravljanje nadur na obstoj poslovnega razloga ne vpliva, ker so se gibale v okviru dovoljene zakonske omejitve, sodišče druge stopnje pa je vprašanje odrejanja nadur štelo za nepomembno, je dejansko stanje v zvezi z nadurami ostalo nepopolno ugotovljeno. Ali bi se bilo možno z drugačno organizacijo dela izogniti opravljanju nadur in zagotoviti tožnici nadaljevanje delovnega razmerja, je odvisno predvsem od dinamike, količine, časa in razloga za odreditev nadurnega dela (kar vse so dejstva, na katera je tožnica v svojih vlogah opozarjala, tožena stranka pa nanje odgovarjala).

## **2. Vračilo preveč izplačane plače javnega uslužbenca v primeru pomote pri obračunu in izplačilu (Sklep VIII Ips 185/2016 z dne 21. 2. 2016)**

V zadevi VIII Ips 185/2016 z dne 21. 2. 2017 je Vrhovno sodišče presojalo, ali je sodišče pravilno uporabilo 3. in 3a. člen ZSPJS glede na določbe 86., 190. in 191. člena OZ, ki urejajo ničnost in neupravičeno obogatitev.

### **Povzetek stališč**

*Če je plača s pogodbo o zaposlitvi, odločbo ali sklepom določena v skladu z zakonom (konkretno s tretjim odstavkom 3. člena ZSPJS), le obračunana in izplačana je v previsokem znesku, pravil o ničnosti pogodbe sploh ni mogoče uporabiti. V takšnem primeru pridejo v poštev določbe OZ o neupravičeni pridobitvi oziroma pravila o vračanju neupravičeno pridobljenega.*

*Ni mogoče šteti, da je (pogodbena stranka) vedoma izplačala nekaj, kar ni bila dolžna, če je to storila pomotoma, čeprav ni bila dovolj skrbna. Le če se je plačnik zavedal, da plačuje, čeprav v resnici plačila ne dolguje, in ni okoliščin, ki bi temu njegovemu dejanju lahko odvzemale pomen prostovoljne privolitve v prikrajšanje, plačnik nima pravice zahtevati plačila nazaj, ravno zato, ker je prostovoljno privolil v prikrajšanje in to jasno izrazil s plačilom nedolga.*

### **Okoliščine primera**

Tožnica je tožencu (javnemu uslužbencu) za obdobje od vključno julija 2009 do vključno oktobra 2010 izplačala previsoko plačo, ker je pri obračunu zneska za

odpravo plačnega nesorazmerja nepravilno vzela za osnovo 34. plačni razred namesto pravilnega 32. plačnega razreda, ki je bil tožencu določen na podlagi 14. člena ZSPJS, ker ni izpolnjeval pogoja zahtevane izobrazbe. Tožnica je od toženca zahtevala vračilo preveč izplačanih zneskov.

### Razlogi za odločitev

Vrhovno sodišče je v zadevi VIII Ips 256/2016 z dne 20. 12. 2016 odločilo, da glede na ureditev v 3a. členu ZSPJS, izplačevanje previsoke plače ni nično, če je javnemu uslužbencu s pogodbo o zaposlitvi, odločbo ali sklepom določena plača v nasprotju s tretjim odstavkom 3. člena ZSPJS, in sicer zato, ker pogodba, ki nasprotuje ustavi, prisilnim predpisom ali moralnim načelom ni nična, če namen kršenega pravila odkazuje na kakšno drugo sankcijo ali če zakon v posameznem primeru ne predpisuje kaj drugega. Revizija pravilno opozarja, da v obravnavanem primeru ni šlo za situacijo iz tretjega odstavka 3a. člena ZSPJS, torej za to, da bi bilo tožencu kaj izplačano v nasprotju s tretjim odstavkom 3. člena ZSPJS. Zato ni mogoče uporabiti stališča, ki ga je Vrhovno sodišče zavzelo glede vrnitve preveč izplačanih plač kot posledice napačne določitve v pogodbi o zaposlitvi, odločbi ali sklepu v navedeni zadevi. Tožnica je namreč tožencu kljub pravilno določeni plači (uvrstitev v 32. plačni razred) ob odpravi nesorazmerja v osnovni plači na podlagi 49č. člena ZSPJS izplačala več, kot je bila dolžna, ker je kot korekcijskega upoštevala 34. plačni razred in ne 32. plačnega razreda. Zato je sodišče druge stopnje (pred tem pa tudi sodišče prve stopnje) odločitev zmotno oprlo na določbe 3. in 3a. člena ZSPJS.

Med strankama ni sporno, da je tožnica odpravo nesorazmerja v osnovni plači na podlagi 49č. člena ZSPJS z napačnim obračunom izvedla v nasprotju z zakonom. Sodišče druge stopnje ima prav, da je bilo takšno izplačilo nezakonito, zmotna pa je presoja, da je bilo njeno razpolaganje nično in da mora toženec na tej podlagi (86. člen OZ) preveč izplačane zneske vrniti. Če je plača s pogodbo o zaposlitvi, odločbo ali sklepom določena v skladu z zakonom (konkretno s tretjim odstavkom 3. člena ZSPJS), le obračunana in izplačana je v previsokem znesku, pravil o ničnosti pogodbe sploh ni mogoče uporabiti. V takšnem primeru pridejo v poštev določbe OZ o neupravičeni pridobitvi oziroma pravila o vračanju neupravičeno pridobljenega.

V skladu s prvim odstavkom 190. člena OZ je tisti, ki je bil brez pravnega temelja obogaten na škodo drugega, prejetu dolžan vrniti, če je to mogoče, sicer pa nadomestiti vrednost dosežene koristi. Vendar pa po 191. členu OZ tisti, ki kaj

plača, čeprav ve, da ni dolžan, nima pravice zahtevati nazaj, razen če si je pridržal to pravico ali če je plačal, da bi se izognil sili. Odločilnega pomena je torej, ali je tožnica vedoma plačala nekaj, kar ni bila dolžna. Po stališčih, zavzetih v sodni praksi, ni mogoče šteti, da je (pogodbena stranka) vedoma izplačala nekaj, kar ni bila dolžna, če je to storila pomotoma, čeprav ni bila dovolj skrbna. Le če se je plačnik zavedal, da plačuje, čeprav v resnici plačila ne dolguje, in ni okoliščin, ki bi temu njegovemu dejanju lahko odvzemale pomen prostovoljne privolitve v prikrajšanje, plačnik nima pravice zahtevati plačila nazaj, ravno zato, ker je prostovoljno privolil v prikrajšanje in to jasno izrazil s plačilom nedolga. Sklepanje o privolitvi v prikrajšanje (na čemer je utemeljena izguba pravice terjati nazaj plačilo, ki je bilo opravljeno brez pravne podlage) pa je izključeno v primeru, ko plačnik (ob plačilu) zmotno meni, da obstoji dolg, ki ga plačuje, četudi morda zmotna ni opravičljiva.

Glede na navedeno je materialnopravno izhodišče sodišča druge in pred tem sodišča prve stopnje, da se toženec na določbo 191. člena OZ ne more uspešno sklicevati in da posledično védenje tožnice, da sta obračun in izplačilo nepravilna, ni odločilno, zmotno.

### **3. Nadomestilo plače za praznik pri neenakomerno razporejenem delovnem času (Sodba VIII Ips 261/2016 z dne 7. 3. 2017)**

Vrhovno sodišče se je v zadevi VIII Ips 261/2016 z dne 7. 3. 2017 ukvarjalo z vprašanjem, ali je glede na okoliščine konkretnega primera, delavec upravičen do plačila nadomestila za praznik takrat, ko bi v primeru, da praznika ne bi bilo, delal v vnaprej določenem turnusu.

#### **Povzetek stališč**

*„Fleksibilnost“ razporejanja delovnega časa ni sopomenka za neenakomerno razporejanje delovnega časa. Bistvena lastnost neenakomerno razporejenega delovnega časa je odstopanje od klasične razporeditve delovnega časa 40 ur na teden, 8 ur na dan, od ponedeljka do petka. Vendar je lahko tudi v neenakomerno razporejenem delovnem času določen način razporeditve, ki je fiksni po svoji naravi in s tem predvidljiv (npr. delo vsak drugi dan, ali določen z letnim oziroma mesečnim razporedom). Če je razporeditev delovnega časa sistemsko jasna in ima vnaprej razviden način razporeditve, se da tudi vnaprej določiti dneve, na katere delavec običajno dela. To je ves*

*čas trdil revident, tožena stranka pa se je branila z argumentom „fleksibilnosti“ glede na sprotne delovne potrebe v času dela prostih dni. Ta argument zaradi tautologije po presoji revizijskega sodišča ne zdrži, saj tudi pri enakomerni porazdelitvi delovnega časa na dela proste dneve dela ni in zato enako ni potrebe po delu delavcev pri enakomerni porazdelitvi delovnega časa.*

### **Okoliščine primera**

Tožnik je zahteval plačilo nadomestila plače za 4 dneve, ko so bili državni prazniki oziroma dela prosti dnevi. Tožnik sicer dela v neenakomerno razporejenem delovnem času od 40 do 56 ur na teden, kar se v referenčnem obdobju 12-ih mesecev izravna. Delavci pri toženi stranki delajo po urnikih, ki so razvidni iz službene razdelitve, ti pa se običajno pred prazniki prilagodijo glede na potrebe delovnega procesa. Tožnik na sporne praznične dni ni imel predvidenih delovnih obveznosti, delovni čas je bil spremenjen tako, da se je delo zaključilo pred začetkom dela prostega dne. Ker delo za te dneve ni bilo predvideno, je tožena stranka štela, da ni upravičen do nadomestila plače. Dneve, v katerih je tožnik delal v turnusu preko noči (od 18.00 ure do 7.00 ure) je tožena stranka štela kot opravljanje dela na prvi dan.

### **Razlogi za odločitev**

Po določbi drugega odstavka 137. člena ZDR-1 je delodajalec dolžan izplačati nadomestilo plače v primerih odsotnosti z dela zaradi izrabe letnega dopusta, plačane odsotnosti zaradi osebnih okoliščin, izobraževanja, z zakonom določenih praznikov in dela prostih dni in ko delavec ne dela iz razlogov na strani delodajalca. V skladu z devetim odstavkom istega člena je delodajalec delavcu dolžan izplačati nadomestilo plače za tiste dneve in za toliko ur, kolikor znaša delovna obveznost delavca na dan, ko zaradi opravičenih razlogov ne dela.

Materialnopravno zmotno je stališče sodišč nižjih stopenj, ki sta sprejeli pravne razloge tožene stranke, da tožnik ni upravičen do nadomestila plače za dela proste dneve, ker tedaj ni imel predvidene delovne obveznosti, saj je tožena stranka že tako neenakomerno porazdeljen delovni čas pred samimi dela prostimi dnevi dodatno prilagodila tako, da je upoštevala zmanjšane potrebe po delu na te dni in ni (več) predvidela dela za tožnika. Logično namreč je, da se na dela proste dneve (praviloma) ne dela, logično tudi je, da so tedaj na splošno v gospodarstvu manjše potrebe po delu. Vendar pa splošnih potreb po delu in razporeditve delovnega časa ni mogoče mešati.

Fleksibilnost“ razporejanja delovnega časa ni sopomenka za neenakomerno razporejanje delovnega časa. Bistvena lastnost neenakomerno razporejenega delovnega časa je odstopanje od npr. klasične razporeditve delovnega časa 40 ur na teden, 8 ur na dan, od ponedeljka do petka, da delavec v režimu neenakomerne razporeditve dela tudi po več kot 8 ur na dan, več ali manj kot 5 dni v tednu itd. Vendar je lahko tudi v neenakomerno razporejenem delovnem času določen način razporeditve, ki je fiksni po svoji naravi in s tem predvidljiv (npr. delo vsak drugi dan, ali določen z letnim oziroma mesečnim razporedom). Če je razporeditev delovnega časa sistemsko jasna in ima vnaprej razviden način razporeditve, se da tudi vnaprej določiti dneve, na katere delavec običajno dela. To je ves čas trdil tožnik, tožena stranka pa se je branila z argumentom „fleksibilnosti“ glede na sprotne delovne potrebe v času dela prostih dni. Ta argument zaradi tautologije po presoji revizijskega sodišča ne zdrži, saj tudi pri enakomerni porazdelitvi delovnega časa na dela proste dneve dela ni in zato enako ni potrebe po delu delavcev pri enakomerni porazdelitvi delovnega časa.

S tožnikovim stališčem, da bi bilo z drugačno razlago v obravnavani zadevi lahko kršeno načelo enakosti iz 14. člena Ustave RS, revizijsko sodišče soglaša. Tožnik bi bil prikrajšan za nadomestilo za dela proste dneve, zato teh dni ne bi mogel enako uživati kot drugi zaposleni v enakomerni porazdelitvi delovnega časa. Poleg tega bi moral v primeru sprejemanja stališča sodišč nižjih stopenj na letni ravni dejansko opraviti več ur kot nekdo, ki dela v klasični razporeditvi delovnega časa med ponedeljkom in petkom. Razlikovanje je v obravnavni zadevi nerazumno, saj jo tožena stranka utemeljuje z (naknadno) zmanjšanimi potrebami po delu na dela proste dneve, ko njegovo delovno obveznost ukinja s spremenjenim razporedom.

#### **4. Kolektivni delovni spor - reprezentativnost sindikata (Sodba VIII Ips 156/2017 z dne 19. 12. 2017)**

Vrhovno sodišče je v zadevi VIII Ips 156/2017 z dne 19. 12. 2017 presojalo vprašanje reprezentativnosti sindikata, zlasti pomen reprezentativnosti na ravni države in reprezentativnosti na ravni dejavnosti.

#### **Povzetek stališč**

*Pojem reprezentativnosti sindikata je vedno povezan z vprašanjem, koga ali kaj predstavlja. Sindikat, ki izpolnjuje zakonske pogoje za reprezentativnost,*

*je reprezentativen z vsemi pravicami, ki se na to dejstvo vežejo. Razlika je le v nivoju, za katerega je priznana reprezentativnost.*

*Vse zveze in konfederacije sindikatov, ki so določene kot reprezentativne z odločbo ministrstva, so reprezentativne za območje države in uresničujejo svoje pristojnosti na enak način. Nasprotna udeleženka bi morala ob ugotovitvi, da izpolnjuje pogoje iz 8. člena ZRSin, predlagateljici izdati odločbo o njeni reprezentativnosti za območje države v dejavnostih, panogah in poklicih tistih vanjo združenih sindikatov, v katere je včlanjenih najmanj 10% delavcev iz posamezne dejavnosti, panoge ali poklica.*

*Sindikat ima reprezentativnost na določenih področjih in nivojih, če deluje v zvezi oziroma konfederaciji, kateri je bila izdana odločba o reprezentativnosti. Vendar pa to ne velja brezpogojno, saj je zvezi oz. konfederaciji dodeljena reprezentativnost le za tista področja in ravni delovanja, v katerih sindikati, člani zveze ali konfederacije, izpolnjujejo pogoje iz 6. člena zakona, torej tudi pogoj kvoruma.*

### **Okoliščine primera**

Predlagateljica (konfederacija sindikatov) v tem sporu izpodbija odločbi nasprotne udeleženke, (Ministrstva za delo, družino, socialne zadeve in enake možnosti), s katerima je bila določena kot reprezentativni sindikat v določenih izrecno navedenih dejavnostih in s katerima je bilo nadalje določeno, da so poimensko navedeni sindikati reprezentativni v dejavnostih, kot so navedene, ker so združeni v predlagateljico.

Bistveno vprašanje v tem sporu je, ali sta odločbi ministrstva nezakoniti, ker v izreku določata reprezentativnost konfederacije v posameznih dejavnostih in poklicih, namesto zgolj za območje države, in ali se sindikatom, ki so včlanjeni v konfederacijo oziroma zvezo, prizna lastnost reprezentativnosti že zgolj na podlagi takega članstva, brez določene kvote, ki jo kot pogoj za pridobitev reprezentativnosti zveze ali konfederacije določa 8. člen ZRSin.

### **Razlogi za odločitev**

Pogoje za pridobitev lastnosti reprezentativnega sindikata izpolnjujejo tisti sindikati, ki so demokratični in uresničujejo svobodo včlanjevanja v sindikate, njihovega delovanja in uresničevanja članskih pravic in obveznosti, neprekinjeno delujejo najmanj zadnjih šest mesecev, so neodvisni od državnih organov in

delodajalcev, se financirajo pretežno iz članarine in drugih lastnih virov in imajo določeno število članov v skladu z določili ZRSin. Take so splošne in temeljne zahteve, vsebovane v 6. členu ZRSin. Zakon ne ločuje med reprezentativnim sindikatom z vsemi pravicami in reprezentativnim sindikatom z omejenim krogom pravic, kot to zmotno meni predlagateljica. Sindikat, ki izpolnjuje pogoje za reprezentativnost po ZRSin, je reprezentativen z vsemi pravicami, ki se na to dejstvo vežejo. Razlika je le v nivoju, za katerega je priznana reprezentativnost.

ZRSin v 8. členu določa, da se ob pogojih iz 6. člena tega zakona kot reprezentativne določijo zveze ali konfederacije sindikatov za območje države, v katere se povezujejo sindikati iz različnih panog, dejavnosti ali poklicev, in v katere je včlanjenih najmanj 10% delavcev iz posamezne panoge, dejavnosti ali poklica. Neutemeljeno je zavzemanje predlagateljice, da se ji podeli reprezentativnost zgolj za območje države, ne da bi se navedle posamezne dejavnosti, panoga ali poklic, ki jih na območju države predstavlja. Pojem reprezentativnosti sindikata je vedno povezan z vprašanjem, koga ali kaj predstavlja. Odločba, da je sindikat reprezentativen (torej, da nekoga predstavlja) na območju države, ne da bi bilo opredeljeno, koga predstavlja, bi bila nesmiselna.

Utemeljena pa je zahteva predlagateljice, da bi morala nasprotna udeleženka v izpodbijani odločbi določiti reprezentativnost ne le za panoge in poklice, temveč tudi za območje države. Če odločbo o reprezentativnosti zveze ali konfederacije sindikatov na podlagi prvega odstavka 10. člena ZRSin izda ministrstvo, to po 8. členu ZRSin pomeni reprezentativnost za območje države. Takšna reprezentativnost torej izhaja že iz zakona samega. Kljub temu pa ni utemeljenega razloga, da nasprotna udeleženka v izreku izpodbijanih odločb tega ni tudi izrecno določila.

Vse zveze in konfederacije sindikatov, ki so določene kot reprezentativne z odločbo ministrstva in so torej reprezentativne za območje države, uresničujejo svoje pristojnosti na enak način. Po 7. členu ZRSin reprezentativni sindikati sklepajo kolektivne pogodbe s splošno veljavnostjo in sodelujejo v organih, ki odločajo o vprašanih ekonomske in socialne varnosti delavcev ter predlagajo kandidate delavcev, ki sodelujejo pri upravljanju, v skladu s posebnimi predpisi. Nekatere pristojnosti so vezane na dejavnosti, panoge oziroma poklice, v katerih so reprezentativni. Logično je, da je sodelovanje pri sklepanju kolektivnih pogodb vezano na dejavnost, panogo ali poklic, v katerih so sindikati reprezentativni. Druge pristojnosti pa na to niso vezane. Pristojnost sodelovanja v organih, ki odločajo o vprašanih ekonomske in socialne varnosti delavcev npr. reprezentativni

sindikati uresničujejo v Ekonomsko - socialnem svetu, ki je tristranski organ socialnih partnerjev in Vlade Republike Slovenije, ustanovljen z namenom obravnavanja strateških vprašanj in ukrepov, ki se nanašajo na ekonomsko in socialno politiko, in drugih vprašanj, ki se nanašajo na posebna področja in dogovarjanja partnerjev. Reprezentativnost na državni ravni se uresničuje npr. tudi s sodelovanjem predstavnikov delavcev v državnem svetu, Zavodu za zdravstveno zavarovanje in Zavodu za pokojninsko in invalidsko zavarovanje. Tudi na tem področju imajo zveze in konfederacije, ki so reprezentativne na območju države, posebno vlogo: po 26. členu Zakona o državnem svetu volijo v državni svet predstavnike delojemalcev; po 3. točki prvega odstavka 14. člena Statuta Zavoda za zdravstveno zavarovanje Slovenije volijo v skupščino zavoda predstavnike aktivnih zavarovancev; po 13. členu Statuta Zavoda za pokojninsko in invalidsko zavarovanje Slovenije imenujejo člane v svet zavoda itd. Navedene pristojnosti izrecno omenjajo reprezentativnost na območju države (ali na "nacionalni ravni"). Upošteva se opisano strukturiranost ZRSin, pristojnosti reprezentativnih konfederacij in zvez, nenazadnje pa tudi to, da mora biti odločba o reprezentativnosti jasna in ob enakih pogojih za vse konfederacije in zveze sindikatov v bistvenem enaka, bi morala nasprotna udeleženka ob ugotovitvi, da izpolnjuje pogoje iz 8. člena ZRSin, predlagateljici izdati odločbo o njeni reprezentativnosti za območje države v dejavnostih, panogah in poklicih tistih vanjo združenih sindikatov, v katere je včlanjenih najmanj 10% delavcev iz posamezne dejavnosti, panoge ali poklica. Materialno pravna presoja sodišč nižjih stopenj, da je v tem delu zahteva predlagateljice neutemeljena, je zato zmotna.

Glede drugega vprašanja, ki se izpostavlja v reviziji (da vsak sindikat, združen v zvezo ali konfederacijo, pridobi status reprezentativnega sindikata), pa je odločitev sodišč nižjih stopenj pravilna.

Določbe 8., 9. in 10. člena ZRSin je treba upoštevati in razlagati skupaj. Med pogoji, ki jih mora izpolnjevati reprezentativni sindikat, je tudi določeno število članov, kot jih določa zakon. V 8. členu zakon izrecno določa, da se ob pogojih iz 6. člena kot reprezentativne določijo zveze ali konfederacije sindikatov za območje države, v katere se povezujejo sindikati iz različnih panog, dejavnosti ali poklicev, in v katere je včlanjenih najmanj 10% delavcev iz posamezne panoge, dejavnosti ali poklica. Za pridobitev reprezentativnosti sindikatov, včlanjenih v konfederacijo, se ob pogojih navedenega člena zahteva tudi minimalno število, to je najmanj 10% včlanjenih delavcev. V prvem odstavku 9. člena zakon določa, da so na posameznih področjih in ravneh delovanja sindikatov (v panogi, dejavnosti,



poklicu, občini oziroma širši lokalni skupnosti ali v organizaciji) reprezentativni tisti sindikati, ki so združeni v zvezo ali konfederacijo sindikatov, ki je reprezentativna za območje države (torej v eno od organizacijskih oblik iz 8. člena ZRSin), kar pomeni, da morajo tudi ti sindikati imeti včlanjenih najmanj 10% delavcev. Takšna kvota je namreč pogoj za pridobitev reprezentativnosti zveze ali konfederacije. Utemeljenost razlage določbe prvega odstavka 9. člena v povezavi z določbo 8. člena izhaja tudi iz vsebine določbe drugega odstavka 9. člena, ki za sindikate na različnih ravneh delovanja, ki niso včlanjeni v zvezo ali konfederacijo iz 8. člena, izpolnjujejo pa pogoje iz 6. člena, predpisuje večje minimalno število članov, najmanj 15%. Če bi se za sindikate po prvem odstavku 9. člena zakona štelo, da imajo reprezentativnost brez upoštevanja z zakonom določenega minimalnega števila članov, bi jih to neutemeljeno postavljalo v privilegiran položaj.

V smislu opredelitve reprezentativnosti (predstavnštva) in citiranih zakonskih določb je treba razlagati tudi določbo drugega odstavka 10. člena ZRSin, ki pove le, da ima sindikat reprezentativnost na določenih področjih in nivojih, če deluje v zvezi oziroma konfederaciji, kateri je bila izdana odločba o reprezentativnosti. Vendar to ne velja brezpogojno, saj je zvezi oz. konfederaciji dodeljena reprezentativnost le za tista področja in ravni delovanja, v katerih sindikati, člani zveze ali konfederacije, izpolnjujejo pogoje iz 6. člena zakona, torej tudi pogoj kvoruma. Če je sindikat organizacije združen v zvezo ali konfederacijo s priznano reprezentativnostjo, lahko postane reprezentativen že z 10% članstvom delavcev, namesto s 15% članstvom, kot to velja za sindikate, ki nastopajo samostojno (drugi odstavek 9. člena). Zakon torej za vsa področja in ravni sindikalnega delovanja kot pogoj za reprezentativnost določa tudi minimalno število članov, to je 10% ali 15%, odvisno od oblike sindikalnega delovanja.

##### **5. (Ne)zakonitost odpovedi pogodbe o zaposlitvi iz poslovnega razloga zaradi prenehanja potrebe po delu pod plačnimi pogoji veljavne pogodbe o zaposlitvi (Sodba VIII Ips 318/2016 z dne 6. 6. 2017)**

V zadevi VIII Ips 318/2016 z dne 6. 6. 2017 je Vrhovno sodišče presojalo zakonitost odpovedi pogodbe o zaposlitvi iz poslovnega razloga s ponudbo nove, ki jo je delodajalec utemeljil z razlogom, da delavčevega dela pod plačnimi pogoji veljavne pogodbe o zaposlitvi ne potrebuje več, še vedno pa je možno nadaljevanje istega dela za nižjo plačo.

## **Povzetek stališč**

*Poseg v plačo, če se hkrati ne spremeni naziv delovnega mesta oziroma vrsta dela (s posledico spremembe vsebine del oziroma vrste del), ali čas za katerega je sklenjena pogodba o zaposlitvi ali trajanje delovnega časa, brez soglasja delavca ni dopusten.*

## **Okoliščine primera**

Tožena stranka (delodajalec) je zaradi slabih finančnih rezultatov in zagotovitve poplačila upnikov med ukrepi za znižanje stroškov predvidela tudi znižanje plač delavcev. Delavcem je ponudila v podpis anekse k pogodbi o zaposlitvi z določbo o začasnem znižanju osnovne plače. Tistim, ki aneksov niso podpisali, je podala odpoved pogodbe o zaposlitvi s ponudbo nove. Med njimi je bil tudi tožnik, ki je prejel odpoved pogodbe o zaposlitvi s ponudbo nove, za isto delo oziroma delovno mesto, za katero je imel sklenjeno odpovedano pogodbo o zaposlitvi. Razlika je bila le v določbi o plači. Novo pogodbo o zaposlitvi je podpisal. Tožnik je pred sodiščem zahteval ugotovitev nezakonitosti odpovedi pogodbe o zaposlitvi. Trdil je, da do prenehanja potrebe po opravljanju dela pod pogoji iz pogodbe o zaposlitvi ni prišlo, saj se vsebina, organizacijska opredelitev in zahtevnost dela na delovnem mestu ni spremenila. Delodajalec naj bi odpoved podal po tem, ko ni pristal na sporazumno spremembo pogodbe o zaposlitvi, zato odpoved pogodbe o zaposlitvi s ponudbo nove, pomeni enostranski poseg v višino plače. Če nove pogodbe ne bi podpisal, bi izgubil zaposlitev in ostal brez pravice do odpravnine in do denarnega nadomestila za čas brezposelnosti.

## **Razlogi za odločitev**

Po 1. alineji prvega odstavka 89. člena Zakona o delovnih razmerjih (ZDR-1) je prenehanje potreb po opravljanju določenega dela pod pogoji iz pogodbe o zaposlitvi zaradi ekonomskih, organizacijskih, tehnoloških, strukturnih ali podobnih razlogov na strani delodajalca poslovni razlog, zaradi katerega delodajalec lahko redno odpove delavcu pogodbo o zaposlitvi.

Tožena stranka je dokazala obstoj finančnih težav, ki so od nje terjale znižanje stroškov in povečanje prihodkov (ekonomski razlog). Vendar pa finančne težave same po sebi ne predstavljajo utemeljenega razloga za odpoved pogodbe o zaposlitvi. Kljub finančnim težavam je tožena stranka tožnikovo delo, ki se po vsebini, zahtevnosti ali organiziranosti ni spremenilo, še vedno potrebovala. Ker

pa je želela zmanjšati stroške dela, je posegla v plačo, dogovorjeno s pogodbo o zaposlitvi. Prenehanje potrebe po opravljanju dela pod pogoji iz pogodbe o zaposlitvi je utemeljila z obrazložitvijo, da pod plačnimi pogoji iz pogodbe o zaposlitvi tožnikovo delo ni več potrebno, možno pa je nadaljevanje istega dela pod spremenjenimi plačnimi pogoji. Razlog za odpoved pogodbe o zaposlitvi (s ponudbo nove) je bilo torej znižanje plače.

Po 8. alineji 31. člena ZDR-1 je določilo o znesku osnovne plače delavca, ki mu pripada za opravljanje dela po pogodbi o zaposlitvi ter o morebitnih drugih plačilih, sestavina pogodbe o zaposlitvi. Z določitvijo zneska plače v sklenjeni pogodbi o zaposlitvi stranki določita vrednost opravljenega dela. Opredelitev dela določenega delovnega mesta (z vsebino, zahtevnostjo, obsegom) in plačilo zanj sta v medsebojni odvisnosti. To pomeni, da poseg v plačo, če se hkrati ne spremeni naziv delovnega mesta oziroma vrsta dela (s posledico spremembe vsebine del oziroma vrste del), ali čas, za katerega je sklenjena pogodba o zaposlitvi ali trajanje delovnega časa, brez soglasja delavca ni dopusten.

Delodajalec enostransko ne sme posegati v plačo, določeno s pogodbo o zaposlitvi. Odpoved pogodbe o zaposlitvi s ponudbo nove pogodbe za isto delo na istem delovnem mestu, le za nižjo plačo, po svoji vsebini, čeprav prikrito, pomeni prav to.

## **6. Delovno razmerje pri pogodbah z mednarodnim elementom (Sodba VIII Ips 39/2017z dne 6. 6. 2017)**

V zadevi VIII Ips 39/2017 z dne 6. 6. 2017, je Vrhovno sodišče (med drugim) presojo naslednja vprašanja: 1) ali je razmerje med strankama delovno ali civilno-pravno razmerje oziroma, katero pravo je tisto, po katerem se to razmerje pravno okvalificira; 2) ali se tožena stranka kot veleposlaništvo tuje države lahko sklicuje na sodno imuniteto v skladu z Dunajsko konvencijo; 3) po katerem pravu se presoja spor med strankama, po tem, ko se ugotovi pravna narava njunega razmerja.

### **Povzetek stališč**

*Iz zadeve Holterman,<sup>3</sup> ki se nanaša na uporabo kolizijskih pravil pri pogodbah o zaposlitvi z mednarodnim elementom, jasno izhaja, da ima pojem*

<sup>3</sup> C-47/14 z dne 10. 9. 2015.

*"individualna pogodba o zaposlitvi" avtonomen pomen po pravu EU, ne glede na morebitne različne opredelitve nacionalnih zakonodaj posameznih držav članic. Sui generis pravna narava delovnega razmerja glede na nacionalno pravo ne more imeti nikakršnih posledic na status delavca v smislu prava Skupnosti. Glede na stališča SEU bi nacionalno sodišče pri opredelitvi razmerja kot delovnega razmerja moralo presoditi, ali gre za trajno razmerje, v okviru katerega je delavec vključen v določeno organizacijo poslovanja podjetja ali delodajalca in ali ena oseba nekaj časa za drugo osebo in po njenih navodilih opravlja storitve, za katere kot protidajatev prejema plačilo.*

### **Okoliščine primera**

Tožnik (bolgarski državljan) je opravljal delo šoferja pri Veleposlaništvu Republike Bolgarije (tožena stranka) v Republiki Sloveniji. Stranki sta sklenili štiri zaporedne civilnopravne pogodbe od 1. 2. 2011 do 29. 8. 2014. V pogodbah se nista dogovorili, katera država ima sodno pristojnost za reševanje sporov iz tega razmerja (dogovor o sodni pristojnosti), dogovorili pa sta se za uporabo bolgarskega prava (dogovor o pravu). Tožnik je zahteval ugotovitev obstoja delovnega razmerja in priznanje s tem povezanih pravic. Tožena stranka je (med drugim) zatrjevala, da po bolgarski zakonodaji, ki velja med strankama pogodbe, razmerje med toženo stranko in tožnikom ne šteje za delovno razmerje pač pa za civilnopravno razmerje. Zato naj tožnik ne bi mogel uveljavljati pravic iz delovnega razmerja. Sklicevala se je tudi na sodno imuniteto po Dunajski konvenciji.

### **Razlogi za odločitev**

#### *Pravna narava spornega razmerja*

Ker sta tako Republika Slovenija kot Republika Bolgarija državi članici Evropske unije (EU), je treba poleg nacionalnih predpisov, upoštevati tudi relevantne predpise EU. Za pogodbeno razmerja z mednarodnim elementom, ki so bila sklenjena po 17. 12. 2009, se uporabljata uredbi Rim I<sup>4</sup> in Bruselj I.<sup>5</sup> Uredba Rim I poleg splošnih pravil, ki veljajo za izbiro prava v civilnopravnih pogodbah z

<sup>4</sup> Uredba (ES) št. 593/2008 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 17. junija 2008 o pravu, ki se uporablja za pogodbeno obligacijska razmerja, UL L 177, z dne 4. 7. 2008, str. 6-16.

<sup>5</sup> Uredba Sveta (ES) št. 44/2001 z dne 22. decembra 2000 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah, UL L 12, z dne 16. 1. 2001 str. 1 - 23.

mednarodnim elementom, določa tudi posebna pravila, ki veljajo za individualne pogodbe o zaposlitvi. Vprašanje pa je, ali gre med strankama sploh za delovno razmerje oziroma po katerem pravu se to vprašanje presoja? Ali je za pravno kvalifikacijo razmerja med strankama, glede na pogodben dogovor o izbiri prava, treba uporabiti bolgarsko pravo? Glede na sodno prakso Sodišča Evropske Unije (v nadaljevanju SEU), je odgovor negativen. Zlasti iz zadeve Holterman, ki se nanaša na uporabo kolizijskih pravil pri pogodbah o zaposlitvi z mednarodnim elementom, namreč jasno izhaja, da ima pojem »individualna pogodba o zaposlitvi« avtonomen pomen po pravu EU, ne glede na morebitne različne opredelitve nacionalnih zakonodaj posameznih držav članic.

Glede na stališča SEU bi sodišče pri opredelitvi razmerja kot delovnega razmerja moralo presoditi, ali gre za trajno razmerje, v okviru katerega je delavec vključen v določeno organizacijo poslovanja podjetja ali delodajalca in ali ena oseba nekaj časa za drugo osebo in po njenih navodilih opravlja storitve, za katere kot protidajatev prejema plačilo. Iz dejanskih ugotovitev v konkretnem primeru izhaja, da razmerje med strankama ustreza tej definiciji delovnega razmerja, zato je pravilna ugotovitev sodišča, da je med strankama obstajalo delovno in ne civilnopravno razmerje.

### *Glede mednarodne pristojnosti in sodne imunitete tožene stranke*

SEU je v zadevi Mahmadia<sup>6</sup> presodilo, da je »veleposlaništvo, kadar gre za pogodbe o zaposlitvi, ki jih sklene v imenu države, poslovna enota v smislu druge točke 18. člena Uredbe Bruselj I, če se dejavnosti delavcev, s katerimi je ta sklenila te pogodbe, nanašajo na dejavnost upravljanja, ki jo veleposlaništvo izvaja v državi sprejemnici.« V isti zadevi je SEU navedlo, da naloge veleposlaništva iz 3. člena Dunajske konvencije zajemajo predstavljanje države pošiljateljice, varstvo njenih interesov in spodbujanje prijateljskih odnosov z državo sprejemnico, vendar pa veleposlaništvo pri izvajanju teh nalog, tako kot vsaka druga oseba javnega prava, lahko deluje *iure gestionis* (ravnanja, povezana z nastopanjem države kot gospodarskega subjekta) in prevzema obveznosti ter pridobiva pravice, ki imajo civilnopravni značaj, med drugim zlasti primeru, ko sklepa pogodbe o zaposlitvi z osebami, ki ne opravljajo nalog v povezavi z izvajanjem javnopravnih pooblastil in da se sodna imuniteta načeloma nanaša na spore v zvezi s suverenimi dejavnostmi, ki se izvajajo *iure imperii* (ravnanja, ki jih država stori kot suverena

<sup>6</sup> C-154/11 z dne 19. julij 2012.

nosilka oblasti), ne pa na ravnanja, izvršena *iure gestionis*, ki se ne nanašajo na javnopravna pooblastila.

Da je stališče tožene stranke zmotno, je razvidno tudi iz sodbe Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP) v zadevi Naku proti Republiki Litvi in Kraljevini Švedski (26126/07) z dne 8. 11. 2016. V navedeni zadevi je ESČP presodilo, da so litvanska sodišča tožnico, ki je na švedski ambasadi opravljala delo uslužbenke, zadolžene za kulturne in informacijske zadeve, prikrajšala za pravico dostopa do sodišča, ko so ugodila ugovoru diplomatske imunitete, ki ga je podala tožena stranka.

Iz dejanskih ugotovitev izhaja, da je tožena stranka s tožnikom sklenila pogodbo o zaposlitvi za šoferska dela in opravljanje drugih pomožnih del (torej ni izvajal javnopravnih pooblastil), kar sodi med dejanja *iure gestionis*, zaradi česar se tožena stranka v sporu v zvezi s to pogodbo ne more sklicevati na sodno imuniteto po Dunajski konvenciji.

### *Katero pravo je treba uporabiti za presojo tega spora*

Pravila za uporabo prava v primeru individualnih pogodb o zaposlitvi so določena v 8. členu Uredbe Rim I. Po tej določbi se za individualne pogodbe o zaposlitvi uporablja pravo, ki ga v skladu s 3. členom izbereta pogodbeni stranki. Vendar pa taka izbira prava delavca ne sme prikrajšati za zaščito, ki mu jo zagotavljajo določbe, od katerih ni dovoljeno odstopati z dogovorom po pravu, ki bi se uporabljalo v skladu z drugim, tretjim in četrtem odstavkom tega člena, če pogodbeni stranki ne bi bili izbrali drugega prava.

Iz navedenega izhaja, da mora sodišče po prvem v povezavi z drugim odstavkom 8. člena Uredbe Rim I za presojo spora med strankama, kljub pogodbenemu dogovoru o uporabi bolgarskega prava, uporabiti določbe slovenskega zakona o delovnih razmerjih. Tožnik je namreč delo običajno opravljal v Republiki Sloveniji, v primeru uporabe bolgarskega prava pa sploh ne bi bil obravnavan kot delavec v delovnem razmerju, zato bi bil prikrajšan za zaščito po določbah zakona o delovnih razmerjih, od katerih ni dovoljeno odstopati z dogovorom. Določba drugega odstavka 13. člena ZDR-1, po kateri se delo ne sme opravljati na podlagi pogodb civilnega prava, če obstajajo elementi delovnega razmerja, razen v primerih, ki jih določa zakon, namreč po slovenskem pravu predstavlja tako določbo, od katere ni dovoljeno odstopati z dogovorom. Volja strank pri tem ni odločilna, zato so irelevantne revizijske navedbe, da med strankama ni prišlo do soglasja volj za sklenitev pogodbe o zaposlitvi.

## **7. Posledice prenehanja veljavnosti kolektivne pogodbe na pravice in obveznosti iz delovnega razmerja (Sodba VIII Ips 56/2017 z dne 19. 9. 2017)**

Vrhovno sodišče je v zadevi VIII Ips 56/2017 z dne 19. 9. 2017 ugotavljalo, kakšne so posledice prenehanja veljavnosti kolektivne pogodbe na pravice in obveznosti strank iz delovnega razmerja.

### **Povzetek stališč**

*Prenehanje veljavnosti kolektivne pogodbe za stranke in njihove člane nima za posledico takojšnjega prenehanja pravic in obveznosti, ki iz nje izhajajo. Tudi za podpisnike, ki so izstopili iz združenja delodajalcev, nima takih posledic. Njih kolektivna pogodba kljub izstopu iz združenja na podlagi tretjega odstavka 10. člena ZKoIP obvezuje še naprej, in sicer najdalj eno leto, pri čemer te obveze ni mogoče omejiti le na pravice, ki jih morajo zagotavljati delavcem. Kolektivna pogodba obvezuje v celoti glede vseh pravic in obveznosti. Obveze tudi ni mogoče omejiti s trajanjem siceršnje veljavnosti kolektivne pogodbe.*

### **Okoliščine primera**

Tožena stranka je tožniku podala odpoved pogodbe o zaposlitvi iz krivdnega razloga. Pisno opozorilo o kršitvi delovnih obveznosti mu je podala dne 10. 9. 2013. Tožnik je v januarju 2015 in februarju 2015 ponovno kršil delovne obveznosti, zaradi česar mu je toženka dne 15. 2. 2015 odpovedala pogodbo o zaposlitvi iz krivdnega razloga. Sporno je vprašanje, ali bi tožena stranka glede obdobja, ki mora preteči od prejema pisnega opozorilo pa do ponovno kršitve, v katerem delavec ne sme ponovno kršiti obveznosti iz delovnega razmerja, morala upoštevati enoletno obdobje po ZDR-1 ali dvoletno obdobje po Kolektivni pogodbi za kovinsko industrijo Slovenije (KP). Toženka je namreč dne 31. 12. 2014 izstopila iz združenja delodajalcev, ki je bilo podpisnik stare KP, članica združenja pa ni bila niti 1. 2. 2015, ko je pričela veljati nova KP, ki je enako kot stara, določala dvoletno obdobje.

### **Razlogi za odločitev**

Po 15. členu ZKoIP kolektivna pogodba preneha veljati s potekom časa, za katerega je bila sklenjena, s sporazumom obeh strank o prenehanju veljavnosti

ali z odpovedjo. Predvsem zaradi ohranitve pravic vsebuje ZKolP za primer, če po prenehanju veljavnosti kolektivne pogodbe nova ni sklenjena, določbo (17. člen), po kateri se po prenehanju veljavnosti kolektivne pogodbe do sklenitve nove, vendar najdalj eno leto, če se stranki ne dogovorita drugače, še naprej uporabljajo določbe normativnega dela kolektivne pogodbe. Ta določba sicer v konkretnem primeru ni prišla v poštev, saj je stara KP za stranke KP prenehala veljati, ker je bila sprejeta nova KP. Kaže pa na to, da prenehanje veljavnosti kolektivne pogodbe za stranke in njihove člane nima za posledico takojšnjega prenehanja pravic in obveznosti, ki iz nje izhajajo. Tudi za podpisnike, ki so izstopili iz združenja delodajalcev, nima takih posledic. Njih kolektivna pogodba kljub izstopu iz združenja na podlagi tretjega odstavka 10. člena ZKolP obvezuje še naprej, in sicer najdalj eno leto, pri čemer te obveze ni mogoče omejiti le na pravice, ki jih morajo zagotavljati delavcem. Kolektivna pogodba obvezuje v celoti glede vseh pravic in obveznosti. Obveze tudi ni mogoče omejiti s trajanjem siceršnje veljavnosti kolektivne pogodbe. ZKolP obdobja, v katerem kolektivna pogodba obvezuje podpisnika, ki je izstopil iz združenja, ne omejuje z njeno veljavnostjo. S kolektivno pogodbo dejavnosti bi se obdobje enega leta, ki je v ZKolP določeno kot najdaljše, lahko skrajšalo, vendar se v konkretnem primeru ni. Zato je pravilna presoja sodišča druge stopnje, da je toženko kot podpisnico stare KP, ki je izstopila iz združenja pred prenehanjem veljavnosti, stara KP na podlagi tretjega odstavka 10. člena ZKolP zavezovala vse do 31. 12. 2015. Po sprejemu sklepa o razširjeni veljavnosti nove KP je toženko zavezovala tudi ta, in sicer na podlagi tretjega odstavka 11. člena ZKolP, ki določa, da kadar posameznega delodajalca zavezuje več kolektivnih pogodb iste vrste na isti ravni, se uporabljajo določbe, ki so za delavca ugodnejše. Glede na navedeno je stališče sodišča druge stopnje, da je toženka tožniku lahko odpovedala pogodbo o zaposlitvi iz krivdnega razloga po ugotovitvi ponovnih kršitev delovnih obveznosti v obdobju dveh let po prejemu pisnega opozorila z dne 10. 9. 2013, pravilno.

## **8. Povrnitev stroškov izobraževanja (Sklep VIII Ips 61/2017 z dne 25. 10. 2017)**

Vrhovno sodišče je v zadevi VIII Ips 61/2017 z dne 25. 10. 2017 presojalo vprašanje, ali „stroški, nastali v zvezi z izobraževanjem“ v okoliščinah konkretnega primera vključujejo tudi nadomestilo plače za dneve odsotnosti z dela.



## Povzetek stališč

*Pravica do koriščenja študijskega dopusta in odsotnosti z dela zaradi izobraževanja na sodišču vključuje tudi pravico do bruto nadomestila plače za ta čas; izplačano bruto nadomestilo plače predstavlja strošek, ki delodajalcu nastane s tem, ko delavcu omogoči izobraževanje in mu prizna pravice, ki iz tega izhajajo.*

## Okoliščine primera

Stranki sta dne 3. 7. 2006 sklenili pogodbo o izobraževanju tožene stranke na sodišču (v nadaljevanju: pogodba), program pravniški državni izpit (PDI). Tožena stranka je opravila pripravništvo na sodišču, ni pa opravila PDI, kar je bila njena obveznost po pogodbi. Tožeča stranka zato zahteva vračilo vseh stroškov izobraževanja. Sporno je, ali določba pogodbe o izobraževanju, "da se delavka obvezuje v primeru neizpolnitve pogodbe o izobraževanju po svoji želji ali krivdi ali prenehanju šolanja, ne da bi šolanje dokončala, povrniti delodajalcu vse nastale stroške v zvezi z izobraževanjem oziroma sorazmerni del stroškov, kadar predčasno prekine delovno razmerje po svoji želji ali krivdi" vključuje tudi vrnitev nadomestila plače za dneve odsotnosti z dela zaradi izobraževanja.

## Razlogi za odločitev

Pogodba o izobraževanju v 2. členu določa pravice tožene stranke v času izobraževanja, med drugim tudi pravico do 25 delovnih dni dopusta za prvo opravljanje PDI in pravico do odsotnosti z dela v času volonterskega opravljanja PDI po programu, ob prisotnosti na delu v celoti vsaj dva dni v tednu (prva in druga alineja 2. člena pogodbe). Po tretjem odstavku 173. člena v zvezi s 172. členom ZDR ima delavec, ki se izobražuje v interesu delodajalca, pravico do plačane odsotnosti z dela ob dnevih, ko prvič opravlja izpite, če s kolektivno pogodbo, pogodbo o zaposlitvi ali posebno pogodbo o izobraževanju ta pravica ni podrobneje določena. Tudi med strankama veljavna Kolektivna pogodba delavcev zdravstvenega zavarovanja Slovenije (KP) predvideva pravico do odsotnosti z dela z nadomestilom plače za čas izobraževanja oziroma izpopolnjevanja. Pravica do koriščenja študijskega dopusta in odsotnosti z dela zaradi izobraževanja na sodišču torej vključuje tudi pravico do bruto nadomestila plače za ta čas; izplačano bruto nadomestilo plače predstavlja strošek, ki delodajalcu nastane s tem, ko delavcu omogoči izobraževanje in mu prizna pravice, ki iz tega izhajajo.

Zato med "stroške" iz šeste alineje 3. člena pogodbe ne spadajo le stroški prevoza in stroški prehrane, ki so toženi stranki pripadali po tretji in četrti alineji 2. člena pogodbe, ampak tudi stroški, ki so tožeči stranki nastali s tem, ko je toženi stranki omogočila pravice iz prve in druge alineje 2. člena pogodbe.

Iz 106. člena KP, na katerega se pogodba v uvodu izrecno sklicuje, res izhaja, da mora biti v pogodbi o izobraževanju dogovorjeno povračilo materialnih ugodnosti, med temi tudi nadomestila plače, ki jo je delavec prejel za čas odsotnosti z dela. Na kakšen način naj se to zapiše v pogodbi oziroma kako naj se glasi zapis določbe o vračilu, pa KP ne predpisuje. S tem, ko sta stranki v pogodbo zapisali, da je tožena stranka dolžna povrniti tožeči stranki "vse stroške, ki so nastali v zvezi z izobraževanjem", med te stroške pa brez vsakega dvoma sodi tudi nadomestilo plače za dneve, ko tožena stranka ni bila na delu, je bilo zahtevi iz KP zadoščeno.

Strošek tožeče stranke, ki je toženi stranki za čas njene odsotnosti izplačala neto nadomestilo plače ter odvedla zanj davke in prispevke, predstavlja bruto znesek izplačanega nadomestila, in sicer za vse ure odsotnosti z dela zaradi izobraževanja. Sodišče prve stopnje je izvedlo obsežen dokazni postopek, da bi ugotovilo, ali je tožena stranka kljub odsotnosti opravila vse svoje delo, vendar po nepotrebnem. V času, ko je tožena stranka koristila pravico do odsotnosti, ni delala in tožeča stranka nanjo ni mogla računati. Stališče sodišč nižje stopnje, da tožena stranka nadomestila plače ni dolžna vrniti, ker je vse delo kljub odsotnosti opravila, je napačno. Po prvem odstavku 142. člena ZDR-1 je delovni čas razdeljen na efektivni delovni čas in čas odmora ter čas upravičenih odsotnosti z dela v skladu z zakonom in kolektivno pogodbo oziroma splošnim aktom. Po drugem odstavku 142. člena ZDR-1 je efektivni delovni čas vsak čas, v katerem delavec dela, kar pomeni, da je na razpolago delodajalcu in izpolnjuje svoje delovne obveznosti iz pogodbe o zaposlitvi. Po tretjem odstavku 142. člena ZDR-1 je efektivni delovni čas osnova za izračun produktivnosti dela. Za čas prisotnosti na delu (efektivni delovni čas) je delavec upravičen do plače. Za čas, ko ni na razpolago delodajalcu, torej za čas, ko ne dela, pa je upravičen do nadomestila plače. Ob razlagi, ki jo ponujata sodišči nižjih stopenj, bi delavec z zatrjevanjem, da je vse delo opravil, lahko prenehal prihajati na delo, kar pa je nesprejemljivo. V skladu z organizacijo dela je delodajalec upravičen pričakovati, da bo delavec svoje delo po njegovih navodilih in pod njegovim nadzorom opravljal na delovnem mestu (razen, če se z delavcem izrecno dogovori drugače) v času, ki je za to predviden (lahko polni ali krajši delovni čas). Toženi stranki je

bila odobrena odsotnost z dela zaradi izobraževanja. Za čas te odsotnosti, torej za čas, ko ni delala, je prejela nadomestilo plače (drugi odstavek 137. člena ZDR). Ob dejstvu, da je nadomestilo plače prejela za čas, ko ni delala zaradi odobrenega izobraževanja, je prejeto nadomestilo dolžna vrniti, saj obveznosti iz pogodbe o izobraževanju ni izpolnila.

Sodišče bo moralo v ponovljenem postopku, upošteva je gornja izhodišča, ugotoviti, koliko je bila tožnica dejansko odsotna zaradi izobraževanja oziroma, v kakšnem obsegu je izkoristila pravico do študijskega dopusta in odsotnosti z dela zaradi izobraževanja (prva in druga alineja 2. člena pogodbe). Na tej podlagi bo moralo ugotoviti višino bruto nadomestila plače, ki je predstavljal strošek tožeče stranke zaradi izobraževanja.

## **9. Prepoved opravljanja dejavnosti (Sodba VIII Ips 310/2016 z dne 20. 6. 2017)**

Vrhovno sodišče je v zadevi VIII Ips 310/2016 z dne 20. 6. 2017 dopustilo revizijo glede vprašanj, ali je bil v konkretnem primeru ukrep prepovedi opravljanja funkcije v skladu z načelom sorazmernosti in ali je glede obstoja omejitev iz prvega odstavka 100. člena ZJU podana izjema iz četrtega odstavka iste zakonske določbe.

### **Povzetek stališč**

*Prepoved iz 15. člena ZIN je treba razlagati v skladu z njenim namenom, ki je v prvi vrsti zagotovitev nepristranskosti pri inšpekcijskem nadzoru.*

*V smislu četrtega odstavka 100. člena ZJU se za "dejavnost" šteje tudi delo v športnih društvih in organizacijah, zato razlaga, da se prepoved opravljanja dejavnosti iz 15. člena ZIN ne nanaša na delo (funkcijo) v takem društvu ali organizaciji, ni sprejemljiva.*

### **Okoliščine primera**

Tožnik je bil v relevantnem obdobju zaposlen kot inšpektor na Inšpektoratu RS za notranje zadeve (v nadaljevanju Inšpektorat). Opravljal je inšpekcijski nadzor nad izvajanjem določb Zakona o orožju (ZOro-1) in predpisov, izdanih na njegovi podlagi, pri pravnih osebah in podjetnikih, ki posedujejo orožje, se ukvarjajo s prometom orožja ali dejavnostjo strelišč. Tožnik je Inšpektorat obvestil o nastopu

funkcije predsednika Strelske zveze A., predstojnik pa mu je s sklepom izdal prepoved opravljanja te funkcije, ki je tudi predmet tega spora.

## Razlogi za odločitev

V zvezi s prepovedjo oziroma omejitvijo opravljanja dejavnosti, ki velja za inšpektorje, je treba poleg ZJU upoštevati tudi Zakon o inšpekcijskem nadzoru (ZIN) kot specialni predpis. ZJU v prvem odstavku 100. člena določa primere, v katerih uradnik ne sme opravljati drugih dejavnosti (prepoved opravljanja dejavnosti). Gre za relativno prepoved opravljanja dejavnosti, ki velja za vse uradnike. Opravljanje dejavnosti uradniku ni absolutno (samo po sebi) prepovedano, pač pa le v primerih, ko je dejavnost v nasprotju s konkurenčno prepovedjo ali konkurenčno klavzulo po zakonu, ki ureja delovna razmerja; če bi opravljanje dejavnosti lahko vplivalo na nepristransko opravljanje del; če bi pri opravljanju dejavnosti lahko zlorabil informacije, do katerih ima dostop pri opravljanju nalog v službi in ki niso javno dostopne; če je opravljanje dejavnosti v škodo ugledu organa. V četrtem odstavku 100. člena ZJU je določeno, da dolžnost sporočanja in omejitve iz tega člena ne veljajo, ko gre za dejavnosti znanstvenega in pedagoškega dela, dela v kulturnih, umetniških, športnih, humanitarnih in drugih podobnih društvih in organizacijah, dela na publicističnem področju in za članstvo oziroma delovanje v političnih strankah.

V petem odstavku 100. člena ZJU je urejena absolutna prepoved opravljanja pridobitnih dejavnosti, ki velja le za določene vrste uradnikov, ki jih zakon taksativno našteva, in sicer za uradnike na položajih generalnega direktorja, generalnega sekretarja, predstojnika organa v sestavi, predstojnika vladne službe, načelnika upravne enote in direktorja občinske uprave oziroma tajnika občine. Ti pridobitne dejavnosti sploh ne smejo opravljati, razen izjemoma, če gre za znanstveno, raziskovalno, pedagoško, umetniško in publicistično delo oziroma kulturno dejavnost. Absolutno prepoved opravljanja dejavnosti posebej za inšpektorje pa ureja 15. člen ZIN, ki določa, da inšpektor ne sme opravljati dejavnosti oziroma dela za drugega delodajalca na področju, na katerem opravlja naloge inšpekcijskega nadzora, razen če gre za znanstveno ali pedagoško delo. Navedena določba je v razmerju do petega odstavka 100. člena ZJU specialna in strožja. Inšpektorjem izjemoma dovoljuje opravljanje dejavnosti oziroma delo za drugega delodajalca na področju, na katerem opravlja naloge inšpekcijskega nadzora le, če gre za pedagoško ali znanstveno delo.

Prepoved iz 15. člena ZIN je treba razlagati v skladu z njenim namenom, ki je v

prvi vrsti zagotovitev nepristranskosti pri inšpekcijskem nadzoru. Inšpektor ima zaradi oblastne narave svojega dela položaj uradne osebe s posebnimi pooblastili (2. člen ZIN). Samostojno ugotavlja kršitve pravnih predpisov, nad katerimi opravlja inšpekcijski nadzor in v okviru pooblastil samostojno odreja ustrezne inšpekcijske ukrepe (4. in 19. člen ZIN). Naloge inšpekcijskega nadzora opravlja z namenom varovanja javnega interesa ter interesov pravnih in fizičnih oseb (5. člen ZIN). Glede na tako opredeljen položaj in pooblastila inšpektorjev je treba določbo 15. člena ZIN razlagati strogo, in ob tem upoštevati tudi Kodeks ravnanja javnih uslužbencev. Ta v 15. členu določa, da javni uslužbenec ne sme opravljati nezdržljive funkcije in nezdržljive pridobitne ali nepridobitne dejavnosti, ki niso združljive s pravilnim opravljanjem javnih nalog in s pravicami in obveznostmi javnega uslužbenca ali mu jih krnijo. Kadar ni jasno, ali je opravljanje javnih nalog z navedenima dejavnostma ali funkcijo nezdržljivo, se mora javni uslužbenec posvetovati s svojim predstojnikom.

Strelska zveza A. je pravna oseba, v katero se z namenom zagotavljanja skladnega razvoja in izvajanja strelskega športa in izvrševanja drugih skupnih interesov na področju strelstva, združujejo strelska društva in klubi, ki so registrirani kot pravne osebe zasebnega prava v Republiki Sloveniji (1. člen Statuta A.). Stališču, ki ga zagovarja tožnik, namreč da je prepoved opravljanja funkcije predsednika A. nepotrebna in nesorazmerna, ker se A. ne ukvarja z dejavnostjo, na področju katere se izvaja inšpekcijski nadzor, ni mogoče slediti. Naloge, ki jih opravlja zveza, med drugim skrb za problematiko strelišč in njeno urejanje, nabava orožja, streliva in drugih pripomočkov za opravljanje dejavnosti, v skladu s predpisi, za potrebe svojih članov in potrebe izvedbe tekmovanj (11. točka prvega odstavka in drugi odstavek 5. člena statuta) nedvomno sodijo na področje, na katerem tožnik opravlja inšpekcijski nadzor. Tožnik je pri zvezi opravljal funkcijo predsednika. Kot predsednik je predstavljal in vodil zvezo ter bil odgovoren za zakonitost njenega poslovanja.

Prav tako ni mogoče slediti stališču, da opravljanja funkcije ni mogoče uvrščati pod dejavnost. Tožnik je aktivno vodil delovanje zveze (čeprav neodplačno), torej je deloval v organizaciji na področju športa. V smislu četrtega odstavka 100. člena ZJU se za "dejavnost" šteje tudi delo v športnih društvih in organizacijah, zato razlaga, da se prepoved opravljanja dejavnosti iz 15. člena ZIN ne nanaša na delo (funkcijo) v takem društvu ali organizaciji, ni sprejemljiva.

Ker je bilo opravljanje predsednika strelske zveze A. tožniku prepovedano že na podlagi 15. člena ZIN, se ta ne more sklicevati na določbe ZJU, ki urejajo

relativno prepoved. Izjeme za opravljanje dela v športnih društvih 15. člen ZIN ne določa. Tožena stranka je zato ravnala pravilno, ker je tožniku prepovedala opravljati dejavnost predsednika A., saj je to na podlagi 15. člena ZIN nezdržljivo z njegovim položajem inšpektorja. Glede na prepoved po samem zakonu je nadaljnje vprašanje o sorazmernosti ukrepa nepomembno.

## II. SOCIALNI SPORI

### 1. Sprememba zavarovalne podlage za nazaj na podlagi pravnomočno ugotovljenega delovnega razmerja (Sodba VIII Ips 15/2017 z dne 5. 9. 2017)

Vrhovno sodišče je v zadevi VIII Ips 15/2017 z dne 5. 9. 2017 presojalo, ali je na podlagi ZMEPIZ-1, možna sprememba zavarovalne podlage za zavarovanca za nazaj na podlagi pravnomočne sodne odločbe o obstoju delovnega razmerja, če je bil zavarovanec takrat že vključen v obvezno zavarovanje na drugi podlagi.

#### Povzetek stališč

*Določba 83. člena ZMEPIZ-1 ne predstavlja splošne zakonske ureditve primerov sprememb zavarovalne podlage na podlagi pravnomočnih sodnih odločb izdanih v delovnih sporih, pač pa izjemo glede zakonsko predpisanega obdobja, v katerem je mogoče ugotavljati lastnost zavarovanca za nazaj. Splošno pravno podlago za spremembo zavarovalne podlage v primeru, ko se s pravnomočno sodbo za nazaj ugotovi obstoj delovnega razmerja, predstavlja 5. točka 80. člena ZMEPIZ-1, na podlagi katere se obstoj zavarovalnega razmerja oziroma lastnosti zavarovanca ugotavlja, kadar je s pravnomočno sodbo, sodno poravnavo ali v postopku mediacije ugotovljen obstoj delovnega razmerja.*

#### Okoliščine primera

Predmet tega postopka je presoja pravilnosti in zakonitosti dokončne odločbe z dne 1. 7. 2015 v zvezi s prvostopenjsko odločbo z dne 1. 4. 2015, s katerima je tožena stranka zavrnila zahtevo za ugotovitev lastnosti zavarovanca iz naslova delovnega razmerja od 1. 1. 2012 do 31. 1. 2015, vloženo na podlagi

pravnomočne sodbe delovnega sodišča. S to sodbo je bilo med drugim odločeno, da je tožnica v delovnem razmerju z vsemi pravicami in obveznostmi, ki izhajajo iz delovnega razmerja za nedoločen čas, in ugotovljeno, da ji je delovno razmerje 31. 12. 2012 prenehalo nezakonito, zaradi česar jo je delodajalec dolžan pozvati nazaj na delo, jo prijaviti v obvezna zavarovanja iz delovnega razmerja od 1. 1. 2012 dalje, ji obračunati bruto plačo in odvesti davke ter prispevke.

Tožena stranka je zavrnilni odločbi izdala, ker je bila tožnica od 1. 1. 2012 do 31. 1. 2015 že vključena v obvezno pokojninsko in invalidsko zavarovanje iz naslova opravljanja samostojne dejavnosti. Pri tem je zavzel stališče, da gre za pravnomočno pravno razmerje, v katerega ni mogoče poseči, zakonski pogoji za takšen poseg pa niso izpolnjeni. Sporno je, ali ima tožnica, ki je bila v obravnavanem obdobju že vključena v obvezno zavarovanje kot samozaposlena, pa je bilo s pravnomočno sodbo za nazaj vzpostavljeno delovno razmerje, in s tem podlaga za obvezno zavarovanje po 14. členu ZPIZ-2, v tem obdobju lastnost zavarovanca iz naslova delovnega razmerja. Sklicevala se je na posebno ureditev v 83. členu ZMEPIZ-1.

### Razlogi za odločitev

Sodišče druge stopnje je pravilno presodilo, da se določba 83. člena ZMEPIZ-1 uporablja le za razmerja, nastala pred 1. 1. 2000 in ne predstavlja pravne podlage za razrešitev tega spora.

Besedilo prvega odstavka 83. člena ZMEPIZ-1 se glasi: *»Ne glede na določbo tretjega odstavka 81. člena tega zakona (da se lastnost zavarovanca ugotavlja največ od 1. januarja 2000 naprej), se v primerih, če je bil s pravnomočno sodbo ugotovljen obstoj delovnega razmerja, lastnost zavarovanca na tej podlagi pridobi za obdobja, v katerih zavarovanec ni bil vključen v obvezno zavarovanje. Besedilo drugega odstavka 83. člena ZMEPIZ-1 pa se glasi: »Ne glede na prejšnji odstavek se lastnost zavarovanca v primerih, če je bil s pravnomočno in glede plačila prispevkov izvršeno sodbo ugotovljen obstoj delovnega razmerja, ugotovi tudi za obdobja v katerih je bil zavarovanec prostovoljno vključen v obvezno zavarovanje ali je bil obvezno zavarovan kot oseba upravičena do nadomestila zaradi začasne nezmožnosti za delo po prenehanju delovnega razmerja v skladu s predpisi, ki urejajo zdravstveno zavarovanje.«*

Iz citiranih določb izhaja, da je prvi odstavek 83. člena ZMEPIZ-1 izjema od pravila, da se lastnost zavarovanca na zahtevo (posameznika ali delodajalca) ugotavlja največ od 1. januarja 2000 naprej. Drugi odstavek pa je izjema od prvega odstavka. To pomeni, da se na podlagi prvega odstavka, v primeru s pravnomočno sodno odločbo ugotovljenega delovnega razmerja, lastnost zavarovanca lahko ugotavlja tudi za obdobje pred 1. 1. 2000, če oseba ni bila vključena v obvezno zavarovanje. Na podlagi drugega odstavka pa je enaka možnost (torej spet za čas pred 1. 1. 2000) dana tudi osebam, ki so bile v obvezno zavarovanje sicer vključene, vendar prostovoljno ali pa kot osebe upravičene do nadomestila zaradi začasne nezmožnosti za delo po prenehanju delovnega razmerja, pod pogojem, da je bila pravnomočna odločba glede plačila prispevkov tudi izvršena.

Določba 83. člena ZMEPIZ-1 torej ne predstavlja splošne zakonske ureditve primerov sprememb zavarovalne podlage na podlagi pravnomočnih sodnih odločb izdanih v delovnih sporih, pač pa izjemo glede zakonsko predpisanega obdobja, v katerem je mogoče ugotavljati lastnost zavarovanca za nazaj. Splošno pravno podlago za spremembo zavarovalne podlage v primeru, ko se s pravnomočno sodbo za nazaj ugotovi obstoj delovnega razmerja, predstavlja 5. točka 80. člena ZMEPIZ-1, na podlagi katere se obstoj zavarovalnega razmerja oziroma lastnosti zavarovanca ugotavlja, kadar je s pravnomočno sodbo, sodno poravnavo ali v postopku mediacije ugotovljen obstoj delovnega razmerja.

V konkretnem primeru je bil s pravnomočno sodbo delovnega sodišča tožnici priznan obstoj delovnega razmerja brez prekinitve, kar pomeni ugotovitev obstoja pravnega razmerja, ki je podlaga za obvezno zavarovanje. Nastal je položaj, v katerem sta v obdobju od 1. 1. 2012 do 31. 1. 2015, pri tožnici obstajali dve zavarovalni podlagi za vključitev v obvezno zavarovanje - delovno razmerje in opravljanje samostojne dejavnosti. Delovno razmerje je bilo resda vzpostavljeno šele naknadno, vendar pa je bilo vzpostavljeno za nazaj (s pravnomočno sodno odločbo) in to tudi za obdobje, ko je bila tožnica vključena v obvezno zavarovanje kot samostojna podjetnica. Tožnica je tako v spornem obdobju izpolnjevala pogoje za vključitev v obvezno zavarovanje po dveh zavarovalnih podlagah, določenih v ZPIZ-2. Na podlagi drugega odstavka 13. člena ZPIZ-2 se oseba v takem primeru obvezno zavaruje po tisti zavarovalni podlagi, ki je v tem zakonu navedena pred drugimi. To pa je bilo v konkretnem primeru delovno razmerje.



## 2. Posledice spremembe zakonske definicije pojma „poškodba pri delu“ (Sodba VIII Ips 170/2016 z dne 21. 2. 2017)

Vrhovno sodišče je v zadevi VIII Ips 170/2016 z dne 21. 2. 2017 obravnavalo vprašanje, kateri predpis (ZPIZ-1 ali ZPIZ-2) je v obravnavani zadevi odločilen za materialnopravno presojo o tožnikovih pravicah do invalidnine za telesno okvaro in iz invalidskega zavarovanja. Tožena stranka je v reviziji navajala, da se za določitev vzroka nastanka invalidnosti (poškodba pri delu ali izven dela), ne sme uporabiti predpis, ki je veljal v času nastanka poškodbe, t.j. ZPIZ-1, saj je tožnik začel s postopkom za uveljavljanje pravic v času veljavnosti novega ZPIZ-2. Po določbah ZPIZ-2 pa bi bil lahko vzrok ugotovljene invalidnosti le poškodba izven dela in ne poškodba pri delu. V zvezi z odločitvijo o priznanju pravice do invalidnine pa je navedla, da lahko na podlagi ZPIZ-2 zavarovanci pridobijo pravico do invalidnine v skladu z določbami ZPIZ-1 le za poškodbo pri delu ali poklicno bolezen, za kar pa naj pri tožniku, glede na definicijo ZPIZ-2, ne bi šlo.

### Povzetek stališč

*Čeprav ZPIZ-2 pravice iz naslova telesne okvare ne ureja več, je v prehodnih določbah predvidel uporabo določb 143. do 149. člena ZPIZ-1, do uveljavitve predpisov s področja varstva invalidov, če gre za poškodbo pri delu in poklicno bolezen. Ker se na podlagi 429. člena ZPIZ-2 še vedno uporablja 145. člen ZPIZ-1, ki izrecno določa, da se invalidnina odmeri glede na vzrok nastanka telesne okvare v času njenega nastanka, je pri ugotavljanju, ali gre za poškodbo pri delu ali ne, relevanten vzrok telesne okvare v času njenega nastanka, kar posredno odkazuje na uporabo definicije iz 63. člena ZPIZ-1, če ta vzrok nastane pred uveljavitvijo ZPIZ-2.*

*ZPIZ-2 glede uveljavljanja pravice do nadomestila za invalidnost (pravice iz invalidskega zavarovanja oziroma na podlagi invalidnosti) ne vsebuje izrecnih (prehodnih ali drugih) določb, po katerih bi bilo treba v primeru opredelitve vzroka poškodbe, ki je nastala pred njegovo uveljavitvijo, uporabiti (novo) definicijo iz 66. člena ZPIZ-2. Zato je treba uporabiti pravilo, da se pravna kvalifikacija nekega dejstva opravi v trenutku, ko pravo na to dejstvo veže določene pravne posledice, kar predstavlja trenutek spremembe navadnega dejstva v pravno dejstvo.*

## Okoliščine primera

Tožnik je bil poškodovan 2. 4. 2012, ko ga je na poti na delo zbil osebni avtomobil. Pri toženi stranki je uveljavljal pravice iz invalidnosti in pravico do invalidnine zaradi telesne okvare v postopku, ki se je začel na predlog osebne zdravnice tožnika 30. 1. 2013. Tožena stranka je tožnika z odločbo razvrstila v III. kategorijo invalidnosti zaradi posledic poškodbe zunaj dela, z drugo odločbo pa je odločila, da tožnik nima pravice do invalidnine za telesno okvaro.

Sporno je vprašanje, ali je poškodbo, ki se je zgodila dne 2. 4. 2012, zaradi katere je bila ugotovljena invalidnost in telesna okvara, možno šteti kot poškodbo pri delu v skladu z definicijo ZPIZ-1, čeprav je tožnik vloži za uveljavljanje pravic iz invalidnosti in telesne okvare vložil v času, ko je že veljal novi ZPIZ-2, ki poškodbo pri delu definira drugače. Na podlagi ZPIZ-1 je šlo za poškodbo pri delu tudi v primeru, če je zavarovanec poškodbo utrpel na redni poti od stanovanja do delovnega mesta ali nazaj, medtem ko ZPIZ-2 določa, da gre v takem primeru za poškodbo pri delu le, če prevoz organizira delodajalec.

## Razlogi za odločitev

ZPIZ-2 pravice iz naslova telesne okvare (invalidnine) ne ureja več, saj je bila ta pravica iz zakona izločena z namenom, da se jo uredi v drugih predpisih, in sicer v predpisih s področja varstva invalidov. ZPIZ-1 je pravico do invalidnine urejal med dodatnimi pravicami iz obveznega zavarovanja in jo definiral kot denarni prejemek, do katerega je zavarovanec upravičen v primeru telesne okvare (8. člen ZPIZ-1).

Čeprav ZPIZ-2 pravice iz naslova telesne okvare ne ureja več, je v prehodnih določbah (deveti odstavek 429. člena ZPIZ-2) predvidel uporabo določb 143. do 149. člena ZPIZ-1, do uveljavitve predpisov s področja varstva invalidov, če gre za poškodbo pri delu in poklicno bolezen. Ker se na podlagi 429. člena ZPIZ-2 še vedno uporablja 145. člen ZPIZ-1, ki izrecno določa, da se invalidnina odmeri glede na vzrok nastanka telesne okvare v času njenega nastanka, je pri ugotavljanju, ali gre za poškodbo pri delu ali ne, relevanten vzrok telesne okvare v času njenega nastanka, kar posredno odkazuje na uporabo definicije iz 63. člena ZPIZ-1, če ta vzrok nastane pred uveljavitvijo ZPIZ-2. Glede na navedeno je treba v primeru pravic iz naslova telesne okvare na podlagi prehodnih določb ZPIZ-2 vzrok telesne okvare definirati v skladu s predpisom, ki je veljal v času nastanka telesne okvare, kar je v tožnikovem primeru ZPIZ-1, ki je veljal na dan 2. 4. 2012, ko je pri njem nastala telesna okvara.

Tožnik je v tem sporu poleg pravice do invalidnine uveljavljal tudi pravice iz invalidskega zavarovanja oziroma pravice na podlagi invalidnosti. Na podlagi 62. člena ZPIZ-1 so vzroki za nastanek invalidnosti poškodba pri delu, poklicna bolezen, bolezen in poškodba izven dela. Enako določbo vsebuje tudi ZPIZ-2 v 65. členu.

Pri opredelitvi vzroka invalidnosti v eno od teh štirih kategorij gre za ugotavljanje pravnega dejstva. Neko dejstvo kot življenjski dogodek (npr. poškodba) postane pravno dejstvo takrat, ko pravo na njegov nastanek veže določene pravne posledice. Splošno in abstraktno pravno pravilo, ki ga z razlago izluščimo iz formalnega vira prava, je treba normativno konkretizirati tedaj, ko nastopi pravno dejstvo, ki ga predvideva predpostavka dispozicije.

Na dejstvo poškodbe kot življenjskega dogodka veljavno pravo veže določene pravne posledice, ki so različne glede na (pravno) opredelitev vzroka te poškodbe. Med temi pravnimi posledicami je tudi uveljavljanje različnih socialnih pravic. Socialne pravice v slovenskem pravnem redu niso urejene enotno, pač pa jih urejajo različni zakoni, med drugim zakon, ki ureja pokojninsko in invalidsko zavarovanje, zakon, ki ureja zdravstveno varstvo in zdravstveno zavarovanje, zakon, ki ureja socialno varstvo in drugi. Čeprav so posamezne socialne pravice urejene v različnih zakonih, gre za povezan sistem, zaradi česar se ti pri svoji uporabi neizogibno navezujejo in sklicujejo drug na drugega. ZPIZ-1 je definicijo poškodbe pri delu (63. člen) umestil v poglavje o pravicah na podlagi invalidnosti, na katero se je v nadaljevanju večkrat skliceval, tudi v primeru pravice do invalidnine, ki je bila sicer uvrščena med dodatne pravice in ne med pravice na podlagi invalidnosti. Na isto definicijo se je v zvezi z uveljavljanjem socialnih pravic iz drugega naslova - obveznega zdravstvenega zavarovanja - navezoval tudi Zakon o zdravstvenem varstvu in zdravstvenem zavarovanju (ZZVZZ), na podlagi izrecne določbe 19. člena tega zakona.

Drži, da se pogoji za pridobitev pravice načeloma presojujejo po zakonu, veljavnem v času vložitve zahtevka, če sam zakon (praviloma) v prehodnih določbah ne določa kaj drugega. Vendar pa v konkretnem primeru ne gre za to, da bi se pogoji za pridobitev pravice tožnika iz invalidnosti presojali po ZPIZ-1, ki v času vložitve zahtevka ni več veljal. Nasprotno - pogoji za pridobitev pravice so se presojali po ZPIZ-2. Gre le za vprašanje pravne kvalifikacije vzroka poškodbe, ki je pravni pojem, ki ga poznata tako ZPIZ-1 kot ZPIZ-2, vendar ga definirata drugače.

Ker ZPIZ-2 v zvezi z uveljavljanjem pravice do nadomestila za invalidnost ne vsebuje izrecnih (prehodnih ali drugih) določb, po katerih bi bilo treba v primeru opredelitve vzroka poškodbe, ki je nastala pred njegovo uveljavitvijo, uporabiti (novo) definicijo iz 66. člena ZPIZ-2, je treba uporabiti pravilo, da se pravna kvalifikacija nekega dejstva opravi v trenutku, ko pravo na to dejstvo veže določene pravne posledice, kar predstavlja trenutek spremembe navadnega dejstva v pravno dejstvo.

### **3. Vpliv izbrisa zavarovanca iz evidence brezposelnih oseb na pravico do nadomestila za invalidnost (Sodba VIII Ips 321/2016 z dne 7. 3. 2017)**

Vrhovno sodišče je v sodbi VIII Ips 321/2016 z dne 7. 3. 2017 presojalo, kakšne so posledice izbrisa iz evidence brezposelnih oseb Zavoda RS za zaposlovanje in posledične šestmesečne prepovedi ponovnega vpisa na pridobitev pravice iz invalidskega zavarovanja - v konkretnem primeru na pravico do nadomestila za invalidnost.

#### **Povzetek stališč**

*Zavod RS za zaposlovanje je tožniku neutemeljeno zavrnil prijavo. Kasnejša odločba o priznanju pravic na podlagi invalidnosti namreč predstavlja nov naslov za prijavo v evidenco iskalcev zaposlitve, na katerega predhodna odločba zavoda o izbrisu iz evidence brezposelnih oseb ne more vplivati. Določba drugega odstavka 14. člena ZUTD namreč omogoča, da se pri zavodu za zaposlovanje zaradi pridobitve informacij o trgu dela in zaposlovanju ter pomoči pri iskanju zaposlitve lahko prijavijo tudi drugi iskalci zaposlitve, ki se po določbah tega zakona ne štejejo za brezposelne osebe. V takem položaju je bil tudi tožnik, ki se po določbah 8. člena ZUTD ni (več) štel za brezposelno osebo. Prepoved ponovnega vpisa po 130. členu ZUTD se nanaša le na vpis v evidenco brezposelnih oseb in evidenco oseb, vključenih v ukrepe aktivne politike zaposlovanja, ne pa tudi v evidenco iskalcev zaposlitve. Tudi 97. člen ZPIZ-1 ne določa izrecno obveznosti vpisa v evidenco brezposelnih oseb, pač pa zgolj prijavo pri zavodu. Ta obveznost pa je izpolnjena tudi z vpisom v evidenco iskalcev zaposlitve.*

## Okoliščine primera

Tožnik je bil v obdobju od 17. 1. 2011 do 17. 8. 2012 izbrisan iz evidence brezposelnih oseb Zavoda RS za zaposlovanje (v nadaljevanju Zavod) na podlagi 129. in 130. člena Zakona o urejanju trga dela (v nadaljevanju ZUTD). Tožena stranka - Zavod za pokojninsko in invalidsko zavarovanje Slovenije - je z odločbo pri tožniku ugotovila III. kategorijo invalidnosti, mu priznala pravico do premestitve na drugo delo z omejitvami in mu naložila, da se mora v roku 30 dni od dokončnosti te odločbe prijaviti pri Zavodu. To je tožnik tudi storil, vendar je Zavod tožnikovo prijavo zavrnil, ker naj bi zanj po osmem odstavku 130. člena ZUTD veljala šestmesečna prepoved ponovnega vpisa. Tožnik je zahtevek za priznanje pravice do nadomestila za invalidnost vložil dne 12. 8. 2015, ko se je lahko pri Zavodu ponovno vpisal v evidenco brezposelnih oseb. Tožena stranka je njegov zahtevek zavrnila iz razloga, ker je bil (v nasprotju s 97. členom ZPIZ-1) vložen po poteku 30-dnevnega roka od dokončnosti odločbe tožene stranke z dne 30. 5. 2012.

## Razlogi za odločitev

Na podlagi 97. člena ZPIZ-1 zavarovanec, ki ob nastanku invalidnosti ni bil obvezno zavarovan in zavarovanec, ki je izgubil delo ali po lastni krivdi prekinil delovno razmerje oziroma obvezno zavarovanje ob ali po nastanku invalidnosti, pridobi pravico do ustreznega denarnega nadomestila po tem zakonu, če se v roku 30 dni po dokončnosti odločbe o priznani pravici iz invalidskega zavarovanja oziroma po prenehanju delovnega razmerja ali zavarovanja prijavi pri zavodu za zaposlovanje.

130. člen ZUTD ureja prenehanje vodenja v evidenci brezposelnih oseb oziroma evidenci oseb, vključenih v ukrepe aktivne politike zaposlovanja. Na podlagi osmega odstavka tega člena se oseba v določenih primerih, navedenih v petem odstavku tega člena (eden od teh primerov je bil s strani Zavoda ugotovljen tudi za tožnika), šest mesecev po prenehanju vodenja v evidenci ne more ponovno prijaviti pri Zavodu.

Revizijsko sodišče ugotavlja, da je Zavod tožniku neutemeljeno zavrnil prijavo. Kasnejša odločba o priznanju pravic na podlagi invalidnosti je namreč predstavljala nov naslov za prijavo v evidenco iskalcev zaposlitve, na katerega predhodna odločba Zavoda o izbrisu iz evidence brezposelnih oseb ni mogla vplivati. Določba drugega odstavka 14. člena ZUTD namreč omogoča, da se

pri Zavodu zaradi pridobitve informacij o trgu dela in zaposlovanju ter pomoči pri iskanju zaposlitve lahko prijavijo tudi drugi iskalci zaposlitve, ki se po določbah tega zakona ne štejejo za brezposelne osebe. V takem položaju je bil tudi tožnik, ki se po določbah 8. člena ZUTD ni (več) štel za brezposelno osebo. V nasprotju z osebami, ki imajo status brezposelne osebe, so pravice oseb, vpisane v evidenco iskalcev zaposlitve omejene le na pridobivanje informacij o trgu dela in zaposlovanju ter na pomoč strokovnih delavcev Zavoda pri iskanju zaposlitve. Prepoved ponovnega vpisa po 130. členu ZUTD se nanaša le na vpis v evidenco brezposelnih oseb in evidenco oseb, vključenih v ukrepe aktivne politike zaposlovanja, ne pa tudi v evidenco iskalcev zaposlitve. Tudi 97. člen ZPIZ-1 ne določa izrecno obveznosti vpisa v evidenco brezposelnih oseb, pač pa zgolj prijavo pri Zavodu. Ta obveznost pa je izpolnjena tudi z vpisom v evidenco iskalcev zaposlitve.

#### **4. Poseg v pravnomočno odločbo o odmeri pokojnine z uporabo instituta neprave obnove postopka po zpiz-2 in obveznost plačila zakonskih zamudnih obresti (Sodba VIII Ips 308/2016 z dne 9. 5. 2017)**

Vrhovno sodišče je v zadevi VIII Ips 308/2016 z dne 9. 5. 2017 presoјalo, ali so v konkretnem primeru podani razlogi za uporabo 183. člena ZPIZ-2 (neprava obnova postopka) ter vprašanje obveznosti plačila zakonskih zamudnih obresti.

#### **Povzetek stališč**

*Ob ugotovitvi, da pri odločitvi o pravici do pokojnine za več kot 10 let niso bila upoštevana plačila za nadurno delo, sodišče drugače kot toženec zaključuje, da gre za očitno napačno ugotovljeno dejansko stanje, napačno izračunano pokojninsko osnovo in s tem za podlago za poseg v pravnomočno odločbo. Zato je odločitev, ki temelji na uporabi 183. člena ZPIZ-2, pravilna.*

*Šele na podlagi dokončne in izvršljive odločbe o odmeri starostne pokojnine z upoštevanjem plačil za delo preko polnega delovnega časa bo za toženca nastala obveznost izpolnitve. Zato do zamude v izpolnitvi ne more priti, dokler dajatev ne bo priznana z izvršljivim upravnim aktom ali sodno odločbo, pa čeprav so dajatev priznane za nazaj.*

## Okoliščine primera

Tožniku je bila z odločbo priznana pravica do starostne pokojnine od 1. 1. 2006 dalje. Zoper odločbo se ni pritožil in je postala dokončna in pravnomočna. Po pravnomočnosti odločbe je pridobil podatek, da pri odmeri pokojnine niso bila upoštevana plačila za delo preko polnega delovnega časa v letih 1974 do 1985. Zato je 21. 8. 2013 vložil zahtevo za spremembo odločbe. Toženec (Zavod za pokojninsko in invalidsko zavarovanje Slovenije) je z odločbo zavrnil zahtevo tožnika za ponovno odmero pokojnine. V pravnomočno razmerje naj ne bi bilo več mogoče posegati. Menil je, da niso podani pogoji za uporabo 183. člena ZPIZ-2, ki ureja nepravo obnovo postopka, saj bi bilo to možno le v primeru, ko je dejansko stanje očitno nepravilno ugotovljeno. Toženec naj bi v postopku izdaje odločbe o pokojnini upošteval vse razpoložljive podatke in na njihovi podlagi pravilno odločil. Prav tako naj ne bi bila kršena določba materialnega zakona, da bi bila podana podlaga za uporabo 183. člena ZPIZ-2.

## Razlogi za odločitev

Bistvo pravice do pokojnine je pravica posameznika, da na podlagi plačanih prispevkov pridobi in uživa pokojnino, katere višina je odvisna od plačanih prispevkov. Nedvomno so delavci in delodajalci dolžni plačevati prispevke tudi od plačila za delo preko polnega delovnega časa. Predpisi o delovnih razmerjih so v različnih časovnih obdobjih različno določali zgornjo omejitev dovoljenih ur dela preko polnega delovnega časa, plačila zanje pa so se na podlagi predpisov o pokojninskem in invalidskem zavarovanju vštevala v pokojninsko osnovo.

Dolžnost sporočanja podatkov, da se pravice iz pokojninskega in invalidskega zavarovanja uresničujejo skladno s predpisi, je na delodajalcu oziroma na drugih zavezancih za prispevek in ne na delavcu. Podatki se zberejo v matični evidenci zavarovancev in uživalcev pravic iz pokojninskega in invalidskega zavarovanja. Sporočene podatke je bil toženec oziroma njegovi predniki dolžan preverjati v postopku revizije. Preverjanje pa mora biti tako v korist kot tudi v škodo posamezne stranke. Če so podatki v obrazcih napačni, so za odmero pokojnine odločilni prejemi in od njih plačani prispevki, kar lahko zavarovanci dokazujejo. Tudi Sodišče EU je odločilo, da ima delavec na podlagi plačila pravico, da ob izpolnitvi zakonskih pogojev prejme ustrezne dajatve.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> C-160/96.

Sodišče pritrjuje tožencu glede učinkov pravnomočnosti. Vendar pa je v skladu s 158. členom Ustave RS mogoče pravno razmerje, urejeno s pravnomočno odločbo državnega organa odpraviti, razveljaviti ali spremeniti v primerih in po postopku, določenih z zakonom. Možnosti za spremembo pravnomočne odločbe toženca določata ZUP in 183. člen ZPIZ-2. Ta člen ureja razveljavitev ali spremembo dokončne odločbe, ti. nepravo obnovo postopka. Določeno je, da lahko dokončno odločbo, s katero je bila kršena materialna določba zakona ali podzakonskega akta ter tudi zaradi očitno napačno ugotovljenega dejanskega stanja v škodo ali korist zavarovanca ali uživalca pravic ali zavoda, spremeni pristojna enota zavoda, ki je odločbo izdala. Rok za izdajo nove odločbe je 10 let od vročitve dokončne odločbe. Odločba učinkuje od prvega dne naslednjega meseca po dani zahtevi. Če je bil postopek uveden po uradni dolžnosti, učinkuje od prvega dne naslednjega meseca po izdaji odločbe.

Namen ureditve te možnosti za spremembo dokončne odločbe je v tem, da se popravijo očitne, torej zaznavne napake, tako tehnične, dejanske ali vsebinske, do katerih je prišlo pri odločitvi o pravici ali njenem obsegu. Določen je tudi daljši rok kot ga določa ZUP. Gre torej podobno kot pri obnovi po ZUP tudi za odpravo nepopolnega ali nepravilno ugotovljenega dejanskega stanja, ki pomeni kršitev temeljnega načela materialne resnice. To izredno pravno sredstvo je utemeljeno v pokojninskem in invalidskem zavarovanju, ker se pravica do pokojnine odraža v njenem dolgotrajnem uresničevanju. Z njim je dana možnost odprave napak pri odločanju zaradi napačno uporabljenih podatkov pri upokojevanju, kar ima lahko velik vpliv na pravico posameznika. S podobnimi argumenti je uvedbo tega izrednega pravnega sredstva utemeljevala tudi Vlada RS ob pripravi in sprejemanju ZPIZ-2.

Poseg v pravnomočno odločbo in ureditev po 183. členu ZPIZ-2 je ob vprašanju vštevanja delnic v pokojninsko osnovo obravnavalo Ustavno sodišče RS.<sup>8</sup> Iz odločbe izhaja, da naj se pri odmeri pokojnine upoštevajo tisti podatki, ki odražajo dejansko in pravilno stanje o plačanih prispevkih.

Toženec je ob izdaji odločbe o pravici do pokojnine v letu 2006 upošteval vse razpoložljive podatke. Vendar to očitno niso bili vsi podatki, ki vplivajo na določitev pokojninske osnove. Stališče, da ne gre za uporabo 183. člena ZPIZ-2, ker ne gre za očitno napačno uporabljene podatke, je napačno. Ker se morajo plačani prispevki odražati v pokojninski osnovi, in ker v pokojninsko osnovo tožnika

<sup>8</sup> Glej U-I-239/14, Up-1169/12 z dne 26. 3. 2015.



plačilo za delo preko polnega delovnega časa ni bilo upoštevano, dejanska podlaga za odločitev o pravici ni pravilna in v posledici pokojninska osnova ni bila določena skladno z materialnim zakonom. Dejansko stanje, ki ne upošteva vseh prejemkov, ki se morajo všeti v pokojninsko osnovo, je očitno napačno.

Ob ugotovitvi, da pri odločitvi o pravici do pokojnine za več kot 10 let niso bila upoštevana plačila za nadurno delo, sodišče drugače kot toženec zaključuje, da gre za očitno napačno ugotovljeno dejansko stanje, napačno izračunano pokojninsko osnovo in s tem za podlago za poseg v pravnomočno odločbo. Zato Vrhovno sodišče pritruje sodiščema nižjih stopenj, da je odločitev, ki temelji na uporabi 183. člena ZPIZ-2, pravilna. Sodišči sta utemeljeno odpravili izpodbijani odločbi ter tožencu naložili, da tožniku ponovno odmeri pokojnino z upoštevanjem dohodkov, izplačanih za delo preko polnega delovnega časa.

Prav tako ni utemeljeno stališče toženca, da ni mogoča uporaba tega instituta, ker tožnik ni uporabil pravnih sredstev, ki bi jih lahko. ZPIZ-2 tega pogoja ne določa. Določa le, da mora biti odločba, ki se izpodbija, dokončna, to pa postane tudi, če ni bila vložena pritožba.

Toženec se tudi ne strinja z odločitvijo v zvezi s priznanimi zakonskimi zamudnimi obrestmi. Pravice in obveznosti iz razmerij v zvezi z javno pravnimi dajatvami se presojajo po predpisih, ki urejajo posamezno področje. ZPIZ-2 ureja vprašanje obresti le v 197. členu. Določa, da je toženec dolžan prejemniku priznanih pokojninskih prejemkov izplačati zamudne obresti, če teh ne izplača v 60 dneh, potem ko je odločba o priznanju pravice postala izvršljiva. Zamudne obresti se odmerijo v skladu s predpisi, ki urejajo obilgacijska razmerja, od naslednjega dne po izteku navedenega roka. Vendar ta določba v tej zadevi ne pride v poštev, saj očitno ne gre za primer zamude pokojninskega prejemka po izvršljivi odločbi.

Na podlagi prvega odstavka 182. člena ZPIZ-2 pritožba zoper odločbo organa prve stopnje ne zadrži njene izvršitve, razen v primeru priznanih pravic na podlagi II. ali III. kategorije invalidnosti oziroma pravice do invalidske pokojnine. Po določbi drugega odstavka 224. člena ZUP pa postane odločba prve stopnje v primeru, ko pritožba ne zadrži njene izvršitve, izvršljiva, ko se vroči stranki. Šele na podlagi dokončne in izvršljive odločbe o odmeri starostne pokojnine z upoštevanjem plačil za delo preko polnega delovnega časa bo za toženca nastala obveznost izpolnitve. Zato do zamude v izpolnitvi ne more priti, dokler dajatev ne bo priznana z izvršljivim upravnim aktom ali sodno odločbo, pa čeprav so dajatev priznane za nazaj.

## OZS pričela s projektom za bolj učinkovit socialni dialog

Obrtno-podjetniška zbornica Slovenije je v sodelovanju s projektnim partnerjem Sindikatom obrti in podjetništva Slovenije pridobila projekt z naslovom »Krepitev usposobljenosti socialnih partnerjev s področja obrti in podjetništva (KRUSPOP)«. Projekt sodi v okvir javnega razpisa za sofinanciranje projektov socialnih partnerjev, ki ga je objavilo ministrstvo za delo, družino, socialne zadeve in enake možnosti ter poteka od decembra 2017 do septembra 2021.

### Namen projekta je:

- krepitev usposobljenosti socialnih partnerjev pri oblikovanju javnih politik trga dela in pri vodenju učinkovitega socialnega dialoga;
- dvig kompetenc pri krepitevi pravne države in pravne stroke socialnih partnerjev;
- krepitev vloge socialnih partnerjev na področju oblikovanja javnih politik trga dela, vseživljenjskega učenja, mobilnosti delavcev, varnosti in zdravja pri delu, medgeneracijskega sodelovanja in
- krepitev vloge socialnih partnerjev pri obveščanju, usposabljanju in oza-veščanju zaposlenih.

### Ključni cilj

Ključni cilj projekta je krepiti usposobljenost socialnih partnerjev za učinkovitejše sodelovanje pri pripravi in izvajanju politik in pristopov, povezanih zlasti s trgom dela in vseživljenjskim učenjem ter zagotavljanjem pravne varnosti aktivnega prebivalstva. V času izvajanja projektnih aktivnosti in v okviru projektnih partnerstev so si sodelujoči zadali, da bodo dosegli naslednje rezultate:

- uspešno zaključena usposabljanja, v katera bodo vključeni zaposleni v organizacijah socialnih partnerjev;
- povečana usposobljenost zaposlenih v organizacijah socialnih partnerjev za učinkovitejše sodelovanje pri pripravi in izvajanju politik in pristopov, povezanih zlasti s trgom dela in vseživljenjskim učenjem ter zagotavljanjem pravne varnosti aktivnega prebivalstva.

## Aktivnosti v okviru projekta

1. Na podlagi analize normativnega okolja za področje obrti in podjetništva (trga dela, čezmejnega opravljanja storitev, gospodarskega in davčnega področja ter posameznih dejavnosti) bodo pripravljene in predstavljene ukrepi za izboljšanje poslovnega okolja in večje konkurenčnosti slovenskega gospodarstva, tudi s ciljem ohranjanja in nastajanja novih delovnih mest.
2. Za krepitev sodelovanja med socialnimi partnerji na ravni EU bomo izvedli študijske obiske (Malta, Nizozemska), ki bodo pripomogli k izmenjavi izkušenj in dobrih praks med socialnimi partnerji iz Slovenije in tujine na področju trga dela, s poudarkom na medgeneracijskem sodelovanju pri prenosu lastništva podjetja na naslednike. Na podlagi tujih dobrih praks bomo pripravili primerjalno študijo in priročnik za uspešen prenos lastništva podjetja na naslednike ter vzpostavili celovit spletni portal z informacijami za medgeneracijsko podjetništvo.
3. V luči vseživljenjskega učenja, bo projekt usmerjen v usposabljanje in izobraževanje socialnih partnerjev s področja krepitve mehkih veščin: komunikacija in javno nastopanje, vodenje in motivacija ter pogajanja, kar bo prispevalo k izboljšanju socialnega dialoga in dvigu njihovih kompetenc za učinkovito sodelovanje pri oblikovanju javnih politik. Uporaba pridobljenih znanj bo potekala v procesu vodenja socialnega dialoga na vseh ravneh v Sloveniji (državni, panožni, podjetniški) in na ravni EU. Na tak način bomo s projektom krepili vlogo socialnih partnerjev na omenjenih področjih.
4. V okviru projekta se bodo izvajala tudi stalna strokovna usposabljanja socialnih partnerjev in širše ciljne skupine na izbranih strokovnih področjih, povezanih s politiko trga dela, kot so: usposabljanja o pomembnosti socialnega dialoga, čezmejno izvajanje storitev, atipične oblike dela, nadalje s področja delovnega prava, varnosti in zdravja pri delu, računalništva, pomena vseživljenjskega učenja, (samo)zaposlitvenih možnosti, medgeneracijskega sodelovanja, položaju žensk na trgu dela, kako začeti podjetniško pot, kako biti proaktiven del družbe.

Za povečanje usposobljenosti socialnih partnerjev o pravu Evropske unije s področja zaposlovanja, evropskega socialnega partnerstva, evropskega delovnega prava ter postopkih za varstvo pravic pred evropskim sodiščem se bomo udeležili dveh študijskih obiskov institucij Evropske unije in Sveta Evrope.

Partnerji v projektu se bodo osredotočili na ciljne skupine, kot so zaposleni pri socialnih partnerjih, delodajalci, družinski člani v podjetjih, sindikalni zaupniki, sindikati, delavci, brezposelni, mladi in strokovna javnost.

mag. Maja Rigač, vodja projekta  
Obrtno-podjetniška zbornica Slovenije



REPUBLIKA SLOVENIJA  
MINISTRSTVO ZA DELO, DRUŽINO,  
SOCIALNE ZADEVE IN ENAKE MOŽNOSTI



EVROPSKA UNIJA  
EVROPSKI  
SOCIALNI SKLAD  
NALOŽBA V VAŠO PRIHODNOST

*Projekt KRUSPOP: »Krepitev usposobljenosti socialnih partnerjev s področja obrti in podjetništva«*

*Projekt sofinancirata Evropska unija iz Evropskega socialnega sklada in Republika Slovenija. Projekt se izvaja v okviru Operativnega programa za izvajanje Evropske kohezijske politike v obdobju 2014-2020, 11 prednostne osi: Pravna država, izboljšanje institucionalnih zmogljivosti, učinkovita javna uprava, podpora razvoju NVO ter krepitev zmogljivosti socialnih partnerjev.*

Inštitut za delo pri Pravni fakulteti v Ljubljani  
Društvo za delovno pravo in socialno varnost in  
Planet GV

v sodelovanju s:

Pravno fakulteto Univerze v Ljubljani in  
Inštitutom za delovna razmerja in socialno varnost PF v Mariboru

**vabijo na kongres**

## **XVII. DNEVI DELOVNEGA PRAVA IN SOCIALNE VARNOSTI**

XVII. Slovenian Congress of Labour Law  
and Social Security

**Portorož, Kongresni center St. Bernardin,  
31. maj - 1. junij 2018**

Prijave in informacije:

Inštitut za delo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Poljanski nasip 2, Ljubljana  
fax: 01/4203-165 ali na e-naslov: [inst.delo@pf.uni-lj.si](mailto:inst.delo@pf.uni-lj.si)

## SODELUJEJO:

### *Organizacijski odbor:*

**dr. Katarina Kresal Šoltes**, predsednica organizacijskega odbora (raziskovalka in namestnica direktorja Inštituta za delo pri Pravni fakulteti v Ljubljani),

**prof. dr. Mitja Novak** (direktor Inštituta za delo pri Pravni fakulteti v Ljubljani),

**izr. prof. dr. Barbara Kresal** (profesorica na Fakulteti za socialno delo in raziskovalka na Inštitutu za delo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, članica Evropskega odbora za socialne pravice Sveta Evrope),

**Karim Bajt Učakar**, dipl.ekon.un (Inštitut za delo pri Pravni fakulteti v Ljubljani),

**prof. dr. Grega Strban** (profesor in prodekan na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani in predsednik Društva za delovno pravo in socialno varnost),

**zasl. prof. dr. Polonca Končar** (profesorica na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani),

**prof. dr. Darja Senčur Peček** (profesorica na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru),

**doc. dr. Luka Tičar** (docent na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani),

**mag. Nataša Belopavlovič** (Praktika, Zavod za preučevanje delovnih razmerij),

**Monika Zalokar** (Planet GV d.o.o.).

### *Ostali predavatelji in gostje omizja:*

**prof. dr. Brian Langille** (University of Toronto, Faculty of Law),

**doc. dr. Etelka Korpič Horvat** (ustavna sodnica in podpredsednica Ustavnega sodišča),

**doc. dr. Špelca Mežnar** (sodnica Ustavnega sodišča),

**Marijan Papež**, univ. dipl. prav. (generalni direktor Zavoda za pokojninsko in invalidsko zavarovanje Slovenije),

**Marjan Sušelj** (generalni direktor Zavoda za zdravstveno zavarovanje Slovenije),

**mag. Marijan Debelak** (vrhovni sodnik svetnik, vodja Delovno socialnega oddelka na Vrhovnem sodišču RS),

- Marjanca Lubinič**, univ. dipl. prav. (vrhovna sodnica, Vrhovno sodišče RS),  
**mag. Biserka Kogej Dmitrovič** (višja sodnica svetnica in predsednica Višjega delovnega in socialnega sodišča),  
**mag. Andrej Tomšič** (namestnik Informacijske pooblaščenke Republike Slovenije),  
**izr. prof. dr. Ana Vlahek** (profesorica na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani),  
**izr. prof. dr. Valentina Franca** (profesorica na Fakulteti za management Univerze na Primorskem),  
**dr. Martina Šetinc Tekavc** (višja sodnica na Višjem delovnem in socialnem sodišču),  
**Jakob Krištof Počivavšek**, univ. dipl. prav. (predsednik KSS Pergam),  
**Klemen Ganziti**, univ. dipl. prav. (direktor področja Zavoda za zdravstveno zavarovanje Slovenije),  
**as. Primož Rataj**, magister prava (asistent na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani),  
**as. Luka Mišič**, magister prava (mladi raziskovalec in asistent na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani).

## PROGRAM

### **Četrtek, 31. maj**

9.45 – 10.00 uvodni nagovori

**10.00 – 13.00 Plenum: Delovna razmerja brez delodajalcev? :  
kako opredeliti delodajalske obveznosti;**  
vodi:izr. prof. dr. Barbara Kresal

***izr. prof. dr. Barbara Kresal***

Razgrajevanje delovnopravnega koncepta (enotnega) delodajalca

***prof. dr. Brian Langille***

How to Think (As a Labour Lawyer) About Supply Chains

***prof. dr. Darja Senčur Peček***

Franšize in delovna razmerja

***dr. Katarina Kresal Šoltes***

Nestandardne oblike dela in kolektivne pogodbe

***zasl. prof. dr. Polonca Končar***

Predlog Direktive o preglednosti in predvidljivosti delovnih pogojev

**15.00 – 16.30 Plenum: Osebni podatki, zaupnost in poslovna  
skrivnost;**  
vodi:izr. prof. dr. Valentina Franca

***mag. Andrej Tomšič***

Vpliv nove Splošne uredbe o varstvu osebnih podatkov in ZVOP-2 na delovna razmerja

***dr. Martina Šetinc Tekavc***

Pregled sodne prakse s področja varovanja osebnih podatkov, zaupnosti in poslovne skrivnosti



**izr. prof. dr. Valentina Franca**

Vprašanje zaupnosti informacij med delavskimi predstavniki v nadzornem svetu ter svetom delavcem

**16.45 – 18.30 Plenum: Izbrana poglavja delovnopravnega sistema: pogled v prihodnost;**  
vodi: doc. dr. Luka Tičar

**as. Primož Rataj**

Vloga sveta delavcev v slovenskem sistemu delavske participacije

**mag. Marijan Debelak**

Problematika izvajanja zakona o stavki

**Jakob Krištof Počivavšek**

Aktualna vprašanja socialnega dialoga in vloge sindikata v prihodnje

**doc. dr. Luka Tičar**

Ureditev nekaterih institutov individualnih delovnih razmerij danes in v prihodnje

**Petek, 1. junij**

**9.00 – 10.30 Plenum: Socialna varnost napotениh delavcev;**  
vodi: prof. dr. Grega Strban

**prof. dr. Grega Strban**

Socialno zavarovanje napotениh delavcev v zakonodaji in sodni praksi EU

**as. Luka Mišič**

Plačevanje prispevkov in davkov za napotene delavce

**Klemen Ganziti**

Izdajanje obrazca A1 – izkušnje iz prakse

**11.00 – 11.45 Omizje: Prepletanje socialnih tveganj bolezni in invalidnosti;**

moderator: prof. dr. Grega Strban

*gosta omizja:*

**Marijan Papež**, generalni direktor ZPIZ in

**Marjan Sušelj**, generalni direktor ZZZS

**12.30 – 15.30 Plenum: Sodno varstvo na področju delovnih in socialnih razmerij;**

vodi: doc. dr. Etelka Korpič Horvat

***doc. dr. Etelka Korpič Horvat***

Odločanje Ustavnega sodišča s področja delovnega prava in prava socialne varnosti v obdobju 2007-2017

***doc. dr. Špelca Mežnar***

Uporaba prava EU v postopkih pred delovnimi sodišči

***izr. prof. dr. Ana Vlahek***

Kolektivne tožbe kot novo pravno sredstvo zoper množične kršitve pravic iz delovnopравnih razmerij

***mag. Biserka Kogej Dmitrovič***

Kaj je še ostalo od posebnosti postopka v delovnih sporih?

***Marjanca Lubinič***

Dokazovanje odpovednega razloga v sporih o prenehanju delovnega razmerja

15.30 – 16.00 Razprava in zaključek kongresa

## **PRIJAVE IN INFORMACIJE:**

### **Inštitut za delo pri Pravni fakulteti v Ljubljani**

Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana

Telefon: 01/42 03 164, faks: 01/42 03 165

E-pošta: inst.delo@pf.uni-lj.si

Spletna stran: **www.zdr.info**

Prijavite se zdaj, vsekakor pa do 25. maja 2018. Prijavo nam pošljite po pošti, e-pošti, faksu ali prek spletne strani. Skrajni rok za odjavo je štiri dni pred kongresom. Odpoved mora biti pisna. Pri kasnejši odjavi vam bomo zaračunali administrativne stroške, kot so zapisani v *Splošnih pogojih poslovanja* podjetja Planet GV in si jih lahko ogledate na spletni strani [www.planetgv.si](http://www.planetgv.si). Prijavnico in informacije o kotizaciji najdete na spletni strani [www.zdr.info](http://www.zdr.info)

Na podlagi prijave vam bomo poslali račun, ki ga poravnate v navedenem plačilnem roku. Kolektivni člani IDPF lahko uveljavljajo znižano kotizacijo le, če se prijavijo in plačajo kotizacijo na transakcijski račun Inštituta za delo pri Pravni fakulteti v Ljubljani – IBAN SI56 0201 0001 0339 293 (NLB, d.d., Ljubljana).

Hotelske rezervacije in plačilo hotelskih storitev urejate z izbranim hotelom in ne prek organizatorja.

### **Hoteli Bernardin**

Obala 2, 6320 Portorož

Telefon: 05/690 70 00, faks: 05/690 70 10

E-pošta: [booking@bernardingroup.si](mailto:booking@bernardingroup.si)

Spletna stran: [www.bernardingroup.si](http://www.bernardingroup.si)

# Delavci in Delodajalci Employees & Employers www.delavciindelodajalci.com

## revija za delovno pravo in pravo socialne varnosti the Labour Law and Social Security Review

**Inštitut za delo pri Pravni fakulteti v Ljubljani (IDPF)** od leta 2001 dalje izdaja novo znanstveno revijo DELAVCI IN DELODAJALCI.

**Vsebina revije** je namenjena obravnavi aktualnih vprašanj s področja **pravnih razmerij med delavci in delodajalci ter s področja socialne varnosti**: individualna in kolektivna delovna razmerja, zaposlovanje in zavarovanje za brezposelnost, pokojninsko in invalidsko zavarovanje, zdravstveno varstvo in zavarovanje, socialno varstvo, inšpekcija dela in ostala področja delovnega prava in prava socialne varnosti. Z enako pozornostjo bodo obravnavana vprašanja iz pravnih razmerij med delavci in delodajalci tako v ZASEBNEM KOT JAVNEM SEKTORJU.

Poleg ČLANKOV IN RAZPRAV o primerjalnopravni, mednarodnopravni in domači pravni ureditvi posameznih delovnopravnih in socialnopravnih institutov, bodo v reviji objavljeni tudi prispevki priznanih strokovnjakov IZ PRAKSE ZA PRAKSO o njihovih izkušnjah pri izvajanju posameznih institutov v praksi, skupaj z najpogostejšimi aktualnimi VPRAŠANJI IN ODGOVORI. V PRILOGI bo prostor za zanimive **domače in tuje pravne vire**, revija pa bo predstavljala tudi aktualno SODNO PRAKSO. POROČILA o pravnih posvetih, simpozijih in konferencah doma in v tujini, bibliografije in recenzije avtorskih del ter razna druga sporočila o pomembnih dogodkih bodo bralcem olajšala **pregled nad najpomembnejšimi dogodki** z vsebinskega področja revije.

**Revija je namenjena:**

- strokovnjakom s področja delovnega prava in prava socialne varnosti,
- vodstvenim delavcem, vodjem pravne, splošne in kadrovske službe
- izvajalcem kadrovskega menedžmenta - kadrovikom, pravnikom, ekonomistom, sociologom, ...
- predstavnikom delavcev – sindikatom, svetom delavcev
- predstavnikom delodajalcev – zbornicam, združenjem
- vodilnim državnim uslužbencem in direktorjem javnih zavodov, agencij in drugih oseb javnega prava
- študentom dodiplomskega in podiplomskega študija prava, sociologije, uprave, socialnega dela, menedžmenta
- sodnikom delovnih in socialnih sodišč, upravnih sodišč in sodnikom za prekrške,
- inšpektorjem za delo
- in drugim.

**Naročilnica / Subscription****DA, naročam revijo Delavci in Delodajalci****št. izvodov** \_\_\_\_\_

Letna naročnina za leto 2018 je 93,30 €, posamezna številka 28,00 €, dvojna 56,00 € (vse cene so z DDV), priznamo 50% popust za študente. Odjava naročila je možna dva meseca pred iztekom tekočega koledarskega leta za naslednji letnik revije.

**YES, please enter my subscription to the review Employees and Employers****No. of issues** \_\_\_\_\_

Annual subscription (four issues) at price 93,30 €, particular issue at price 28 € (double 56 €), special discount for students (50%).

Naročnik / Subscriber \_\_\_\_\_

Naslov / Address \_\_\_\_\_

Zavezanec za DDV: da / ne (obkroži!) – ID št. / Vat No. \_\_\_\_\_

Kontaktna oseba / Contact person \_\_\_\_\_

Položaj v organizaciji / Position at work \_\_\_\_\_

Telefon / Phone \_\_\_\_\_ Faks / Fax \_\_\_\_\_

E-naslov / E-mail \_\_\_\_\_ Datum / Date \_\_\_\_\_

Žig / Mark \_\_\_\_\_

Podpis odgovorne osebe / Signature \_\_\_\_\_

Poslati na naslov / Mail to address: Inštitut za delo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana, Slovenija, ali po faksu / or by fax: 00386 1 4203 165 ali po internetu na naslov [www.delavciindelodajalci.com](http://www.delavciindelodajalci.com) ali e-mail: [inst.delo@pf.uni-lj.si](mailto:inst.delo@pf.uni-lj.si)

# **Vodnik po pravicah iz delovnega razmerja – najpogostejša vprašanja in odgovori z besedilom zakona (ZDR-1),**

## **2. spremenjena in dopolnjena izdaja**

PRIPOČNIK o pravicah iz delovnega razmerja vas bo na enostaven, pregleden in strokoven način vodil skozi medsebojne pravice in obveznosti delavca in delodajalca v času sklenitve, trajanja in prenehanja pogodbe o zaposlitvi ter skozi delovnopravne institute in postopke pri delodajalcu. Vprašanja in odgovori sledijo strukturi zakona. 2. spremenjena in dopolnjena izdaja izhaja iz ureditve po Zakonu o delovnih razmerjih, ZDR-1 (Ur.l. RS, št. 21/2013, 78/2013-popr.) in upošteva novejšo sodno prakso delovnih sodišč. Dodana so nova vprašanja in odgovori, med njimi tudi glede pravic in obveznosti ekonomsko odvisnih samozaposlenih oseb ter je opisana jasna razmejitev med tem statusom in delovnim razmerjem. Priročnik vsebuje vse potrebne pravne informacije za najširši krog uporabnikov, vključno z besedilom zakona (ZDR-1).

Priročnik je delo avtoric: dr. Barbare Kresal, dr. Darje Senčur Peček in dr. Katarine Kresal Šoltes ter redakcije strokovnih institucij - Inštituta za delo pri Pravni fakulteti v Ljubljani in Ministrstva za delo, družino, socialne zadeve in enake možnosti (MDDSZ).

Ciljne skupine uporabnikov, katerim je prilagojena strokovna zahtevnost priročnika, so: zaposleni, kadrovske in pravne službe delodajalcev, socialni partnerji, sindikalni predstavniki, sveti delavcev in delodajalske organizacije. V pomoč pa je lahko tudi strokovnim službam pri delu z ljudmi na terenu, zlasti resornemu ministrstvu, Inšpektoratu RS za delo, centrom za socialno delo, območnim službam Zavoda RS za zaposlovanje in vsem, ki jih zanimajo delovna razmerja.

Velikost priročnika format A4, 163 strani, maj 2014,  
več na [www.institut-delo.com](http://www.institut-delo.com)

## NAROČILNICA

DA, naročam \_\_\_\_\_ izvod(ov) publikacije »**Vodnik po pravicah iz delovnega razmerja, vprašanja in odgovori – 2. spremenjena in dopolnjena izdaja**« z besedilom zakona (ZDR-1)

Po ceni 39,00 EUR.

Naročnik \_\_\_\_\_

Naslov \_\_\_\_\_

Zavezanec za DDV : da / ne (obkroži!) – ID št. \_\_\_\_\_

Kontaktne oseba \_\_\_\_\_

Položaj v organizaciji \_\_\_\_\_

Telefon \_\_\_\_\_ Faks \_\_\_\_\_

E-naslov \_\_\_\_\_ Datum \_\_\_\_\_

Žig \_\_\_\_\_ Podpis odgovorne osebe \_\_\_\_\_

Poslati na naslov: Inštitut za delo pri Pravni fakulteti v Ljubljani,  
Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana, ali po faksu 01/4203-165  
ali na e-naslov: [inst.delo@pf.uni-lj.si](mailto:inst.delo@pf.uni-lj.si)

## NAVODILA AVTORJEM ZA PRIPRAVO PRISPEVKOV

Prispevke objavljamo v slovenščini, s povzetkom in izvlečkom v angleščini, prispevke tujih avtorjev pa lahko objavimo tudi v izbranem tujem jeziku.

Objavljamo znanstvene in strokovne prispevke, ki jih recenziramo in honoriramo. Vsak prispevek mora imeti naslov, ime in priimek avtorja, strokovni naziv avtorja, polni naslov ustanove, v kateri je avtor zaposlen, ter poleg besedila prispevka tudi:

- povzetek (abstract),
- ključne besede (key words),
- kratek izvleček v angleščini (summary) ter
- na koncu članka še navedbo literature in virov.

Znanstveni prispevki naj bodo dolgi praviloma eno avtorsko polo (do 30.000 znakov, upoštevajoč tudi prostore med znaki), strokovni prispevki pa so lahko tudi krajši. Kratek izvleček v angleščini (summary) je dolg eno tipkano stran (3.000 znakov) in strnjeno, na razumljiv način, povzema vsebino in ključne ugotovitve prispevka. Povzetek (abstract) je dolg pet tipkanih vrstic (450 znakov) in zgoščeno predstavlja vsebinske sklope in vprašanja, ki jih bo avtor obravnaval v prispevku. Povzetek, izvleček in ključne besede (5 – 10) pripravi avtor v angleškem in slovenskem jeziku.

Prispevki imajo vsebinske in bibliografske opombe, ki se navajajo sproti, pod črto, z nadpisano zaporedno številko. Bibliografske opombe s priimki avtorjev naj bodo pisane z malimi črkami in navedbo citirane strani (npr. Bajič, Stojan, str. 1), v primeru, da se avtor pojavlja z več prispevki, je treba dodati za imenom avtorja tudi letnico citiranega dela (npr. Bajič, Stojan. 1925, str. 1), navedba celotnega citiranega oz. referenčnega bibliografskega vira pa naj bo navedena na koncu prispevka (literatura in viri).

Pri sklicevanju na zakonski ali drug pravni predpis, se ta prvič navede s polnim imenom in navedbo uradnega lista ter uradno okrajšavo že v besedilu ali v sprotni opombi, v nadaljevanju pa se navaja z uradno okrajšavo.

Revija praviloma objavlja še ne objavljena dela, ki tudi niso bila poslana za objavo v kakšno drugo revijo, za morebitne kršitve avtorskih pravic je odgovoren avtor.

Avtorji oddajo prispevke v elektronski obliki (word) na naslov uredništva: [inst.delo@pf.uni-lj.si](mailto:inst.delo@pf.uni-lj.si).

Prispevki, ki ne bodo ustrezali zgoraj navedenim zahtevam, bodo vrnjeni avtorjem v dopolnitev.







<http://www.delavciindelodajalci.com>