

Tristrana delovna razmerja z vidika novejše sodne prakse in potrebnih zakonskih sprememb

Darja Senčur Peček*

UDK: 349.22:347.9

Povzetek: V prispevku so obravnavana pogodbena razmerja, v katera je vključenih več strank – poleg delavca in ekonomske enote, v kateri (za katero) delavec opravlja delo, še tretja stranka (naročnik, uporabnik). Ta t.i. tristrana delovna razmerja imajo različne oblike, kot so začasno agencijsko delo, podizvajalstvo, franchising itd. Ključna je razmejitev med (začasnim) zagotavljanjem dela delavcev in opravljanjem storitev (podizvajalstvom) in s tem povezano vprašanje, kdo je delodajalec. V prispevku je to vprašanje obravnavano v luči novih sodb Vrhovnega sodišča RS in z vidika potrebe po dodatni sodni in zakonski določitvi pravnega varstva delavcev v razmerju do pravega delodajalca.

Ključne besede: tristrana delovna razmerja, začasno agencijsko delo, outsourcing, podizvajalstvo, franchising, pojem delodajalca

Multiparty Employment Relationships regarding Recent Case -Law and De Lege Ferenda

Abstract: The contribution deals with contractual relationships involving several parties – in addition to the worker and the economic unit in which the worker performs his work, a third party (contractor, user). These so-called tripartite employment relationships take different forms, such as temporary agency work, subcontracting, franchising, etc. Of key importance is the differentiation between the (temporary) provision of workers' work and the provision of services (subcontracting) and the related question of who the real employer is. The paper discusses this issue in the light of the new judgment of the Supreme Court of the Republic

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

darja.sencur-pecek@um.si

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

of Slovenia and in the light of the need for additional judicial and legal determination of the legal protection of workers vis-à-vis the real employer.

Key words: *tripartite employment relationships, temporary agency work, outsourcing, subcontracting, franchising, the concept of employer*

1. UVOD

V zadnjih letih je tudi v Sloveniji zaznati ekspanzijo začasnega agencijskega dela, outsourcinga, podizvajalstva, franchisinga in podobnih poslovnih modelov. Gre za del trenda, vidnega tudi v drugih državah, ki se v teoriji delovnega prava označuje kot vertikalna dezintegracija podjetij, fragmentacija dela oziroma kot razcepljanje delovnih mest (*fissurization*).¹ Gospodarski subjekti, pa tudi subjekti v javnem sektorju, namesto da bi neposredno zaposlovali delavce, določena dela na podlagi različnih pogodb prepustijo v opravljanje zunanjim pogodbenikom oziroma njihovim delavcem. Razlogi so lahko različni, pogosto je argument za to znižanje stroškov, večja prožnost, lahko pa tudi omejitve pri neposrednem zaposlovanju (predvsem v javnem sektorju).

Posledica (lahko pa tudi namen) teh poslovnih modelov je eksternalizacija delovnih razmerij (prenos delovnih razmerij izven družbe) ali t.i. beg iz delovnega prava.² Na prvi pogled so razmerja med naročnikom in zunanjimi pogodbeniki oziroma njihovimi delavci res popolnoma izven dometa delovnega prava. Ob podrobnejši analizi pa se lahko pokaže, da temu ni tako. V primeru, ko naročnik (glavni izvajalec, dajalec franšize itd.) poslovno sodeluje s samozaposleno osebo, ki delo opravlja tako, da je z njim v razmerju osebne odvisnosti, se lahko postavi vprašanje, ali ni ta oseba prikrit delavec, naročnik pa njen delodajalec (v primeru ekonomske odvisnosti pa ekonomsko odvisna oseba). V primeru, ko naročnik poslovno sodeluje z zunanjim pogodbenikom, pri tem pa ima vpliv na delo (oziroma delovnopравни položaj) delavcev tega zunanjega pogodbenika, pa se lahko postavi vprašanje, ali ni (tudi) ta naročnik delodajalec teh delavcev in bi moral prevzeti vse ali vsaj del delodajalskih obveznosti). S prvim primerom je povezano vprašanje pojma delavca, z drugim pa vprašanje pojma delodajalca oziroma delodajalskih obveznosti v razmerjih, v katerih je udeleženih več pogodbenih strank.

¹ Glej Collins H., 1990; Fudge J., 2006; Weil D., 2014.

² Isto tam.

Medtem ko se je problematika opredelitve pojma delavca postopoma uveljavila v slovenski (sodni) praksi, in danes ni dvoma o tem, da delavec ni samo tisti, ki ima sklenjeno pogodbo o zaposlitvi, ampak vsak, pri katerem so izpolnjeni elementi delovnega razmerja, prav tako pa je omejeno delovnopravno varstvo priznано ekonomsko odvisnim osebam, glede vprašanja pojma delodajalca in določitve delodajalskih obveznosti v tristranih delovnih razmerjih (še) ni tako. Čeprav slovenska teorija že dolgo opozarja na problem tristranih razmerij in pomen opredelitve delodajalca in delodajalskih obveznosti,³ ter pomemben premik glede prepoznavanja dejanskega delodajalca pomenijo tudi nedavne odločitve Vrhovnega sodišča Republike Slovenije (v nadaljevanju: VSRS), ostajajo še vedno mnoga (tudi temeljna) vprašanja v tej zvezi odprta.

V prispevku je obravnavan pojem tristranih delovnih razmerij in njihova klasifikacija, predvsem pa v RS najbolj razširjeni tristrani razmerji – začasno agencijsko delo in outsourcing, njuna razmejitev, vprašanje dejanskega delodajalca in določitve (so)odgovornosti subjekta, ki ni formalni delodajalec.

2. TRISTRANA (VEČSTRANA) DELOVNA RAZMERJA

Na pojav tristranih delovnih razmerij (*triangular employment relationships*) in njihovo naraščajočo uporabo je opozorjeno že v gradivih Mednarodne organizacije dela (MOD) v zvezi s Priporočilom 198 o delovnem razmerju (2006). Iz gradiv izhaja, da »takšna razmerja nastanejo, ko delavci podjetja (izvajalca) opravljajo delo za tretjo stranko (naročnika), ki mu njihov delodajalec zagotavlja bodisi delo ali storitve«.⁴ Kot najbolj razširjene oblike se omenjajo uporaba zunanjih pogodbenikov, začasno agencijsko delo in franchising.⁵

V študiji MOD o nestandardnih oblikah dela (2016) se, glede na razvoj novih oblik dela in poslovnih modelov, uporablja izraz pogodbeni razmerja, ki vključujejo več strank oziroma večstrana delovna razmerja (*multy-party employment relationships*).⁶

³ Glej Kresal B., 2012; Senčur Peček D., 2012; Senčur Peček D., 2015, Kresal Šoltes K., 2017, Senčur Peček D., 2018; Kresal Šoltes K., 2020.

⁴ ILO (2003), str. 37; ILO (2005), str. 13.

⁵ ILO (2003), str. 39.

⁶ ILO (2016), str. 87.

Najširše pa se vsa tovrstna razmerja, ki vključujejo tako delovna razmerja kot razmerja samozaposlenih pogodbenikov, v okviru MOD imenujejo večstrana razmerja v zvezi z delom (*Multiparty Work Relationship* ali *MWR*). Gre za pogodbene modele, ki vključujejo več strank: delavca, ekonomsko enoto, za katero se delo opravlja in tretjo stranko. Njihova glavna značilnost je, da delavci (osebe, ki opravljajo delo) niso neposredno zaposleni v subjektu, za katerega se delo opravlja.⁷

Tristrana (večstrana) delovna razmerja,⁸ ki jim je skupno, da so rezultat vertikalne dezintegracije podjetij, so medsebojno zelo različna. Glede na njihove značilnosti pa jih je mogoče razvrstiti v različne skupine. Pri tem se kot ključni kriterij kaže namen poslovnega modela – ali je namenjen temu, da naročniku posreduje delo (delavcev) ali da mu zagotovi storitve.⁹ Kot izhaja iz primerjalne študije, izvedene v 30 evropskih državah, je glede na ta kriterij mogoče obstoječa tristrana (večstrana) razmerja razvrstiti bodisi v skupino razmerij, ki so namenjena posredovanju dela delavcev, v skupino razmerij, ki so namenjena zagotovitvi storitev, ali v skupino, ki zajema vsa preostala razmerja.¹⁰

V prvo skupino tako sodijo poslovni modeli, katerih namen je naročniku zagotoviti delo (delavce). Zunanji pogodbenik naročniku (začasno) posreduje delavce, ki se vključijo v naročnikov delovni proces, naročnik pa jim daje navodila in jih nadzoruje. Najpomembnejša, tudi v Sloveniji široko uveljavljena in pravno urejena oblika takšnega razmerja je začasno agencijsko delo.¹¹ V drugo skupino sodijo poslovni modeli, ki so namenjeni temu, da naročniku zagotavljajo opravljanje storitev. Gre predvsem za t.i. outsourcing (*outsourcing of services*) – pogodbeno prepustitev določenih (praviloma stranskih) funkcij oziroma dejavnosti zunanjim izvajalcem, pa tudi za podizvajalstvo, ko glavni izvajalec prepusti del storitve podizvajalcu, ta pa lahko spet podizvajalcu itd. (*subcontracting*). Gre za tristrana razmerja, ki so široko uveljavljena v Sloveniji, a jih zakonodaja z vidika opredelitve delodajalskih obveznosti (razen redkih izjem) ne ureja. Ključna značilnost tega

⁷ ILO (2018), str. 1.

⁸ V prispevku je uporabljen izraz tristrana razmerja, saj se osredotoča na začasno agencijsko delo in outsourcing.

⁹ ILO (2006), str. 42.

¹⁰ Glej Maran E., Chiericato E., 2022, str. 476-477.

¹¹ Druge oblike tristranih razmerij, ki sodijo v to skupino so začasno posredovanje delavcev s strani subjektov, ki niso agencije (*secondments*), trajno posredovanje delavcev (*outsourcing of labour*), družbe, ki vključujejo samozaposlene izvajalce storitev (*umbrella organisations*), platformno delo. Glej Maran E., Chiericato E., 2022, str. 480-484.

modela, ki ga loči od zagotavljanja delavcev je v tem, da organizacija dela in nadzor nad delavci ostanejo v rokah izvajalca storitve (formalnega delodajalca), kar velja tudi, če se storitev izvaja v prostorih naročnika. V tretjo skupino bi lahko razvrstili preostale modele, kot so franchising, delavske zadruge (*workers' cooperatives*), skupine podjetij itd. Tudi tovrstna razmerja z vidika zaščite delavcev v Sloveniji niso urejena, čeprav se nekatera (na primer franchising) v praksi že uveljavljajo.¹²

V nadaljevanju sta obravnavana v slovenski praksi široko uveljavljena primera tristranih delovnih razmerij iz prve in druge skupine – začasno agencijsko delo in outsourcing.

3. ZAGOTAVLJANJE DELA DELAVCEV: ZAČASNO AGENCIJSKO DELO

V evropskih kontinentalnih pravnih sistemih (na primer v španskem, italijanskem, francoskem in nemškem), ki tradicionalno nasprotujejo vključevanju kakršnihkoli oblik posrednika med delodajalca in delavce, ločitev med formalnim delodajalcem (ki nosi delodajalske obveznosti) in delodajalcem, ki dejansko daje navodila in nadzoruje delavce, ni dopustna. Trajno posredovanje dela delavcev (t.i. *outsourcing of labour*) je praviloma izrecno zakonsko prepovedano, ponekod tudi kaznivo.¹³

V vseh, tudi kontinentalnih sistemih pa je dopustno in zakonsko urejeno začasno posredovanje dela delavcev uporabnikom s strani agencij za zagotavljanje začasnega dela (ki morajo izpolnjevati določene pogoje). To velja tudi za Slovenijo, ki je podobno kot druge države članice EU nacionalno ureditev morala uskladiti z Direktivo 2008/104/ES.¹⁴ Bistvo tega tristranega razmerja je v tem, da je delavec v delovnem razmerju z agencijo,¹⁵ delo pa začasno, za čas vsakokratne napotitve opravlja pri uporabniku, po njegovih navodilih in pod njegovim nadzorom.¹⁶

¹² Glede franchisinga glej Senčur Peček D., 2018.

¹³ Ponekod je le izjemoma dovoljeno točno določenim subjektom, pod določenimi pogoji. Glej ILO (2018), str. 3; ILO (2005), str. 43, Corazza L., Razollini O., 2014, str. 5.

¹⁴ Direktiva 2008/104/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 19. novembra 2008 o delu prek agencij za zagotavljanje začasnega dela; UL L 327, 5.12.2008, strani 9–14.

¹⁵ ZDR-1 uporablja izraz »delodajalec, ki opravlja dejavnost zagotavljanja dela delavcev drugemu uporabniku« (glej 59. člen in naslednje). V prispevku bo uporabljan izraz agencija.

¹⁶ Glej 1. člen direktive.

Delavčev delodajalec je torej agencija, del delodajalčevih pristojnosti (dajanje navodil, nadzor) pa je za čas napotitve prenesenih na uporabnika. Navedena delitev pristojnosti je upoštevana tudi pri obveznostih oziroma odgovornosti agencije in uporabnika do delavca. Slovenska zakonodaja, ki pri tem v glavnem sledi direktivi,¹⁷ nalaga uporabniku obveznost zagotavljanja varnosti in zdravja pri delu, upoštevanja določb v zvezi z delovnim časom, skupaj z agencijo pa obveznost v zvezi z izplačilom plače (subsidiarna odgovornost uporabnika).¹⁸

Z vidika pravic agencijskih delavcev je ključno, da Zakon o delovnih razmerjih (ZDR-1)¹⁹ (v skladu s 5. členom direktive, ki se nanaša na načelo enake obravnave), agencijskim delavcem za čas napotitve zagotavlja enake pravice, kot jih imajo neposredno zaposleni delavci tega uporabnika. S temi pravili so vezane tako agencije kot uporabniki. Kot izhaja iz odločitve SEU v zadevi *Betriebsrat der Ruhrlandklinik* (C-216/15, 17. 11. 2016), je treba minimalne pravice, kot izhajajo iz direktive delavcem zagotavljati tudi, če jih k uporabniku ni napotoval subjekt, ki je imel status agencije, ampak v konkretnem primeru status neprofitnega društva, ki je k uporabnikom napotovalo svoje člane, ki so imeli podoben položaj kot delavci.²⁰

Ključna značilnost tega tristranega razmerja je začasnost napotitve posameznega delavca k določenemu uporabniku. To izhaja iz opredelitev ključnih pojmov v direktivi,²¹ posredno pa je vidno tudi iz enega od ciljev direktive, ki se nanaša na agencijsko delo kot na stopnico k redni zaposlitvi pri uporabniku (t.i. *stepping-stone effect*).²² Do tega ne pride, če je delavec večkrat zaporedoma (ali trajno) napoten k temu uporabniku.²³ Direktiva državam članicam v tej zvezi nalaga,

¹⁷ Glej tudi Končar P., 2012, strani 143-159.

¹⁸ Glej določbo 62. člena ZDR-1.

¹⁹ Uradni list RS, št. 21/2013, s spremembami in dopolnitvami.

²⁰ Na navedeno odločitev SEU se je sklicevalo tudi VSRS v svojem svetovalnem mnenju (Sklep VIII SM 2/2021 iz 5. 10. 2021). Čeprav je navedeno svetovalno mnenje pomembno predvsem z vidika razmejitve med opravljanjem storitev in posredovanjem dela (glej točko 3 prispevka), ga je treba v tem kontekstu razumeti tudi kot odgovor na vprašanje, ali je treba delavcem, ki jih k uporabniku ni napotila agencija z veljavnim dovoljenjem, priznati pravice, kot jih določa ZDR-1 za agencijske delavce, če so sicer izpolnjeni pogoji začasnega napotovanja delavcev. Iz svetovalnega mnenja izhaja, da jim je tudi v tem primeru treba pravice priznati.

²¹ Glej 1. člen; pa tudi opredelitve pojmov v členu 3, 1 b., c., d.

²² Glej 3. odstavek 6. člena direktive.

²³ Kot izhaja iz odločitve SEU v zadevi C-232/20 (*Daimler*) iz 17. 3. 2022, se ta začasnost nanaša le na napotitev posameznega agencijskega delavca k uporabniku, in ne preprečuje napotitev agencijskega delavca na delovno mesto k uporabniku, kjer obstaja stalna potreba po delu. Sodišče skladnost te odločitve s »stepping-stone« efektom utemeljuje s tem, da bo ta

da sprejmejo ustrezne ukrepe za preprečevanje zaporednih napotitev, katerih namen je obiti določbe direktive.²⁴

Sodišče EU je tudi v novejših odločitvah (na primer v zadevi *KG*, C-681/18, 14. 10. 2020) potrdilo, da je nacionalna ureditev, ki ne določa nobenega ukrepa za ohranitev začasnosti razmerja med agencijskim delavcem in uporabnikom in s katero ni določen noben ukrep za preprečitev zaporednih napotitev istega delavca k istemu uporabniku, v nasprotju z direktivo. Glede na pravno naravo direktiv, ki urejajo področje socialne politike, ki ne težijo k popolni harmonizaciji nacionalnih ureditev, ampak določajo cilje in postavljajo minimalne zahteve za uresničitev teh ciljev,²⁵ ni presenetljiva hkratna odločitev SEU (v isti zadevi), da ni v nasprotju z direktivo nacionalna ureditev, ki ne določa dopustnega števila zaporednih napotitev niti objektivnih razlogov za napotitev. Direktiva namreč državam članicam ne nalaga točno določene zakonske ureditve, ampak je izbira ukrepa/ov oziroma način zagotovitve cilja prepuščen državam članicam.²⁶ Kot izhaja iz odločitve v zadevi *Daimler*, tudi zakonska opredelitev obdobja maksimalnega obdobja napotitve, ki se šteje za začasno, ni nujna, in bo v državi, kjer je ni, v konkretnem primeru o tem, ali je bila napotitev začasna (glede na okoliščine primera, tudi glede na posebnosti sektorja), odločilo sodišče. Nacionalna sodišča bodo torej morala zagotoviti, da se z zaporednimi napotitvami ne bo obšel cilj direktive, predvsem začasnost napotitve delavca k uporabniku.²⁷

Iz ureditev mnogih držav članic izhaja, da te zakonsko določajo posamične ukrepe za zagotovitev začasnosti napotitve ali njihovo kombinacijo.²⁸ Slovenska zakonodaja, ki sicer z nekaj določbami spodbuja prehod agencijskega delavca v redno zaposlitev pri uporabniku,²⁹ ne določa nobenega od tovrstnih ukrepov. Menim, da bi bila za preprečevanje zaporednih napotitev in ohranitev začasnosti napotitve potrebna (ponovna) zakonska določitev maksimalega trajanja napotitve,³⁰ lahko pa tudi določeno število zaporednih napotitev in objektivni

agencijski delavec, ki je napoten na to stalno delovno mesto, pozneje lahko trajno zasedel to delovno mesto (kot neposredno zaposlen delavec tega uporabnika). Glej točko 37 odločitve.

²⁴ Glej peti odstavek 5. člena direktive.

²⁵ Glej Barnard C., 2012, str. 661-62. Glej tudi odločitev SEU v zadevi *KG*, točke 44., 41, 42.

²⁶ Glej odločitev v zadevi *Daimler*, točka 55

²⁷ Isto tam, točka 58.

²⁸ Glej Maran E., Chierigato E., 2022, str. 479-479.

²⁹ Glej četrti odstavek 25. člena ZDR-1 in prvi in tretji odstavek 165. člena Zakona o urejanju trga dela (ZUTD), Uradni list RS, št. 80/2010, s spremembami in dopolnitvami.

³⁰ ZDR (predhodnik sedanjega ZDR-1) je v 59. členu določal enoletno časovno omejitev dela pri uporabniku.

razlogi za napotitev (v smislu začasne potrebe po delu).³¹ V slovenski teoriji je najti konkretne predloge tovrstnih zakonskih rešitev,³² prav tako so bili takšni predlogi oblikovani v okviru raziskovalnega projekta v zvezi s prekršnim delom (MAPA), ki je zajel tudi začasno agencijsko delo.³³

Prav tako se v teoriji predlaga uvedba učinkovite sankcije za primer posredovanja dela delavcev, ki presega začasno napotitev.³⁴ Tudi v tej zvezi že obstajajo primeri dobre prakse, na primer nemška ureditev, po kateri se v primeru prekoračitve zakonsko določenega obdobja napotitve (v nemški ureditvi je to 18 mesecev), domneva, da je delavec zaposlen pri uporabniku.³⁵ Takšna sankcija sicer neposredno ne izhaja iz direktive, niti je (glede na domet direktive kot pravnega akta) ta ne zahteva od držav članic, saj je ne le izbira ukrepov, pač pa tudi izbira sankcij prepuščena državam članicam.³⁶ Menim pa, da bi bila takšna domneva tudi vsebinsko utemeljena. Medtem ko je v primeru začasne napotitve k uporabniku določitev agencije kot delodajalca ustrezna,³⁷ to ne drži v situaciji, ko je delavec formalno zaposlen pri agenciji, delo pa dalj časa (trajno) opravlja pri uporabniku. Agencija v takšnem razmerju funkcionira le kot posrednik, uporabnik pa ima vse koristi delovnega razmerja (stalne, usposobljene delavce). Upošteva načelo prednosti dejstev bi morali takšno razmerje (stalnega posredovanja dela delavcev) tudi brez zakonske domneve šteti za delovno razmerje med delavcem in uporabnikom. Tovrstna zakonska domneva bi to zgolj potrdila.

³¹ Uvedba vsaj enega od ukrepov bi bila nujna tudi z vidika skladnosti z direktivo. Trenutno namreč slovenska zakonodaja nima nobenega ukrepa, ki preprečuje zaporedne napotitve in zagotavlja začasnost napotitve (primerjaj odločitev v zadevi KG).

³² Glej o tem Kresal Šoltes K., 2020, str. 284-285.

³³ Glej končno poročilo v projektu MAPA: Multidisciplinarna analiza prekršnega dela: pravni, ekonomski, socialni in zdravstveno varstveni vidiki (CRP 2017, Projekt št.: V5-1741). Najnovejša spoznanja članov raziskovalnega projekta v zvezi s prekršnim delom so objavljena tudi v monografiji Kresal Šoltes K. et al., 2020.

³⁴ Kresal Šoltes K., 2020, str. 287; Senčur Peček D., 2015, str. 1202.

³⁵ Enako sankcijo se predlaga tudi v primeru nezakonite napotitve (v nasprotju z 2. odstavkom 59. člena ZDR-1), pa tudi v primeru prikritih napotitev (skritih pod outsourcingom). Več o tem v točki 3.

³⁶ Glej odločitev v zadevi *Daimler*, točka 4 izreka.

³⁷ Delavec naj bi imel stabilno razmerje z agencijo. Direktiva v 15. točki preambule navaja, da so pogodbe o zaposlitvi za nedoločen čas običajna oblika delovnega razmerja, ZDR-1 pa v 60. členu izrecno določa pravilo sklepanja pogodbe o zaposlitvi za nedoločen čas.

4. ZAGOTAVLJANJE STORITEV: OUTSOURCING

4.1. Outsourcing

Izraz outsourcing se je uveljavil za označitev poslovnega modela, v katerem naročnik s pogodbo prenese opravljanje določenih (praviloma stranskih) funkcij oziroma dejavnosti na zunanje izvajalce. Namesto da bi določena opravila, dela opravljali pri delodajalcu zaposleni delavci, jih kot storitev opravljajo zunanji izvajalci oz. pri njih zaposleni delavci. Outsourcing omogoča podjetjem, da se osredotočijo na temeljno dejavnost, stranske pa prepustijo specialistom in s tem zmanjšajo stroške.³⁸ Tovrstno organiziranje dejavnosti je v porastu vse od 90. let prejšnjega stoletja, od klasičnih stranskih dejavnosti kot so čiščenje, varovanje in podobno, pa se širi tudi na dejavnosti, ki so bližje temeljnim dejavnostim naročnika.³⁹ Vedno bolj se uporablja tudi v javnem sektorju, kjer se določene storitve zunanjim pogodbenikom prepustijo v postopku javnega naročanja, predvsem z namenom znižanja stroškov.⁴⁰

Odločitev o outsourcingu določenih dejavnosti je v domeni vodstev gospodarskih družb, ki jim je zagotovljena svoboda gospodarske pobude⁴¹ oziroma v domeni subjektov javnega sektorja (ali države). Delavci v zasebnem sektorju lahko na te odločitve vplivajo le preko svojih predstavnikov v sistemu sodelovanja pri upravljanju. Slovenski Zakon o sodelovanju delavcev pri upravljanju (ZSDU)⁴² v tej zvezi določa pravico sveta delavcev, da ga poslovodstvo vnaprej obvesti o zmanjšanju gospodarske dejavnosti, če ima to za posledico zmanjšanje števila delavcev, ki pomeni večje število delavcev po določbah ZDR-1, pa mora poslovodstvo pridobiti soglasje sveta delavcev.⁴³ V primeru odločanja za outsourcing s strani države, pa je to ne le ekonomska, ampak tudi politična odločitev, in nanjo vpliva tudi javno mnenje, prioritete vlade, sestava državnega zbora itd. Odločitev za neposredno zaposlovanje ali za outsourcing storitev iz

³⁸ Eurofound, Outsourcing, <https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/industrial-relations-dictionary/outsourcing>, 18. 9. 2018.

³⁹ ILO (2016), str. 161.

⁴⁰ Isto tam; gl. tudi Maran E., Chieragato E., 2022, str. 475; glej tudi Senčur Peček D., Laleta S., Kraljič S., 2017.

⁴¹ Glej Cardo I. R., Alonso D. A., 2022, str. 497; Waas B., 2016, str. 104.

⁴² Uradni list RS, 42/1993, s spremembami in dopolnitvami.

⁴³ Glej 89. in 96. člen ZSDU.

javnega v zasebni sektor je predvsem pokazatelj odnosa države (politike) do delavskih pravic in problema prekarnosti.⁴⁴

Outsourcing namreč vpliva na delovnopравни položaj delavcev, saj ti niso (več) zaposleni pri naročniku, ampak pri pogodbenem partnerju - izvajalcu storitve. Ti pogodbeni partnerji so pogosto manjši, manj stabilni subjekti, ki delujejo v pogojih močne konkurence in pod dejanskim pritiskom vodilnih družb (naročnikov), pogosto tudi niso vezani s kolektivnimi pogodbami, zato je položaj pri njih zaposlenih delavcev pogosto slabši kot položaj delavcev, zaposlenih pri naročniku.⁴⁵ To potrjujejo tudi različne raziskave v zvezi s posledicami outsourcinga v javnem sektorju (ko bivši javni uslužbenci preidejo v zasebni sektor).⁴⁶ Iz raziskave MOD o nestandardnih oblikah zaposlitve (2016) izhaja ocena, da je v primeru podizvajalstva (zagotavljanja storitev) tveganje prekarnosti visoko glede na vseh sedem pokazateljev prekarnosti.⁴⁷

4.2. Outsourcing in sprememba delodajalca

Pravni položaj delavcev, ki so pred pogodbeno prepustitvijo določene dejavnosti zunanjim pogodbenikom, ta dela opravljali kot delavci naročnika, je odvisen (tudi) od tega, ali je pri outsourcingu prišlo do prenosa podjetja ali dela podjetja, in so izpolnjeni pogoji za uporabo instituta spremembe delodajalca. Če ti pogoji niso izpolnjeni, jih lahko delodajalec odpusti iz poslovnega razloga, novi izvajalec storitve pa jim v primeru zaposlitve lahko ponudi drugačne (lahko tudi slabše) delovne pogoje in nižji nivo pravic.

V slovenskem pravu je institut spremembe delodajalca urejen v 75. in 76. členu ZDR-1, ki temeljita na Direktivi 2001/23/ES o zbliževanju zakonov držav članic glede varstva pravic delavcev v primeru prenosov podjetij, obratov ali delov podjetij

⁴⁴ Kot izhaja iz medijev, naj bi se v RS v letu 2024 izvedel projekt ponovne neposredne zaposlitve (dela) delavcev, ki kot delavci zunanjih izvajalcev izvajajo storitve čiščenja in varovanja za druge subjekte državnega sektorja. Glej Roglič M., Bo postala država dober zaposlovalec tudi za čistilke, N1, 23. 10. 2022, <https://n1info.si/novice/slovenija/bo-postala-drzava-dober-zaposlovalec-tudi-za-cistilke/>

⁴⁵ Glej Weil, 2014, stran 9; Menegatti E., 2015, str. 101; Davidov G., 2015, str. 6.

⁴⁶ Na primer Mori A., 2015.

⁴⁷ Glej ILO (2016), stran 224.

ali obratov (v nadaljevanju: direktiva),⁴⁸ zato je pri njuni razlagi treba upoštevati tudi sodno prakso Sodišča EU.

V vsakem posameznem primeru je tako treba ugotoviti, ali je prišlo do spremembe delodajalca v smislu 75. člena ZDR-1 oziroma 1. člena direktive,⁴⁹ se pravi, ali je bil izveden pravni prenos in ali je na tej podlagi prišlo do prenosa podjetja oziroma dela podjetja.

Upoštevanje slovensko ureditev in sodno prakso sodišča EU, je lahko podlaga pravnega prenosa vsaka pogodba, tudi torej tudi pogodba o prepustitvi opravljanja storitev (*contracting out oziroma outsourcing*), tako v zasebnem sektorju (C-209/91, *Watson Rask*, 12. 11. 1992) kot v javnem sektorju (C-173/96 in C-247/96, *Hidalgo in drugi*, 10. 12. 1998.).

Kar se tiče vprašanja, ali je prišlo do prenosa podjetja ali dela podjetja, pa je treba ugotoviti, ali se je ohranila identiteta prenesenega podjetja ali dela podjetja. Nujni pogoj za ohranitev identitete podjetja je v tem, da novi delodajalec nadaljuje ali ponovno začne opravljati isto ali podobno dejavnost, kot jo je opravljal stari delodajalec. Drugi pogoj je ohranitev identitete gospodarske enote, na kar vpliva več dejavnikov, kot so: delovna sila, vodstveni kader, način, na katerega je organizirano delo, metode poslovanja, kjer je to primerno, tudi sredstva za delo, ki so ji na voljo.⁵⁰ Pri tem je pomembno razlikovanje med posli (dejavnostmi), ki temeljijo na delovnih sredstvih, in posli, pri katerih delovna sredstva niso pomembna.

Če je prišlo do pogodbenega prenosa dejavnosti, ki temelji na delovnih sredstvih oziroma opremi, je praviloma pogoj ohranitve identite dela podjetja v tem, da je bilo trajno ali začasno preneseno premično ali nepremično premoženje (primer *Liikenne*, C-172/99, 25. 1. 2001; *Carlito Abler* in drugi, C – 340/01, 20. 11. 2003).⁵¹ Če torej novi izvajalec storitve opravlja dejavnost, ki so jo prej opravljali

⁴⁸ Direktiva 2001/23/ES o zbliževanju zakonov držav članic glede varstva pravic delavcev v primeru prenosov podjetij, obratov ali delov podjetij ali obratov OJ L 082; 22. 3. 2001.

⁴⁹ Direktiva pa v 1. členu določa, da se uporablja za »vsak prenos podjetja, obrata ali dela podjetja ali obrata na drugega delodajalca, ki je posledica pravnega prenosa ali združitve« (glej člen (1)(1)(a)). Za prenos v smislu te direktive se šteje »prenos gospodarske enote, ki ohrani svojo identiteto, se pravi organiziranega skupka virov, katerega cilj je opravljanje gospodarske dejavnosti, ne glede na to, ali je ta dejavnost glavna ali stranska« (glej (1)(1)(b)).

⁵⁰ Glej odločitev SEU v zadevi *Süzen*, točka 15.

⁵¹ Pri tem ni pomembno, ali preide lastništvo na sredstvih, pomembno je, ali jih novi delodajalec (izvajalec storitve) uporablja za opravljanje iste dejavnosti. Tudi če naročnik opremo oziroma sredstva, potrebna za opravljanje dejavnosti zgolj prepusti v najem izvajalcu storitve, so s tem kriteriji ohranitve identite gospodarske enote izpolnjeni.

delavci naročnika, pri tem pa uporablja ključno opremo (ki jo je pridobil od naročnika), so pogoji prenosa dela podjetja praviloma izpolnjeni. Vsi delavci, ki so delali v tem delu podjetja (pri naročniku), preidejo v delovno razmerje k izvajalcu storitve, in ohranijo pravice iz delovnega razmerja v skladu s 75. členom ZDR-1.

V primeru pogodbenega prenosa dejavnosti (kot so čiščenje, varovanje), kjer je bistvenega pomena delo delavcev (in ne oprema oziroma sredstva za delo), lahko gospodarsko enoto predstavlja organizirana skupina delavcev, ki so dotlej ta dela opravljali pri naročniku. Glede na sodno prakso sodišča EU (zadeve *Süzen*, C-13/95, 11.3.1997; *Hernandez Vidal in drugi*, C-127/96, C-229/96 in C-74/97, 24. 9. 1998; *Hidalgo in drugi*, C-173/96 in C-247/96, 10. 12. 1998) ta gospodarska enota ohrani svojo identiteto le, če prevzemnik (torej novi izvajalec storitve) prevzame večino delavcev (po številu in usposobljenosti), ki so bili pri prenosniku (naročniku) zadolženi za opravljanje določenega dela. V primeru outsourcinga tovrstnih dejavnosti je tako izpolnitev pogojev prenosa podjetja (in s tem varstvo delavcev) dejansko odvisna od volje prevzemnika (izvajalca storitve) oziroma dogovora med prenosnikom in prevzemnikom o prehodu delavcev.

V javnem sektorju lahko do pogodbenega prenosa storitev zunanjim izvajalcem pride le preko izvedbe postopka javnega naročila. Področje javnega naročanja urejata dve direktivi EU,⁵² ki sta bili v slovenski pravni red implementirani z Zakonom o javnem naročanju (ZJN-3).⁵³ Navedeni direktivi ne vsebujeta določb, ki bi se nanašale na vprašanje pravnega položaja delavcev v primeru outsourcinga, čeprav je European Trade Union Confederation (ETUC) v svojih pripombah na predlog direktiv zahteval, naj izrecno določita, da pogodbeni prepuštev opravljanja storitve s strani javnega subjekta pomeni pravni prenos v smislu Direktive 2001/23/ES.⁵⁴

⁵² Direktiva 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi direktive 2004/18/ES (UL L št. 94 z dne 28. 3. 2014 str. 65) in Direktiva 2014/25/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju naročnikov, ki opravljajo dejavnosti v vodnem, energetske in prometnem sektorju ter sektorju poštne storitve ter o razveljavitvi direktive 2004/17/ES (UL L št. 94 z dne 28. 3. 2014 str. 243).

⁵³ Uradni list RS, št. 91/2015.

⁵⁴ Glej EU public procurement framework – ETUC position, Brussels, 06-07/03/2012, dostopno na <https://www.etuc.org/documents/eu-public-procurement-framework-%E2%80%93-etuc-position#.WHiXOfnhCUk>.

Predlog glede uzakonitve uporabe instituta prenosa podjetja v primeru koncesij pa je izrazil tudi slovenski sindikat Pergam v svojih pripombah k osnutku ZJN-3. Glej Dopis sindikata Pergam Ministrstvu za javno upravo z naslovom Pripombe na osnutek ZJN-3, z dne 25.5.2015.

Iz sodne prakse Sodišča EU sicer jasno izhaja, da se Direktiva 2001/23/ES lahko uporablja tudi v primeru prenosa storitve v okviru postopka javnih naročil, a le če pride do prenosa gospodarske enote, ki pri tem ohrani svojo identiteto (kot je opisano zgoraj).⁵⁵

V primeru javnih naročil, v katerih javni subjekt oddaja storitev, za katero so ključni delavci (na primer čiščenje, varovanje), je torej uporaba instituta spremembe delodajalca odvisna od tega, ali izvajalec prevzame (zaposli) delavce naročnika. Do tega nedvomno pride v primeru, ko naročnik obveznost prevzema delavcev določi v razpisni dokumentaciji. V razpisnih pogojih oziroma v pogodbi o opravljanju storitve določena obveznost prevzema delavcev sicer ni pogoj za to, da se v primeru storitev, kjer so ključni delavci, uporabi institut spremembe delodajalca. Kot izhaja iz odločitve Sodišča EU v zadevi *Süzen*, je odločilno, ali novi izvajalec storitve dejansko zaposli bivše delavce naročnika oziroma dosedanega izvajalca. Ker pri enostavnih delih (čiščenje, varovanje) izbrani izvajalec storitev praviloma ni zainteresiran za zaposlitev naročnikovih delavcev, v primerih, ko to ni obvezno (ker ni določeno v razpisnih pogojih), praviloma ta pogoj ne bo izpolnjen. Na podlagi takšne razlage direktive 2001/23/ES, se ravno za tiste delavce, ki so najbolj potrebni varstva, direktiva (in s tem nacionalna ureditev spremembe delodajalca, ki se mora razlagati v duhu direktive) ne uporablja. Le če novi izvajalec storitve prevzame večino delavcev naročnika, se bodo uporabila pravila glede spremembe delodajalca, kar pomeni, da bo moral delodajalec prevzeti vse delavce (ne le večino), prav tako pa prevzetim delavcem ne bo smel znižati pogodbenih in drugih pravic, ki so jih imeli pri naročniku.

Države članice lahko področje spremembe delodajalca, tudi v povezavi z outsourcingom, uredijo ugodneje od direktive. V nekaterih pravnih sistemih je tako bodisi z zakonom ali s kolektivnimi pogodbami na ravni dejavnosti določena obveznost pogodbenega izvajalca dejavnosti, da prevzame naročnikove delavce. V tem primeru je pogoj ohranitve identitete podjetja izpolnjen, in za delavce se uporabljajo pravila v zvezi s spremembo delodajalca, kot izhajajo iz direktive in nacionalne zakonodaje.⁵⁶

⁵⁵ Glej zadevo *Liikene* (C-172/99; 25. 1. 2001).

⁵⁶ Tak primer je zakonska ureditev v Veliki Britaniji (TUPE), in kolektivne pogodbe dejavnosti (na primer varovanja) v Španiji. Glej Senčur Peček D., 2012; Cardo I. R., Alonso D. A., 2022, str. 499. Glej tudi odločitve SEU v zadevi *Somoza Hermo*, C-60/17, 11. 7. 2018.

V primeru, ko se pri outsourcingu pravila spremembe delodajalca uporabljajo, to za delavce naročnika pomeni ohranitev zaposlitve (pri izvajalcu storitve), ohranitev pravic iz pogodb o zaposlitvi in vsaj eno leto še ohranitev pravic iz kolektivnih pogodb, ki so zavezovale naročnika.⁵⁷

4.3. Navidezni outsourcing (prikrito posredovanje delavcev)

Pri outsourcingu gre za to, da naročnik opravljanje določene dejavnosti oziroma del s sklenitvijo gospodarske pogodbe (pogodbe o poslovnem sodelovanju, podjemne pogodbe) prenese na zunanjega izvajalca. Ta zunanji izvajalec, praviloma specializiran za tovrstno dejavnost, je v celoti odgovoren za izvedbo posla, on je tisti, ki organizira delo, in s svojimi delavci in opremo opravlja delo oziroma izvaja storitve za naročnika.⁵⁸ Če delavci izvajalca storitve svoje delo opravljajo po navodilih in pod nadzorom svojega delodajalca, se vprašanje, kdo je dejanski delodajalec ne postavlja, pa čeprav delavci delo opravljajo v prostorih naročnika.

Tako v Sloveniji kot v drugih državah pa je v praksi zaslediti tudi primere t.i. navideznega outsourcinga, ko se razmerje navzven prikazuje kot opravljanje storitev (sklenjena je na primer pogodba o poslovnem sodelovanju), dejansko pa gre za posredovanje dela delavcev, saj ti delavci (formalno zaposleni pri izvajalcu storitve) delo opravljajo po navodilih in pod nadzorom naročnika. Izvajalec dejansko ne izvaja storitve s svojimi delavci, ampak je zgolj posrednik, ki prikriva pravega delodajalca.⁵⁹ Kot ugotavljajo slovenski inšpektorji za delo, takšno prikrito posredovanje delavcev (pod krinko izvajanja storitev) izvajajo tako delodajalci, ki niso registrirani kot agencije, pa tudi tisti, ki so status agencije formalno pridobili, a delavce posredujejo na podlagi pogodb o poslovnem sodelovanju, da bi se izognili določbam ZDR-1 in ZUTD.⁶⁰

Kot izhaja iz odločitev sodišč v več evropskih državah,⁶¹ so sodišča pri presoji vprašanja, ali gre za pravi outsourcing (ki je namenjen izvedbi storitve) ali pa se outsourcing zgolj uporablja za prikrivanje (začasnega ali trajnega) posredovanja

⁵⁷ Več o tem glej Senčur Peček D. v Bečan I. et al., 2019, str. 457 in nasl.

⁵⁸ Glej ILO (2005), str. 42, 43; Maran E., Chierigato E., 2022, str. 484.

⁵⁹ ILO (2005), str. 13; Maran E., Chierigato E., 2022, str. 485; Videbaek Munkholm N., str. 519, ILO (2016), str. 275.

⁶⁰ Glej Letno poročilo Inšpektorata za delo RS za leto 2021, str. 72 in Letno poročilo Inšpektorata za delo RS za leto 2020, str. 80.

⁶¹ Glej Maran E., Chierigato E., 2022, str. 486, Menegatti E., 2015, str. 99.

delavcev (brez da bi bila spoštovana pravila o začasnem agencijskem delu), razvila vrsto kriterijev za razmejitve. Kot ključnega štejejo kriterij, ki se nanaša na dajanje navodil in nadzor nad delavci zunanjega pogodbenika (če je to v domeni naročnika, gre za posredovanje delavcev, če pa ima dejanski nadzor izvajalec storitve, gre za izvajanje storitev), pri čemer izpostavljajo, da je pogosto težko presoditi, ali naročnikova navodila kažejo na njegovo delodajalsko pristojnost, ali gre le za določitev rezultata, torej kakšna naj bo storitev. Kot dodatni kriterij se upošteva tudi, ali je izvajalec storitve odgovoren za rezultat (in nosi poslovni riziko) in ali je prost pri organiziranju izvajanja storitve. V primeru ko gre za dejavnosti, kjer navodila s strani delodajalca niso relevanten kriterij,⁶² italijanska sodišča upoštevajo tudi kriterij, ali ima izvajalec storitve profesionalne izkušnje v zvezi s tovrstnimi deli oziroma, ali sodi izvajanje tovrstnih storitev med običajne dejavnosti tega podjetja.⁶³ Podobno je nemško zvezno delovno sodišče kot pogoj za to, da gre za dejansko opravljanje storitve (na podlagi podjemne pogodbe) štelo, ali ima izvajalec storitve ustrezno podjetniško oz. organizacijsko strukturo, ki omogoča izvedbo storitve, ki je predmet podjemne pogodbe.⁶⁴

Španska delovna zakonodaja (upoštevaje predhodno sodno prakso španskega vrhovnega sodišča) določa domnevo, da ne gre za opravljanje storitev, ampak za nezakonito posredovanje dela delavcev, če je izpolnjena ena od naslednjih okoliščin: predmet pogodbe o opravljanju storitev je zgolj posredovanje delavcev; izvajalec storitve (podizvajalec) nima ločene ekonomske aktivnosti oziroma lastne stabilne organizacije oziroma nima sredstev in resursov za samostojno opravljanje dejavnosti; izvajalec storitve (podizvajalec) ne izvaja pristojnosti, ki so značilne za dejanskega delodajalca (dajanje navodil in nadzor delavcev, določanje plač, odločitve o zaposlovanju in odpuščanju).⁶⁵

Slovenski ZUTD, ki je bil leta 2013 med drugim spremenjen z namenom jasnejše razmejitve med posredovanjem delavcev in opravljanjem storitev na podlagi civilnopravne pogodbe,⁶⁶ v 163. členu določa, da gre za zagotavljanje oziroma posredovanje dela delavcev, kadar »delavec delo opravlja pod nadzorom in v

⁶² Ker gre za enostavna dela – na primer pri čiščenju ali na primer za kreativna, intelektualna dela, ki zahtevajo samostojnost.

⁶³ Menegati E., 2015, str. 98.

⁶⁴ Glej sodbo BAG, 9 AZR 133/16 iz leta 2017.

⁶⁵ Cardo I. R., Alonso D. A., 2022, str. 501.

⁶⁶ Glej Predlog zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o urejanju trga dela, EVA 2013-2611-0073, z dne 2. 10. 2013.

skladu z navodili uporabnika ali pretežno uporablja sredstva za opravljanje dela, ki so del delovnega procesa uporabnika«. ⁶⁷

Vrhovno sodišče RS je v svetovalnem mnenju z dne 5. 10. 2021⁶⁸ odgovorilo na vprašanje, ali je pri poslovnem modelu, v katerem so izvajalci pristaniških storitev (IPS) za naročnika izvajali prekladalne in druge storitve na podlagi podjemnih pogodb, res šlo za opravljanje storitev po podjemni pogodbi ali za protipravno posredovanje dela delavcev. Delavci, zaposleni pri IPS so delo osebno in nepretrgano opravljali v organiziranem delovnem procesu naročnika in z delovnimi sredstvi naročnika. VSRS je pri odgovoru izhajalo iz bistvene značilnosti podjemne pogodbe (opredeljene v 619. členu Obligacijskega zakonika, OZ)⁶⁹, ki je v tem, da podjemnik opravi določen posel in iz značilnosti posredovanja dela delavcev (kot izhajajo iz 62. člena ZDR-1 in 163. člena ZUTD), kjer je bistvo pogodbene obveznosti v tem, da uporabniku zagotovi potrebno število delavcev.⁷⁰ Ugotovilo je, da v konkretnem primeru predmet pogodbene obveznosti ni bil opravljanje posla, pač pa zagotavljanje določenega števila delavcev, pri čemer je naročnik izvajalcu dnevno naročal število delavcev (glede na obseg delovnega procesa), delavci pa so delali pri naročniku v njegovem organiziranem procesu, po njegovem tehnološkem postopku in z njegovimi delavci (delovodji, disponenti, skladiščniki itd.). V razmerju med naročnikom in IPS ni našlo elementov podjemne pogodbe, pač pa elemente dogovora o posredovanju dela delavcev naročniku (v smislu 2. odstavka 62. člena ZDR-1). VSRS je tako na zastavljeno vprašanje odgovorilo, da gre pri obravnavanem poslovnem modelu vsebinsko za posredovanje dela delavcev (in ne za opravljanje storitev).

Za primer navideznega outsourcinga, ki je dejansko posredovanje delavcev, pri katerem se ne spoštujejo pravila o začasnem agencijskem delu, so v posameznih nacionalnih pravnih sistemih praviloma določene prekrškovne, (lahko pa tudi kazenske) sankcije.⁷¹

⁶⁷ Podobno (a z upoštevanjem več kriterijev) avstrijski zakon o začasnem agencijskem delu v 4. členu določa, da se razmerje ne šteje za opravljanje storitev, ampak za posredovanje delavcev, če je izpolnjen en od naslednjih kriterijev: delavci izvajalca storitve ne sodelujejo pri izvedbi nobenega izdelka ali storitve, ki bi bila ločena od tistega, ki se izvaja za naročnika; dela v glavnem ne izvajajo s sredstvi in opremo izvajalca storitve; vključeni so v proces naročnika in so pod njegovim nadzorom; izvajalec storitve ne nosi odgovornosti za uspešno izvedbo dela (storitve). Glej 4 tudi Maran E., Chierigato E., 2022, str. 486.

⁶⁸ Sklep VIII SM 2/2021 iz 5. 10. 2021.

⁶⁹ Uradni list RS, št. 83/2001, s spremembami in dopolnitvami.

⁷⁰ Glej točki 6 in 7 svetovalnega mnenja.

⁷¹ Glej na primer Menegatti E., 2015, str. 99.; Ray J.-E., Rojot J., 2015, str. 171. Tudi slovenska

Prav tako se v skladu z načelom prednosti dejstev (vsebine pogodbenega razmerja) v kontinentalnih pravnih sistemih v primerih, ko direkcijsko in nadzorno oblast delodajalca dejansko izvaja pravni subjekt, ki ni formalni delodajalec, za delodajalca šteje dejanski in ne formalni delodajalec.⁷² V teh pravnih sistemih tako sodišča v primeru navideznega outsourcinga na zahtevo delavcev ugotovijo obstoj delovnega razmerja med delavcem in naročnikom (oziroma lahko delavec izbira, pri katerem od delodajalcev bo vzpostavljeno delovno razmerje za nedoločen čas).⁷³

Prve takšne odločitve, s katerimi je bil na podlagi načela prednosti dejstev kot delodajalec prepoznan pravni subjekt, ki ni bil formalni delodajalec, je decembra 2022 sprejelo tudi VSRS.⁷⁴ V zvezi z istim poslovnim modelom, o katerem je sprejelo prej omenjeno svetovalno mnenje, je odločilo, da je delavčev dejanski delodajalec naročnik (in ne formalni delodajalec – navidezni izvajalec storitev).

Kljub temu, da je VSRS v svojih odločitvah izrecno navedlo, da formalna pogodba o zaposlitvi ne more imeti prednosti pred obstojem delovnega razmerja delavca pri dejanskem delodajalcu, pa je delavcem delovno razmerje pri dejanskem delodajalcu priznalo le v obdobju, ko (več) niso bili v delovnem razmerju pri formalnem delodajalcu, ne pa tudi za nazaj (v času, ko so bili v delovnem razmerju s formalnim delodajalcem). Sodišče to odločitev utemeljuje z obstoječo sodno prakso (oblikovano v zvezi z ugotovitvijo nezakonitosti odpovedi pogodbe o zaposlitvi), na podlagi katere za isto obdobje delavcu ni mogoče priznati delovnega razmerja pri drugem delodajalcu (ki bi prekrilo obstoječe razmerje). Prav tako sodišče meni, da gre tu za drugačno situacijo kot v primeru ugotovitve obstoja delovnega razmerja pri osebi, ki je bila formalno v statusu samozaposlene osebe (kjer gre za soočanje dveh statusov).⁷⁵

zakonodaja zagotavljanje dela delavcev s strani subjekta, ki ni registriran kot agencija opredeljuje kot prekršek (179. člen ZUTD), prav tako pa stori prekršek uporabnik, če sprejme delavce, napotene s strani subjekta, ki ni agencija (178. člen ZUTD). V obeh primerih je predvidena visoka globa. Prav tako je kot prekršek opredeljeno ravnanje delodajalca, ki napotuje delavce, če jim ne zagotovi pravic, kot jim jih zagotavlja ZDR-1 (177. člen ZUTD) in uporabnika, če v času napotitve ne ravna v skladu z ZDR-1 (178. člen ZUTD).

⁷² Corazza L., Razollini O., 2014, str. 5.

⁷³ Glej Maran E., Chierigato E., 2022, str. 487; Menegatti E., 2015, str. 99; Cardo I. R., Alonso D. A., str. 501, Ray J.-E., Rojot J., 2015, str. 169.

⁷⁴ Dne 13. decembra 2022 je bila sprejeta sodba in sklep VIII Ips 9/2002, nato pa je bilo 20. decembra 2022 in kasneje sprejetih več odločitev v zvezi z istim poslovnim modelom (na primer sodba in sklep VIII Ips 19/2022, in druge).

⁷⁵ Glej točko 22 obrazložitve odločitve v zadevi VIII Ips 9/2022 in 16. v zadevi 19/2022.

Čeprav VSRS delavcem delovnega razmerja z dejanskim delodajalcem ne priznava za nazaj (za ves čas navideznega izvajanja storitev), pa dejanskemu delodajalcu za to celotno obdobje nalaga solidarno odgovornost za plačilo razlike premalo izplačane plače in drugih prejemkov iz delovnega razmerja, vključno z davki in prispevki.⁷⁶

Omenjene odločitve VSRS so izjemnega pomena za razvoj pojma delodajalca. Mogoče jih je primerjati z odločitvijo VSRS, s katero je bilo pred skoraj dvajsetimi leti stevardesam, ki so delo opravljale na podlagi študentskih napotnic, priznan status delavk.⁷⁷ A podobno kot se je sodna praksa v zvezi z obstojem delovnega razmerja nadgrajevala in razvijala (šele sčasoma se je uveljavilo stališče, da je možen hkraten obstoj dveh statusov -statusa samozaposlene osebe in naknadno ugotovljen status delavca), je pričakovati, da se bo nadgrajevala tudi ta v zvezi s pojmom delodajalca. Ni videti razloga za to, da se po načelu prednosti dejstev status dejanskega delodajalca ne bil priznal za ves čas obstoja okoliščin, zaradi katerih je bil ta status ugotovljen. Od ustaljene sodne prakse (razvite na drugem področju – v zvezi z nezakonitostjo odpovedi) je mogoče odstopiti. Prav tako ovira za vzpostavitev delovnega razmerja z dejanskim delodajalcem (za nazaj) ne more (oz. ne sme) biti v morebitni trenutni zakonski ureditvi (oziroma praksi) na področju socialnih zavarovanj.

Kot ustreznega rešitev se tudi tu kaže, v slovenski teoriji⁷⁸ že predlagana dopolnitev ZUTD po vzoru nemške zakonodaje,⁷⁹ s katero bi se za primer prikritega

⁷⁶ Glej točko 23 obrazložitve odločitve v zadevi VIII Ips 9/2022 in 17 v zadevi 19/2022.

⁷⁷ Glej sklep VSRS VIII Ips 129/2006 iz 18. 12. 2007.

⁷⁸ Kresal Šoltes K., 2020, str. 287; Senčur Peček D., 2015, str. 1202.

⁷⁹ Upošteva 1. člen nemškega zakona o začasnem agencijskem delu (AÜG) gre za posredovanje delavcev, če so delavci vključeni v organizacijski proces uporabnika in podvrženi njegovim navodilom. Prav tako je v 1. odstavku 1. člena določena obveznost agencije, da v pogodbi z uporabnikom izrecno navede, da gre za agencijsko delo in podatke o delavcih, katerih delo se posreduje. 12. člen AÜG določa, da se v primeru, če si pogodba med agencijo in uporabnikom in dejansko izvajanje pogodbe nasprotujeta, za kvalifikacijo razmerja upošteva dejansko izvajanje pogodbe. Če je bila sklenjena navidezna podjemna pogodba, ki je prikrivala dejansko posredovanje delavcev, je ta glede na 117. člen nemškega civilnega zakonika (BGB) nična, glede pogodbe o posredovanju delavcev pa se uporabljajo pravila AÜG. Ta pa v 9. členu določa, da je pogodba o zaposlitvi med agencijo in delavcem nična, če v pogodbi med agencijo in uporabnikom ni bilo izrecno opredeljeno, da gre za posredovanje dela delavcev. Iz 10. člena izhaja, da se v primeru ničnosti pogodbe o zaposlitvi med delavcem in izvajalcem storitve, šteje, da obstaja delovno razmerje med delavcem in naročnikom (za celotno obdobje napotitve). Ugotovitev ničnosti delovnega razmerja z agencijo in obstoj delovnega razmerja z uporabnikom/naročnikom lahko zahteva delavec, pa tudi svet delavcev. Glej Blanke A.,

posredovanja delavcev (podobno kot za nezakonito posredovanje) izrecno določila ničnost pogodbe o zaposlitvi med delavcem in agencijo in hkrati domneva obstoja delovnega razmerja med delavcem in naročnikom, za celotno obdobje navidezne napotitve. Kot primer dobre prakse je mogoče navesti tudi podobno rešitev iz španske delovne zakonodaje.⁸⁰

4.4. En ali več nosilcev delodajalskih obveznosti

Tudi ko ne gre za navidezni outsourcing (kjer so delodajalske pristojnosti v glavnem v rokah naročnika - dejanskega delodajalca, ki je skrit za formalnim delodajalcem), ampak za dejansko opravljanje storitev, ki jo za naročnika izvajajo delavci zunanjega pogodbenika, dejstvo, da gre za tristrano razmerje vpliva na položaj delavcev, saj imajo naročniki praviloma določen vpliv na delovne pogoje delavcev.⁸¹

Zato je pritrditi stališču, da delodajalec ni nujno (le) pravni ali fizični subjekt, s katerim je delavec sklenil pogodbo o zaposlitvi. V primerih pogodbenih razmerij, v katerih so delodajalske pristojnosti (v različnem razmerju) razdeljene med dva ali več pravnih subjektov (kar se dogaja tudi pri outsourcingu in podizvajalstvu), priznavanje delodajalskega položaja le tistemu, ki je z delavcem v formalnem pogodbenem razmerju, ni ustrezno, saj ne upošteva dejanskih delodajalskih pristojnosti, ki jih ima drugi subjekt (naročnik, glavni izvajalec).⁸²

Možnosti ureditve delodajalskih obveznosti v tristranih delovnih razmerjih so različne (in v teoriji delovnega prava natančno utemeljene) – od določitve solidarne (skupne) odgovornosti obeh delodajalcev (na primer naročnika in izvajalca), delitve posameznih delodajalskih obveznosti med njiju ali določitve polne odgovornosti enega (formalnega delodajalca) in subsidiarne odgovornosti drugega (naročnika).⁸³

Bourguignon H., Arbeitnehmerüberlassung, <https://www.business-wissen.de/artikel/arbeitnehmerueberlassung-werkvertrag-und-leiharbeit-unterscheiden/>

⁸⁰ Delavec se lahko odloči za pogodbo o zaposlitvi za nedoločen čas bodisi pri naročniku ali izvajalcu storitve, oba (naročnik in izvajalec storitve) pa sta solidarno odgovorna za vse delodajalske obveznosti z vidika delovnega prava in socialnih zavarovanj. Glej Cardo I. R., Alonso D. A., 2022, str. 501.

⁸¹ ILO (2018), str. 2.; tudi Menegatti E., 2015, str. 99, ILO (2005), str. 14.

⁸² Glej Fudge J., 2006; Prassl J., 2015.

⁸³ Glej Davidov G., 2015, str. 17; Corazza L, Razzolini O, 2014. Prassl J., 2015.

Čeprav evropski kontinentalni pravni sistemi temeljijo na konceptu enotnega (enega) delodajalca – subjekta, ki je z delavcem sklenil pogodbo o zaposlitvi,⁸⁴ se na posameznih področjih pri tristranih delovnih razmerjih že uveljavljajo nekatere od navedenih rešitev, tako na ravni EU, kot v posameznih nacionalnih ureditvah.⁸⁵ V primeru outsourcinga in podizvajalstva je to predvsem določitev odgovornosti naročnikov in glavnih izvajalcev v zvezi z zagotavljanjem varnosti in zdravja pri delu in zagotavljanjem plač.

V zvezi z zagotavljanjem varnosti in zdravja pri delu je pomembna v Direktivi 89/391/EGS⁸⁶ določena obveznost več delodajalcev, ki si delijo delovišče, da sodelujejo pri izvajanju določb v zvezi z zagotavljanjem varnosti in zdravja pri delu ter usklajujejo svoje ukrepe, ki se uporablja tudi v primeru podizvajalskih razmerij.⁸⁷ Podobno kot v drugih zakonodajah,⁸⁸ se tudi v slovenski kot delodajalca ne opredeljuje le osebe, ki ima z delavcem sklenjeno pogodbo o zaposlitvi, ampak tudi druge subjekte, ki dejansko organizirajo delo in bi morali zagotoviti varne pogoje dela (na primer izvajalec za delavce podizvajalca).⁸⁹

Na področju čezmejnega opravljanja storitev Direktiva 2014/67/EU⁹⁰ nalaga državam članicam, da določijo (izključno ali subsidiarno) odgovornost pogodbenika, katerega neposredni podizvajalec je delavčev delodajalec (se pravi naročnika ali izvajalca), za neplačane plače in prispevke za socialna zavarovanja delavcev v podizvajalskih verigah v gradbeništvu. Slovenski Zakon o čezmejnem izvajanju storitev (ZČMiS)⁹¹ tako v prvem odstavku 16. člena določa

⁸⁴ Za razliko od ZDA (in drugih common law sistemov), kjer je uveljavljen pluralni model delodajalca. V ZDA je to t.i. doktrina skupnih delodajalcev ali so-delodajalcev (t.i. »joint employer doctrine«). Glej Corazza L., Razzolini O., 2014, str. 9.

⁸⁵ Corazza L., Razollini O., 2014, str. 14-16; Countouris N., De Stefano V., 2019, str. 61, Menegatti E., 2015, str. 104, Maran E., Chierigato E., 2022, str. 487.

⁸⁶ Direktiva Sveta z dne 12. junija 1989 o uvajanju ukrepov za spodbujanje izboljšav varnosti in zdravja delavcev pri delu, UL L 183, 29.6.1989, str. 1-8; člen 6(4).

⁸⁷ Maran E., Chierigato E., 2022, str. 487. Podobno določa Konvencija MOD št. 155 o varnosti in zdravju pri delu.

⁸⁸ Glej Menegatti E., 2015, str. 105 in naslednje; Cardo I. R., Alonso D. A., 2022, str. 498.

⁸⁹ Glej 1. točko 3. člena Zakona o varnosti in zdravju pri delu (ZVZD-1, Uradni list RS, št. 43/2011) in Sklep VS RS II Ips 210/2010 iz 25. 7. 2013.

⁹⁰ Direktiva 2014/67/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 15. maja 2014 o izvrševanju Direktive 96/71/ES o napotitvi delavcev na delo v okviru opravljanja storitev in spremembi Uredbe (EU) št. 1024/2012 o upravnem sodelovanju prek informacijskega sistema za notranji trg (uredba IMI), UL L 159, 28.5.2014, str. 11-31.

⁹¹ Uradni list RS, št. 10/2017, s spremembami in dopolnitvami.

subsidiarno odgovornost domačega naročnika (izvajalca) za plače delavcev tujega podizvajalca.

Medtem ko je v Sloveniji odgovornost izvajalca (naročnika) za plače delavcev podizvajalca omejena na čezmejne podizvajalske verige, in le na sektor gradbeništva (v skladu z izpolnitvijo obveznosti iz direktive), je v več evropskih državah najti širšo opredelitev tovrstne obveznosti naročnika (izvajalca).⁹² Kot primer je mogoče izpostaviti italijansko ureditev, kjer so naročniki/glavni izvajalci solidarno odgovorni za obveznosti izvajalcev/podizvajalcev glede plač (tudi odpravin) in prispevkov za socialna zavarovanja za njihove delavce.⁹³

Prav tako je kot primer dobre prakse šteti posebno ureditev odgovornosti naročnika (izvajalca) v razmerju do delavcev izvajalca (podizvajalca) v primerih, ko predmet outsourcinga oziroma podizvajalskih verig niso stranske, pomožne dejavnosti, ampak gre za dejavnosti, ki so del temeljne dejavnosti naročnika.⁹⁴ Na tak način se skuša preprečiti obid minimalnih delovnopravnih standardov, do česar pogosto pride v takšnih razmerjih.⁹⁵ Tovrstno ureditev je najti na primer v španskem pravnem sistemu, kjer se vprašanje, ali gre za outsourcing oz. podizvajalstvo dejavnosti, ki sodi v glavno dejavnost naročnika, presoja v vsakem posamičnem primeru. Zanimivo je, da se v tej zvezi posebej izpostavlja primer outsourcinga čiščenja v hotelirskem sektorju, ki je aktualen tudi v Sloveniji.⁹⁶ V španskem sistemu je v primeru outsourcinga dejavnosti, ki sodi h glavnim dejavnostim naročnika, naročnik (glavni izvajalec) solidarno odgovoren za plače delavcev (pod)izvajalcev in za plačilo njihovih prispevkov za socialna zavarovanja, prav tako lahko delavski predstavniki ukrepajo proti naročniku, izvajalcem in podizvajalcem skupaj, v primeru ko delavci podizvajalca nimajo

⁹² ILO (2016), str. 278, 279.

⁹³ Obveznost se nanaša na obdobje izvajanja pogodbe in še dve leti po tem. Glej Menegatti E., 2015, str. 104.

⁹⁴ Glede italijanske in španske ureditve glej Menegatti E., 2015, str. 105 in naslednje; Cardo I. R., Alonso D. A., 2022, str. 497. Takšno ureditev je najti tudi v drugih državah. Glej ILO (2016), str. 279.

⁹⁵ Če v primeru outsourcinga stranskih dejavnosti naročniki kot razlog navajajo dejstvo, da se bodo osredotočili na glavno dejavnost, stranske pa prepustili specializiranim podjetjem, je lahko v teh primerih namen outsourcinga samo znižanje stroškov.

⁹⁶ Outsourcing čiščenja v hotelirskem sektorju se navaja kot primer običajno stranske dejavnosti, ki v tem primeru sodi h glavni dejavnosti naročnika, pa tudi kot primer dejavnosti, v zvezi s katero (glede na špansko sodno prakso) pogosto prihaja do navideznega outsourcinga.

svojih predstavnikov, pa njihove zahteve v zvezi z delovnimi pogoji (na skupnem delovnem mestu) uveljavljajo predstavniki delavcev naročnika.⁹⁷

Naslednji korak k uveljavitvi odgovornosti naročnikov (multinacionalnih) za zagotovitev pravic delavcev podizvajalcev v njihovih podizvajalskih verigah (t.i. vrednostni verigi) pomeni predlog Direktive Evropskega parlamenta in Sveta o skrbnem pregledu v podjetjih glede trajnosti in spremembi direktive (EU) 2019/1937.⁹⁸

Da delodajalske obveznosti niso nujno omejene na en sam subjekt, kaže tudi novejša direktiva (EU) 2019/1152,⁹⁹ ki v 5. točki 1. člena navaja, da lahko države članice določijo, katere osebe so odgovorne za izvajanje obveznosti delodajalca iz direktive, prav tako lahko izpolnjevanje obveznosti iz direktive v celoti ali delno naložijo fizični ali pravni osebi, ki ni stranka v delovnem razmerju.

Nedvomno se bo koncept delodajalca v tristranih delovnih razmerjih razvijal tako na ravni EU, kot na nacionalni ravni. Podobno kot so se delodajalske obveznosti razdelile med agencijo in uporabnika, uporabniku (ki ni formalni delodajalec) pa se je naložilo odgovornost za določene obveznosti do delavcev, bi bilo treba na ustrezen način zakonsko urediti delodajalske obveznosti tudi v primeru outsourcinga/podizvajalstva (pa tudi drugih tristranih razmerjih). Pri tem bi slovenski zakonodajalec lahko upošteval izkušnje nekaterih evropskih držav, kjer tovrstna ureditev že obstaja.

5. SKLEPNO

Pravni subjekti imajo pravico organizirati svoj poslovni proces tako, kot je to zanje najbolj ustrezno, tudi z zakonito uporabo poslovnih modelov, ki pripeljejo do tristranih delovnih razmerij. Delovno pravo pa mora tudi v teh primerih varovati delavce, tako da ustrezno opredeli delodajalske obveznosti in subjekt oziroma subjekte, ki morajo te delodajalske obveznosti izpolnjevati v razmerju do delavcev.

⁹⁷ Cardo I. R., Alonso D. A., 2022, str. 498-499.

⁹⁸ Bruselj, 23.2.2022 COM(2022) 71 final. Glej člen 1 in člen 3e., kjer je kot »poslovni odnos« opredeljen tudi odnos z izvajalcem oziroma podizvajalcem.

⁹⁹ Direktiva (EU) 2019/1152 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 20. junija 2019 o preglednih in predvidljivih delovnih pogojih v Evropski uniji, UL L 186, 11.7.2019, str. 105-121.

LITERATURA IN VIRI

- Barnard C., *EU Employment law*, Oxford, 2012
- Bečan I. et al., *Zakon o delovnih razmerjih s komentarjem*, Ius Software, GV Založba, Ljubljana, 2019.
- Cardo I. R., Alonso D. A., Multiparty work relationships in Spain: legal provisions and emerging trends, *European Labour Law Journal*, 13/2022, str. 492-514.
- Collins H, Independent contractors and the challenge of vertical disintegration to employment protection law, *Oxford Journal of Legal Studies*, 3/1990, str. 353-380.
- Corazza L., Razollini O., Who is an Employer, Center for the study of European Labour Law, »Massimo D'Antona«, working paper, WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT 110/2014, <https://csdle.lex.unict.it/working-papers/wp-csdle-m-dantona-int/who-employer>
- Countouris N., De Stefano V., New trade union strategies for new forms of employment, ETUC, Brussels, 2019.
- Davidov G., Indirect employment: Should lead companies be liable, *Comparative Labour Law&Policy Journal*, 1/2015 (Vol 37, Issue 1), str. 5-36.
- Fudge J., Fragmenting work and fragmenting organizations: The contract of employment and the scope of labour regulation, *Osgoode Hall Law Journal*, 4/2006, str. 610-648.
- ILO (2018) Multi-party work relationships; concepts, definitions and statistics, ICLS/20/2018/ Room document 9, 20th International Conference of Labour Statisticians, Geneva
- ILO (2016) Non-standard employment around the world: Understanding challenges, shaping prospects, International Labour Office, Geneva.
- ILO (2005), The employment relationship, Report V(1), International Labour Conference, 95th Session, Geneva.
- ILO (2003) The scope of employment relationship, Report V, International Labour Conference, 91th Session, Geneva
- Končar P., Ureditev zagotavljanja začasnega dela in vpliv direktive 2008/104/ES, *Delavci in delodajalci*, 2-3/2012, str. 143-159.
- Kresal B., Primerljivost delovnopravnega varstva v različnih oblikah zaposlitve, *Delavci in delodajalci*, 2-3/2012, str. 245-262.
- Kresal Šoltes K. et al., *Prekarno delo: Multidisciplinarna analiza*, Pravna fakulteta, Ekonomska fakulteta, Ljubljana, 2020.
- Kresal Šoltes K., Prepoved nadomeščanja stalnih zaposlitev z zunanjimi delavci – primer začasnega agencijskega dela, *Delavci in delodajalci*, 2-3/2020, str. 275-292.
- Kresal Šoltes K., Razmejitev obveznosti med agencijo in podjetjem uporabnikom ter načelo enakega obravnavanja – je lahko model tudi za druge nestandardne oblike dela?, *Delavci in delodajalci*, 2-3/2017, str. 199-220.
- Maran E., Chierigato E., Multiparty work relationships across Europe: A comparative overview, *European Labour Law Journal*, 13/2022, str. 474-491.
- Menegatti E., Mending the fissured workplace: The solutions provided by Italian law, *Comparative Labour Law&Policy Journal*, 1/2015 (Vol 37, Issue 1), str. 91-119.
- Mori A., Outsourcing public services: local government in Italy, England and Denmark, v

Drahokoupil J. (ed.), The outsourcing challenge: organizing workers across fragmented production networks, ETUI, Brussels, 2015.

- Prassl J., The concept of the employer, Oxford university press, 2015.
- Ray J.-E., Rojot J., The fissured workplace in France, *Comparative Labour Law&Policy Journal*, 1/2015 (Vol 37, Issue 1), str. 163-180.
- Senčur Peček D., Franšizing in delovna razmerja, *Delavci in delodajalci*, 2-3/2018, str. 233-252.
- Senčur Peček D., Neuporaba in spremenjena uporaba institutov delovnega prava, *Podjetje in delo*, 6-7/2015, str. 1191-1207.
- Senčur Peček D., Delavci - zunanji izvajalci?, *Delavci in delodajalci*, 2-3/2012, str. 223-244.
- Senčur Peček D., Laleta S., Kraljič S., Labour law implications of outsourcing in public sector, *Lex localis*, 3/2017, str. 705-723.
- Videbaek Munkholm N., Multiparty work relationships in Denmark: The active role of social partners, *European Labour Law Journal*, 13/2022, str. 515-529.
- Waas B., Reconsidering the Notion of Employer in the Era of the Fissured Workplace: Should Labour Law Responsibilities Exceed the Boundaries of the Legal Entity?, JILPT Report No 15, The Japan Institute for Labour Policy and Training, 2016, str. 95-114.
- Weil D., The fissured workplace: Why work became so bad for so many and what can be done to improve it, Harvard University Press, 2014.

Multiparty Employment Relationships regarding Recent Case - Law and De Lege Ferenda

Darja Senčur Peček*

Summary

In recent years, the expansion of temporary agency work, outsourcing, franchising and similar business models have also been noticed in Slovenia. It is part of a trend that in theory of labour law is referred to as vertical disintegration of companies. Employers who once employed workers directly transfer certain work on the basis of different contracts to external contractors or their workers. This reduces their costs while avoiding employer obligations. Since these contractual partners are often smaller, less stable entities operating under conditions of strong competition and under real pressure from leading companies (contracting entities) often not bound by collective agreements, the situation of employees is often worse than that of the employees employed by the contracting company.

Vertical disintegration of the companies results in a so-called tripartite (or possibly also multilateral) contractual relationship involving the worker, his employer and a third party (the contracting company – the legal entity for which the work is carried out). Tripartite employment relationships vary, but can be grouped into different categories according to their characteristics. The first one thus includes business models aimed at providing workers to the contracting company.

In Slovenia too, the most important, widely established and legally regulated form of such a relationship is temporary agency work. A characteristic feature of this model is that the workers are employed by an agency, which temporarily provides their work to users. During the period when they work for the user, workers are involved in the user's work process and work according to his instructions. The second group includes business models designed to provide the customer with a provision of services. It mainly involves outsourcing – a contractual transfer of certain (as a rule supportive) activities or functions to an outside contractor. A key feature of this model, which distinguishes it from the provision of workers, is that, even if the service is provided on the premises of the contracting company, the

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

organisation of the work itself and the control of workers remain in the hands of the contractor. The third group could include other models such as franchising, supply chains, etc.

The paper addresses some of the key labour issues raised in relation to tripartite employment relationships, in particular with regard to temporary agency work and outsourcing. Among them is the question of whether, in the case of outsourcing, workers who have so far carried out work, and who have been transferred to an external contractor, are protected by the rules on the change of employer.

In cases of contractual relations in which employers' powers are divided (in different proportions) between two or more legal entities, the recognition of an employer's authority only to the one which is in a formal contractual relationship with the worker often does not cover the effective employer's powers of the other entity (which is not recognised as an employer).

In that regard, therefore, the question arises whether the employers' obligations should not be divided between the formal employer and the contracting company or to the imposition of liability on the part of the contracting company for (certain) obligations of the formal employer. While, in the case of temporary agency work, this is regulated at EU level and consequently in the laws of all Member States, the situation is different regarding outsourcing. At the EU level and also in Slovenian legislation, only individual provisions on the liability of the contracting company are found (in the case of subcontractors in relation to safety and health at work, in the case of posted workers also regarding the pay). Unlike some other national regulations, the Slovenian legislation does not cover the issues of outsourcing and worker protection (except in the context of the employer change). A special problem presents the growing number of cases in which a formal form of contractual relationship is used to conceal another form of contractual relationship; so it must be determined whether the formal employer is also the actual employer. This also applies to the business model of outsourcing, in which the formal service provider is not transferred to the activity (service) as are the functions of staffing, dismissal, payment of workers, whereby the workers carry out their work permanently with the contracting company, under its supervision and its direction. This business model is therefore not about providing services, but about the provision of workers' work, and the rules of agency work are not respected. This happens despite the fact that the laws, including Slovenian legislation, govern the demarcation between agency work and the provision of services. As a result of such apparent outsourcing, some legislations expressly

provide for the fiction of a worker's employment with a contractor. Even where there is no such explicit provision, by way of the merits of the facts, the court may decide accordingly. Several such decisions have also recently been taken by the Supreme Court of the Republic of Slovenia. A similar problem is also posed by situations where workers are referred to users by an employer other than the agency or when the agency permanently deploys workers to the user.

It can be held that legal entities have the right to organise their business process in the best way possible for them, but labour law must also protect workers in new circumstances by imposing, in whole or in part, on an entity of a tripartite relationship other than a formal employer, if it exercises employer's powers or is a de facto the employer.