

Socialno zavarovanje napotenih delavcev v zakonodaji in sodni praksi EU

Grega Strban*

UDK: 349.3:364.3:061.1EU
349.2:061.1EU

Povzetek: Napotitev delavcev na delo v drugo državo članico je zaradi domnevnih zlorab, nelojalne konkurence in socialnega dumpinga ponovno v središču pozornosti. Prispevek se omejuje na analizo pravil o povezovanju sistemov socialne varnosti v EU, ne pa tudi na napotitve delavcev v delovnem ali davčnem pravu. Preskušani so pogoji napotitve, med njimi delo za delodajalca, predhodno zavarovanje v državi pošiljateljici, časovna omejitev in prepoved veriženja napotitev, kot tudi pogoji za učinkovito upravno sodelovanje med državami članicami, ki temelji na potrdilu A1.

Ključne besede: povezovanje sistemov socialne varnosti, koordinacija, zakonodaja, ki naj se uporabi, napotitev, Uredba (ES) 883/2004

Social insurance of posted workers in the legislation and case-law of the EU

Abstract: Posting of workers between Member States has revived the interest of the legislators, also due to alleged abuses, unfair competition and social dumping. This article is limited to the analysis of social security coordination rules in the EU and does not analyse labour or tax law rules. The conditions of posting, among them activity as an employed person, prior insurance, time restraints and prohibition of chain posting, as well as conditions for effective administrative cooperation, based on Portable Document A1 are scrutinised.

Key words: social security coordination, applicable legislation, posting, Regulation (EC) 883/2004

* 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. UVODNE MISLI

Evropska unija (EU), drugače od ostalih mednarodnih organizacij, spodbuja gibanje oseb med njenimi državami članicami. Temu so namenjeni recimo programi Erasmus izmenjav in praks,¹ EURAXESS za raziskovalce,² enotna valuta (v državah enotne monetarne unije), svoboda gibanja delavcev, samozaposlenih in vseh državljanov Unije (sicer z določenimi omejitvami).³ Spodbujanje gibanja temelji na ideji, da lahko spoznavanje tuje zgodovine, jezika, kulture in običajev pripomore k dalj časa trajajočemu miru v Evropi.

V sodobni, močno gibljivi družbi Unije so nekatere omejitve, ki so posledica načela teritorialnosti (omejenosti uporabe prava socialne varnosti zgolj na ozemlje posamezne države kot odraza načela suverenosti), težko sprejemljive. Dosledna izpeljava tega načela lahko namreč pripelje do trčenja sistemov socialne varnosti različnih držav, kar lahko vodi v izgubo socialnih pravic posameznika. Temeljno človekovo pravico do socialne varnosti nedvomno uživajo tudi delavci migranti in delavci, napoteni na delo v drugo državo članico zaradi čezmejnega izvajanja storitev. Zato je treba sisteme socialne varnosti povezati (koordinirati). V nasprotnem primeru bi bila predvsem ekonomsko dejavnim osebam okrnjena pravica do socialne varnosti, zgolj zaradi gibanja v drugo državo.

Vzorci gibanja se pomembno spreminjajo. Vse manj je selitev v drugo državo članico za čas celotne ekonomske aktivnosti, kot je bilo to predvsem v času po drugi svetovni vojni. Tedaj so sistemi socialne varnosti temeljili na predpostavki tipskega moškega delavca s pogodbo o zaposlitvi za poln in vnaprej nedoločen čas pri istem delodajalcu, z določenimi družinskimi obveznostmi.⁴ Danes je vse več gibanja za krajši čas, osebe so postale zasebno in poklicno vse bolj geografsko mobilne. Poleg tega sta se spremenili tudi organizacija in narava dela. Obe okoliščini, povečana mobilnost in bolj dinamično opravljanje dela, terjata prilagoditev nacionalnih sistemov socialne varnosti, s tem pa tudi prilagoditev

¹ Več na <https://www.cmepius.si/>, april 2018.

² Več na <https://www.euraxess.si/>, april 2018 in Berghman (ur.), Schoukens (ur.) et al., 2010.

³ V 20. členu Pogodbe o delovanju EU – PDEU, UL C 202, 7. 6. 2016, str. 1-prečiščeno besedilo, je določena svoboda gibanja državljanov Unije, vendar so lahko predpisane tudi določene omejitve (zadnji odstavek 20. člena).

⁴ Temu ustreza je tudi opredelitev standardnega upravičenca v Konvenciji MOD št. 102 o minimalnih standardih socialne varnosti (67. člen, Uradni list, FLRJ-MP, 1/55 in Akt o notifikaciji nasledstva, Uradni list RS-MP, št. 54/1992).

pravil o njihovem povezovanju znotraj EU.⁵

V zadnjem času ponovno veliko pozornosti zbuja pravila o napotitvah delavcev na delo v tujino, predvsem z vidika (ne)enakega obravnavanja delavcev, nelojalne konkurence in socialnega dumpinga. Leta 2014 je bila zato sprejeta Direktiva 2014/67/EU o izvrševanju Direktive 96/71/ES⁶ o napotitvi delavcev na delo v okviru opravljanja storitev.⁷ Poleg tega je bil oktobra 2017 sprejet dogovor o dopolnitvi Direktive o napotitvah iz leta 1971. Napoteni delavci v državi gostiteljici naj ne bi bili več upravičeni le do minimalne plače, temveč do enakega plačila kot domači delavci, napotitev pa naj bi bila v delovnem pravu omejena na 12 mesecev oziroma z dovoljenjem države gostiteljice na največ 18 mesecev.⁸

Namen tega prispevka ni analizirati omenjenih predlogov sprememb,⁹ temveč pravno ureditev napotitev v pravu socialne varnosti EU, kjer se prav tako obetajo določene spremembe. Z začetkom letošnjega leta se je pri nas začel uporabljati Zakona o čezmejnem izvajanju storitev (v nadaljevanju ZčmIS),¹⁰ ki ureja napotitev delavcev (in samozaposlenih oseb) tako z vidika delovnega prava kot tudi (vsaj delno) z vidika prava socialne varnosti.

Osrednje vprašanje pričujočega prispevka je torej, kakšen je socialnopravni položaj napotenega delavca in ali obstoječa pravila še ustrezajo potrebam sodobnega časa. Določene spremembe v pravu EU povzročajo tudi odločitve Sodišča EU in področje napotitev na delo v drugo državo članico pri tem ni izje-

⁵ S koordinacijo sistemov socialne varnosti se nacionalne sisteme socialne varnosti pravno in tehnično povezuje, praviloma brez neposrednega vpliva na njihovo vsebino. Vsebinsko, kot je krog upravičenih oseb, pogoje za pridobitev, vrste in obseg pravic ter postopek njihovega uveljavljanja, še zmeraj določa zakonodajalec posamezne države članice. Povezovanje je lažje in določbe manj zahtevne, če so sistemi socialne varnosti podobni. Bolj kot so različni, bolj zapleteno je njihovo povezovanje. Bubnov Škoberne, Strban, 2010, str. 147.

⁶ Direktiva 96/71/ES z dne 16. decembra 1996 o napotitvi delavcev na delo v okviru opravljanja storitev, UL L 018, 21. 01. 1997, str. 1.

⁷ Direktiva 2014/67/EU 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.

⁸ European Council, Proposal for a Directive amending Directive 96/71/EC of The European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services - General approach, 2016/0070 (COD), Brussels, 24 October 2017.

⁹ O napotitvah delavcev z vidika delovnega prava glej npr. Risak, 2017, str. 435.

¹⁰ Glej 31. člen ZčmIS, Uradni list RS, št. 10/2017.

ma. Prispevek je osredotočen na napotitev delavcev. (Samo)napotitev samozaposlenih oseb je temu podobna in v tem prispevku ne bo podrobneje analizirana.

2. DOLOČITEV ZAKONODAJE, KI NAJ SE UPORABI

Povezovanje sistemov socialne varnosti v EU že šest desetletij¹¹ usmerja pet temeljnih načel. Nekatera so izrecno omenjena v primarnem pravu EU. Med temeljnimi načeli je načelo enakega obravnavanja državljanov Unije.¹² Na področju povezovanja sistemov socialne varnosti je to načelo razširjeno tudi na nekatere državljane tretjih držav (če zakonito bivajo in se gibljejo v EU), državljane Švice in držav Evropskega gospodarskega prostora (s katerima je EU sklenila posebni pogodbi). Med temeljnimi načeli sta tudi načelo varovanja pravic v nastajanju in varovanja pridobljenih pravic.¹³ Seveda uspešnega povezovanja sistemov socialne varnosti ne more biti brez odličnega upravnega sodelovanja med državami članicami.¹⁴

Načelo, pri katerem lahko pride do največ težav med državami članicami je načelo enotne uporabe zakonodaje.¹⁵ Vprašanje je torej, pravo katere države

¹¹ Leta 1953 so na podlagi Rimske pogodbe (o evropski skupnosti za premog 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 (številčno prvi uredbi sta urejali jezik in delovanje članov Evropskega parlamenta). Nekoliko kasneje je bila sprejeta izvedbena Uredba (EGS) 4/58, obe pa sta bili objavljeni v UL L 30, dne 16.12.1958 in sta se začeli uporabljati z začetkom leta 1959. 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 v stvarno veljavnost prava EU, torej tudi na področju prava socialne varnosti. Strban, 2011, str. 81.

¹² Glej predvsem člene 18 in naslednje ter 45 in naslednje PDEU.

¹³ Glej 48 člen PDEU, ki omenja seštevanje obdobji prebivanja, zavarovanja ali zaposlitve (varovanje pravic v nastajanju) in izvoz dajatev v drugo državo članico (varovanje pridobljenih pravic).

¹⁴ Izboljšanju izmenjave podatkov med državami je namenjen sistem elektronske izmenjave podatkov na področju socialne varnosti EESSI, <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=869&langId=en>, april 2018.

¹⁵ Tudi Sodišče EU je, npr. v zadevi C-71/93 *Van Poucke*, EU:C:1994:120, poudarilo, da pravila Uredbe predstavljajo popoln in enoten sistem kolizijskih pravil, z namenom zagotoviti, da so delavci, ki se gibljejo v EU podvrženi pravu socialne varnosti samo ene države. S tem se

članice naj se uporabi za osebe, ki se gibljejo v EU, države, kjer oseba prebiva ali tiste kjer dela?

V skladu z nacionalnimi zakonodajami je lahko za isto osebo, v istem časovnem obdobju, pristojnih več držav (pozitiven spor zakonodaj) ali nobena od držav, s katerimi je oseba povezana (negativen spor zakonodaj). Obe vrsti sporov lahko pomenita oviro svobodi gibanja. V prvem primeru bi namreč oseba morala plačevati prispevke od istega dohodka v več državah članicah (brez zagotovitve, da bi imela pravice iz vseh sistemov), v drugem pa bi iz njih izpadla in ob nastanku socialnega primera sploh ne bi bila varovana.

Uredba (ES) 883/2004 o koordinaciji sistemov socialne varnosti¹⁶ kot splošno pravilo za ekonomsko dejavne osebe določa, da se uporabi zakonodaja države, kjer je oseba zaposlena oziroma opravlja delo (*lex loci laboris*).¹⁷ To kolizijsko pravilo omogoča, da je delavec podvržen samo zakonodaji ene države članice v istem časovnem obdobju.

Omenjeno kolizijsko pravilo učinkuje izključno in nadrejeno. Izključno zato, ker za isto osebo v istem časovnem obdobju ne more veljati zakonodaja nobene druge države članice, četudi bi tako določala nacionalna pravila. Nadrejeno učinkovanje pa pomeni, da se omenjeno kolizijsko pravilo uporabi ne glede na morebitne nasprotno določbe nacionalne zakonodaje pristojne države. Recimo, če zakonodaja skandinavskih držav zagotavlja socialno varnost samo prebivalcem, jo mora na podlagi Uredbe (ES) 883/2004 tudi vsem delavcem iz drugih držav članic (in drugim osebam, za katere uredba velja). Uredba ima torej prednost pred nacionalno zakonodajo.¹⁸

Uredba (ES) 883/2004 določa splošno pravilo tudi za osebe, ki niso ekonomsko dejavne, kar je posledica razširitve njene osebne veljavnosti na vse državljane EU. Zanje je določena pristojnost države običajnega bivališča (*lex loci domicilii*). Pri tem je vprašanje, kdo je ekonomsko dejaven in kdo ne. Med dejavne štejejo

preprečuje uporaba več pravnih režimov in težav, ki lahko zaradi tega nastanejo.

¹⁶ UL L 166, 30.4.2004, str. 1, s kasnejšimi spremembami. Zadnje prečiščeno besedilo iz leta 2017 je dostopno na <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:02004R0883-20170411>, april 2018.

¹⁷ Več Schoukens, Pieters, 2009, str. 81.

¹⁸ V omenjeno pravilo je delno poseglo Sodišče EU v primeru C-352/06 *Bosmann* EU:C:2008:290. Sodišče EU je odločilo, da četudi Nemčija ni pristojna država in zato ni dolžna zagotavljati družinskih dajatev, ji zagotavljanja družinskih dajatev svojim prebivalcem koordinacijska uredba ne preprečuje. Celo več, nalaga ji, da mora nadaljevati z izplačevanjem, če so izpolnjeni pogoji zgolj v skladu z nacionalno zakonodajo. Več Strban, 2016, str. 775.

tudi osebe, ki so bile takšne pred nastankom socialnega primera (denimo v času bolezni ali brezposelnosti). Prejemniki dolgotrajnih dajatev (pokojnin) po drugi strani štejejo med ekonomsko nedejavne osebe.¹⁹

Posebna pravila veljajo za uslužbenke diplomatskih misij, delavcev v mednarodnem prometu in osebje EU.²⁰ Poleg tega je mogoč tudi drugačen dogovor v korist delavcev med posameznimi državami članicami, ki lahko velja tudi za napotitve delavcev. Tako imenovana klavzula fleksibilnosti je določena v 16. členu Uredbe (ES) 883/2004.

Najbolj razširjena izjema od splošnega pravila *lex loci laboris* velja v primeru delavcev, poslanih na delo v tujino, tako imenovanih napotenih ali detaširanih delavcev (v angleškem jeziku se uporabljajo izrazi *posting*, *secondment* ali *detachment*). Določena je v 12. členu Uredbe (ES) 883/2004, ki določa pogoje napotitve.

3. NAPOTITEV NA DELO V DRUGO DRŽAVO ČLANICO

Delodajalec lahko napoti delavca na delo v drugo državo članico EU (državo gostiteljico ali državo napotitve kot jo imenuje naš zakonodajalec),²¹ kjer bo zanj opravil določeno delo. Tedaj delavec ne vstopi na trg dela v državi gostiteljici, temveč tam za svojega delodajalca opravlja določene storitve. Četudi prijavi v tej državi prebivališče,²² lahko ostane vključen v sistem socialne varnosti države, iz katere je poslan (države pošiljateljice, ali države zaposlitve kot jo imenuje naš zakonodajalec).²³ Kolizijsko pravilo, ki velja v tem primeru ni *lex loci laboris*, temveč se uporabi zakonodaja po sedežu delodajalca (lahko bi rekli *lex loci dominus*).

Namen posebnega pravila o napotitvah je v preprečevanju pogostih prehodov med sistemi socialne varnosti za delavca, ki opravlja delo znotraj EU. Še posebej

¹⁹ Tako Schoukens, Monserez, 2010, str. 37.

²⁰ Izčrpno Steinmeyer v Fuchs, 2018, str. 234.

²¹ Glej 3. točko 3. člena ZČmIS. Država napotitve je lahko zavajajoč izraz, saj bi lahko predstavljala državo iz katere je delavec napoten ali državo v katero je delavec napoten.

²² Kar mora storiti najkasneje po preteku treh mesecev v skladu z Direktivo 2004/38/ES z dne 29. aprila 2004 o pravici državljanov Unije in njihovih družinskih članov do prostega gibanja in prebivanja na ozemlju držav članic, UL L 158, 30. 4. 2004, str. 77.

²³ Glej 4. točko 3. člena ZČmIS.

pomembno je to za močno gibljive delavce, kot so npr. vozniki ali raziskovalci. Če bi uporabili splošno pravilo *lex loci laboris*, bi delavec spremenil vključenost v sistem socialne varnosti zmeraj, ko bi delo opravljal v drugi državi članici, torej zunaj države svoje zaposlitve. To bi lahko povzročilo praktične, upravne težave nosilcem socialne varnosti, pa tudi delodajalcem in delavcem.²⁴ Pregled nad celotno kariero delavca, ob ugotovitvi, katera država je dolžna izplačati katero dajatev, bi bil otežen. Poleg tega bi se lahko zgodilo, da se delavčevo delo sploh ne bi upoštevalo, recimo v pokojninskem zavarovanju, kjer države obdobja krajših od enega leta niso dolžne upoštevati.²⁵ Zato je treba ohraniti razmerje med napotениm delavcem in njegovim delodajalcem²⁶ za vključitev v sistem socialne varnosti.

Hkrati velja, da delodajalec ne more izkoriščati raznolikosti sistemov socialne varnosti, da bi delo z manj stroški (nižjimi prispevki v državi pošiljateljici) nepretrgoma opravljal v dražji državi gostiteljici (kjer so prispevki za socialno varnost višji). S tem bi lahko tudi izkrivljal konkurenco na trgu. Da bi se izognili morebitnim zlorabam, so predpisane številne omejitve pri napotitvah delavcev.

Iz 12. člena Uredbe (ES) 883/2004 je mogoče razbrati pogoje, ki morajo biti izpolnjeni, če želi delodajalec napotiti delavca na delo v drugo državo članico s hkratno ohranitvijo vključitve v sistem socialne varnosti v državi pošiljateljici. Ti so: delo za delodajalca, predhodno zavarovanje v državi pošiljateljici, časovna omejitev in prepoved veriženja napotitev.²⁷

²⁴ Glej 2. točko preambule Sklepa št. A2 z dne 12. junija 2009 o razlagi člena 12 Uredbe (ES) št. 883/2004 Evropskega parlamenta in Sveta v zvezi z zakonodajo, ki se uporablja za napotene delavce in samozaposlene delavce, ki začasno opravljajo delo zunaj pristojne države, UL C 106, 24.4.2010, str. 5.

²⁵ Glej 57. člen Uredbe (ES) 883/2004.

²⁶ Glej 4. točko preambule Sklepa št. A2.

²⁷ Besedilo 12. člena Uredbe (ES) 883/2004 se glasi:

»1. Za osebo, ki opravlja dejavnost zaposlene osebe v državi članici v imenu delodajalca, ki tam običajno opravlja svojo dejavnost in jo ta delodajalec napoti v drugo državo članico, da opravlja delo v imenu tega delodajalca, še naprej velja zakonodaja prve države članice, pod pogojem, da predvideno trajanje takega dela ne presega 24 mesecev in če ta oseba ni poslana, da nadomesti drugo napoteno osebo.

2. Za osebo, ki običajno opravlja dejavnost samozaposlene osebe v državi članici in ki gre opravljat podobno dejavnost v drugo državo članico, še naprej velja zakonodaja prve države članice, če predvideno trajanje take dejavnosti ne presega štiriindvajset mesecev.«

3.1. Delo za delodajalca

Pogoj za napotitev delavca je, da delavec opravlja delo za delodajalca v državi pošiljateljici in da bo tudi v državi gostiteljici v času napotitve opravljal delo za svojega (tega istega) delodajalca. Nadaljevanje delovnega, zaupnega (*intuitu personae*) razmerja z delodajalcem v državi pošiljateljici je torej odločilno za napotitev.

Pri tem mora delodajalec v državi pošiljateljici »običajno opravljati svojo dejavnost«.²⁸ Da bi se izognili zlorabam, izvedbena uredba določa, da mora delodajalec opravljati znaten del dejavnosti v državi pošiljateljici. Sicer bi bilo mogoče, da bi se delodajalec (npr. agencija za začasno zaposlovanje, ali delodajalci samo s poštnim nabiralnikom v tej državi)²⁹ ustanovila v državi članici z nižjimi prispevki, zgolj z namenom tam zaposlovati delavce in jih napotovati na delo v drugo (dražjo) državo članico.

Zato opravljanje zgolj notranjih upravljavskih dejavnosti, na ozemlju države članice, v kateri ima sedež delodajalec ne zadostuje.³⁰ Pri opredelitvi znatnega dela dejavnosti je treba upoštevati vsa merila za opredelitev dejavnosti, ki jih opravlja ta delodajalec. Merila morajo ustrezati posebnim značilnostim vsakega delodajalca in resničnemu značaju dejavnosti, ki jih opravlja.³¹

Omenjena merila so primeroma naštetja v Sklepu A2 o napotitvah Upravne komisije za koordinacijo sistemov socialne varnosti pri Evropski komisiji, v kateri so zastopane vse države članice.³² Poleg kraja, kjer ima delodajalec registriran sedež in upravo, je treba upoštevati recimo tudi število upravljskega osebja v državi sedeža delodajalca in v drugi državi članici, kraj, v katerem je sklenjena večina pogodb z delavci in kraj, kjer je sklenjena večina pogodb s strankami, ter ustvarjenim prometom v posamezni državi članici.³³ Omenjena merila so

²⁸ Glej 12. člen Uredbe (ES) 883/2004. Običajno opravljanje dejavnosti v naši državi določa tudi prva alineja prvega odstavka 4. člena ZČmIS, ki je nadalje razčlenjena v drugem odstavku istega člena.

²⁹ Schoukens, Monserez, 2010, str. 47.

³⁰ C-404/98 *Plum*, EU:C:2000:607.

³¹ Glej 2. odstavek 14. člena Uredbe (ES) 987/2009 o določitvi podrobnih pravil za izvajanje Uredbe (ES) št. 883/2004 o koordinaciji sistemov socialne varnosti, ULL 284 30.10.2009, str. 1. s spremembami. Zadnje prečiščeno besedilo iz januarja 2018 je dostopno na <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SL/TXT/HTML/?uri=CELEX:02009R0987-20180101&from=EN>, april 2018.

³² Glej 71. in 72. člen Uredbe (ES) 883/2004.

³³ Pri tem lahko promet v državi pošiljateljici v višini približno 25 odstotkov delež skupnega prometa

tudi skladna z odločitvami Sodišča EU³⁴ in vsebovana v predlogu dopolnitev izvedbene Uredbe (ES) 987/2009.³⁵

Poleg znatnega dela opravljanja dejavnosti v državi pošiljateljici, je pogoj za napotitev v pravu socialne varnosti tudi ohranjanje neposredne povezave med delodajalcem in napotenim delavcem, ki jo nekateri imenujejo »organska povezava«³⁶ Zahteva izhaja iz določbe 12. člena Uredbe (ES) 883/2004, ki določa da mora delavec opravljati dela »v imenu delodajalca« v državi gostiteljici. Napoten delavec mora torej ohraniti povezavo z delodajalcem v času napotitve, pri čemer pa napoten delavec še vedno lahko prejema navodila od naročnika (podjetja v državi gostiteljici).³⁷ Ohranjanje povezave med delavcem in delodajalcem omogoča nadaljnjo uporabo prava socialne varnosti države pošiljateljice.

Pri ugotavljanju, ali takšna neposredna povezava (ang. *direct link*) obstaja, je treba upoštevati vse dejanske okoliščine posameznega primera. Med njimi so odgovornost delodajalca za zaposlovanje, sklepanje pogodbe o zaposlitvi, zagotavljanje plače (kljub morebitnemu drugačnemu dogovoru med delodajalcem in naročnikom v državi gostiteljici o plačilu delavcem), izvajanje disciplinskih postopkov, odpoved pogodbe o zaposlitvi in odločanje o naravi dela delavca (npr. tako da opredeli končni proizvod dela ali osnovno storitev, ki jo je treba zagotoviti).³⁸

Nekatere odločitve Sodišča EU je v Sklepu A2 o napotitvah povzela tudi Upravna komisija. Zaradi pomanjkanja ali prekinitve neposredne povezave pravil o napotitvi ni mogoče uporabiti, če naročnik/podjetje, v katerega je delavec napoten, da tega delavca na voljo drugemu podjetju v državi članici opravljanja dela, ali če je napoten delavec dan na voljo naročniku zunaj te države, ali če je zaposlen samo zato, da bi ga naročnik v drugi državi poslal v tretjo državo članico. S tem so izključene možnosti tako imenovanje nadaljnje napotitve, saj ta pretrga vez s

zadostuje. Evropska komisija, 2013, str. 8.

³⁴ Glej primer C-202/97 *Fitzwilliam (FTS)*, EU:C:2000:75 in primer C-404/98 *Plum*, EU:C:2000:607.

³⁵ Predlog novega 5.a odstavka 14. člena Uredbe (ES) 987/2009. Council of the EU, Proposal for a Regulation amending Regulation (EC) No 883/2004 on the coordination of social security systems and regulation (EC) No 987/2009 laying down the procedure for implementing Regulation (EC) No 883/2004 - Partial general approach, 2016/0397 (COD), Brussels, 16 October 2017 (v nadaljevanju Predlog sprememb koordinacijskih uredb).

³⁶ Schoukens, Monserez, 2010, str. 46.

³⁷ Pennings, 2015, str. 112.

³⁸ Evropska komisija, 2013, str. 9.

prvotnim delodajalcem. Seveda pa ni izključeno, da bi ta delodajalec sam napotil delavca iz druge v tretjo državo članico.

3.2. Predhodno zavarovanje

Čeprav se je sodna praksa Sodišča EU nagibala k možnosti zaposlitve z namenom takojšnje napotitve,³⁹ je zakonodajalec EU to možnost omejil. Iz Uredbe (ES) 883/2004 je mogoče razbrati nadaljnji pogoj, in sicer, da mora biti delavec pred napotitvijo že zavarovan v državi pošiljateljici. V 12. členu Uredbe je namreč določeno, da za delavca »še naprej velja zakonodaja prve države članice«. Izvedbena Uredba⁴⁰ sicer določa, da je delodajalec lahko zaposlil delavca z namenom napotitve v drugo državo članico, vendar mora zanj pred začetkom zaposlitve že veljati zakonodaja te države članice (države pošiljateljice).

Pri tem se postavlja vprašanje, koliko časa pred napotitvijo mora za delavca veljati pravo socialne varnosti države pošiljateljice, saj tega omenjeni uredbi ne določata. Zadostuje dan, morda teden, mesec ali leto? Upravna komisija je sklenila, da je temu pogoju zadoščeno, če se pravo socialne varnosti države pošiljateljice za delavca uporablja vsaj mesec pred napotitvijo.⁴¹ Možna so sicer tudi krajša obdobja, a tedaj je treba za vsak posamezni primer oceniti ali so vse okoliščine za napotitve izpolnjene ali gre morda za zlorabo pravil o napotitvi delavcev.

Ne zahteva se, da je bila oseba pred napotitvijo zavarovana pri delodajalcu, ki jo napotuje v drugo državo članico. Lahko je bila zavarovana pri kateremkoli delodajalcu v državi pošiljateljici. Še več, zadostuje vključitev v socialno zavarovanje na katerikoli podlagi. Tako bo lahko delodajalec v drugo državo članico napotil recimo študenta takoj po zaključku študija (če je bil kot študent zavarovan vsaj mesec pred napotitvijo).⁴²

Naš zakonodajalec se je odločil, da napoteni delavec običajno ne opravlja dela v državi gostiteljici, če je najmanj 30 dni neprekinjeno vključen v socialna

³⁹ Oziroma temu vsaj ni nasprotovala. Glej odločitve v zadevah C-35/70 *Manpower*, EU:C:1970:120; C-202/97, *Fitzwilliam (FTS)*, EU:C:2000:75; C-404/98 *Plum*, EU:C:2000:607.

⁴⁰ Glej 14. člen Uredbe (ES) 987/2009.

⁴¹ Za samozaposlene osebe velja pogoj vsaj dva meseca predhodnega zavarovanja. Glej že omenjeni Sklep A2.

⁴² Več primerov v Evropska komisija, 2013, str. 11.

zavarovanja pri nas.⁴³ To je lahko na podlagi pogodbe o zaposlitvi za polni delovni čas ali na katerikoli drugi pravni podlagi (npr. kot študent). Če je vključen v socialna zavarovanja kot delavec, vendar le za krajši delovni čas, mora biti vključen vsaj šest mesecev.⁴⁴ Vprašanje je, ali je slednji pogoj v skladu s pravom EU (odločitvijo Upravne komisije, ki omogoča krajša, ne daljša časovna obdobja) in s samim zakonom, ki to ureja. Alternativno sta namreč določeni zaposlitev za polni delovni čas ali druga pravna podlaga. Ta je lahko tudi zaposlitev za krajši delovni čas od polnega. S pogojem daljše zaposlitve za krajši delovni čas od polnega se delavce v tako imenovanih nestandardnih oblikah zaposlitve postavlja v slabši pravni položaj. Poleg tega, nikjer ni določeno, da se tudi delo v državi gostiteljici ne bi moglo opravljati le v krajšem delovnem času od polnega.

Predlagana sprememba izvedbene uredbe predvideva zaostritev pogoja predhodnega zavarovanja, saj zahteva najmanj trimesečno vključitev v sistem socialne varnosti v državi pošiljateljici pred začetkom napotitve.⁴⁵ Stvar je predmet pogajanj med državami članicami in predlog še ni sprejet. Ko bo, in če bo v takšni obliki, bomo verjetno morali spremeniti tudi določbe ZČmIS. Če jih ne bomo (pravočasno), bo seveda veljala Uredba neposredno.

3.3. Časovna omejitev napotitve

Morda najpomembnejši pogoj napotitve se nanaša na čas trajanja napotitve. Ta namreč ne sme presegati 24 mesecev (dve leti). Tega obdobja ni mogoče podaljševati. Krajše prekinitev opravljanja dela s strani delavca zaradi njegove bolezni ali dopusta še ne pomenijo, da po prekinitvi opravljanja dela obdobje napotitve prične teči znova, ali se za ta čas podaljša. Tovrstne prekinitev se vštevajo v skupno najdaljšo časovno omejitev 24 mesecev. Poleg tega, država gostiteljica pri določitvi obdobja napotitve nima aktivne vloge, saj lahko država pošiljateljica odobri napotitev za celotno obdobje naenkrat.⁴⁶

⁴³ Samozaposlena oseba pa vsaj dva meseca (5. člen ZČmIS).

⁴⁴ Glej 4. in 5. odstavek 4. člena ZČmIS

⁴⁵ Glej spremenjen prvi odstavek 14. člena Uredbe (ES) 987/2009. Predlog sprememb koordinacijskih uredb, 2017, str. 13.

⁴⁶ Uredba (ES) 883/2004 določa nekoliko drugačne časovne omejitve napotitev od njene predhodnice, Uredbe (EGS) 1408/71. Slednja je (v 14. členu) omogočala napotitev za predvideni čas dela v državi gostiteljici za največ 12 mesecev. Če se je trajanje dela, zaradi nepredvidljivih okoliščin podaljšalo preko tega časa, je bilo mogoče napotitev podaljšati za največ nadaljnjih 12 mesecev, če se je s tem strinjal pristojni organ v državi gostiteljici.

Kljub temu, je lahko država gostiteljica o napotitvi obveščena. V skladu z izvedbeno uredbo⁴⁷ mora delodajalec obvestiti pristojni organ v državi pošiljateljici o napotitvi, če je le mogoče, mora to storiti vnaprej. Ta organ mora nato izdati potrdilo delodajalcu in nemudoma obvestiti pristojni organ v državi gostiteljici. Iz tega izhaja, da je retroaktiven začetek postopka za napotitev še zmeraj možen.⁴⁸

Pravila o napotitvi v pravu socialne varnosti je mogoče uporabiti le, če *predvideno* trajanje dela v državi gostiteljici ne presega 24 mesecev.⁴⁹ Vprašanje je, katera pravila veljajo, če bi bilo že od začetka jasno, da dela ni mogoče opraviti v 24 mesecih. Tedaj pravil o napotitvi sploh ni mogoče uporabiti in že od začetka dela v državi gostiteljici velja pravo socialne varnosti te države (*lex loci laboris*).⁵⁰ Vprašanje je tudi, kako ravnati, če je od začetka sicer predvideno, da bo delo v državi gostiteljici trajalo manj kot 24 mesecev, pa se nato zaradi nepredvidenih okoliščin ta čas dejansko podaljša. Tedaj velja po poteku 24 mesecev pravo socialne varnosti države gostiteljice (*lex loci laboris*) in ne več pravo socialne varnosti države pošiljateljice, ki je veljalo v času napotitve.

Podaljšanje uporabe prava socialne varnosti države pošiljateljice preko 24 mesecev je možno samo ob uporabi klavzule fleksibilnosti iz 16. člena Uredbe (ES) 883/2004. Ta omogoča, da država pošiljateljica in država gostiteljica sporazumno določita izjeme, tudi od časovne omejitve napotitve, vendar le, če je to v interesu posameznih oseb ali skupin oseb (ne pa zgolj v interesu delodajalcev v teh državah). S takšnimi sporazumi se lahko podaljšuje uporaba pravil o napotitvah, pa tudi rešujejo določene neželene situacije, saj lahko sporazumi učinkujejo tudi retroaktivno (*ex tunc*).⁵¹

Vprašanje je lahko ne le podaljšanje predvidenega časa napotitve, temveč tudi skrajšanje predvidenega časa napotitve, če je delo opravljeno pred predvidenim rokom. Tedaj mora napotitev prenehati (*ex nunc*), in obstajati možnost nove napotitve (npr. v drugo državo članico gostiteljico). Tudi naš ZČmIS dovoljuje samo eno veljavno potrdilo A1 za istega delavca v istem časovnem obdobju.⁵²

⁴⁷ Glej 15. člen Uredbe (ES) 987/2009.

⁴⁸ Schoukens, Pieters, 2009, str. 96.

⁴⁹ Glej 12. člen Uredbe (ES) 883/2004. Tega pogoja ZČmIS ne ponavlja, saj se uredba v celoti uporablja neposredno v vseh državah članicah (glej 288. člen Pogodbe o delovanju EU, prečiščena različica OJ C 202, 7.6.2016, str. 1).

⁵⁰ Pennings, 2015, str. 117.

⁵¹ Primer C-101/83 *Brusse* EU:C:1984:113 Pennings, 2015, str. 126.

⁵² Glej prvo alinejo 1. odstavka 8. člena ZČmIS, ki določa, da je delodajalcu mogoče izdati potrdilo A1, če delavec, za katerega je bila vložena vloga za izdajo potrdila A1, nima že veljavnega

Predvideva tudi možnost predčasnega zaključka napotitve (o čemer je treba obvestiti Zavod za zdravstveno zavarovanje Slovenije-ZZZS),⁵³ s čimer ta napotitev preneha.⁵⁴

Zdi se, da je delavec v praksi pogosto napoten za obdobje krajše od 24 mesecev. V poročilu o prenosnem obrazcu A1 za leto 2016⁵⁵ je ugotovljeno, da je povprečno obdobje napotitve 101 dan (uteženo na podlagi odgovorov 17 držav članic) oziroma 146 dni (brez uteži, za 17 držav članic). Trajanje napotitev iz različnih držav se močno razlikuje. Tako so napotitve iz Luksemburga, Francije in Belgije trajale najmanj časa. Nasprotno so napotitve iz Madžarske, Islandije, Hrvaške, Latvije, Irske in Estonije v povprečju trajale več kot 200 dni. V to skupino sodi tudi Slovenija, iz katere so napotitve v povprečju trajale 216 dni.⁵⁶

3.4. Prepoved veriženja napotitev

Napotena oseba ne sme biti poslana v državo gostiteljico z namenom, da nadomesti drugo napoteno osebo, ki prihaja iz države gostiteljice.⁵⁷ S tem je preprečena vzpostavitev verige napotениh delavcev za izvajanje iste dejavnosti v državi gostiteljici. Namen te določbe je preprečiti zlorabe na način, da bi delodajalec iz države pošiljateljice napotoval delavce na delo v državo gostiteljico za nepretrgano opravljanje dejavnosti v tej državi. Zamenjava delavca z drugim je sicer mogoča, a le znotraj predvidenega časa napotitve prvotno napotenega delavca.⁵⁸

Pomembno vprašanje, ki se sicer ne nanaša nujno na veriženje napotениh delavcev, je, kdaj je napoteni delavec po opravljenem delu lahko ponovno

potrdila A1, izdanega za isto obdobje. Z nasprotnim razlogovanjem (*argumentum a contrario*) pridemo do sklepa, da obrazca A1 ni mogoče izdati, če obstaja za delavca veljavno potrdilo za isto časovno obdobje.

⁵³ Glej 4. odstavek 6. člena ZČmIS.

⁵⁴ Glej drugo alinejo 1. odstavka 11. člena ZČmIS.

⁵⁵ Wispelaere, Pacolet, 2018, str. 31.

⁵⁶ Ocena trajanja napotitev je izračunana na podlagi posamičnih napotitev, pomnoženim s povprečjem napotitev delavca v posameznem letu. Številke so lahko nenatančne, saj je najdaljše obdobje napotitve 24 mesecev in se ne ujema nujno s koledarskimi leti. Po takšni oceni so bile napotitve najdaljše iz Madžarske (431 dni). Ibid.

⁵⁷ Glej 12. člen Uredbe (ES) 883/2004.

⁵⁸ Tako izrecno v predlogu sprememb Uredbe 883/2004 (predlagani novi 2.a odstavek 12. člena). Predlog sprememb koordinacijskih uredb, 2017, str. 8.

napoten. Odgovora na to vprašanje v koordinacijskih uredbah ni mogoče najti, je pa nanj odgovorila Upravna komisija. Sprejela je stališče, da po zaključku obdobja napotitve ni mogoče odobriti novega obdobja napotitve za istega delavca v isto podjetje in isto državo članico (za katerokoli, torej ne nujno isto delo),⁵⁹ dokler od izteka prejšnjega obdobja napotitve nista pretekla vsaj dva meseca. Ob tem je dovoljen odstop od tega pravila v primeru obstoja posebnih okoliščin. Upoštevanje dvomesečnega obdobja med napotitvami pa ni potrebno, če gre po izteku napotitve v eni državi članici za nadaljnjo napotitev v drugo državo članico.⁶⁰

Nedavno predlagana sprememba izvedbene Uredbe (ES) 987/2009 izrecno omenja najmanj dvomesečno prekinitev pred novo napotitvijo delavca.⁶¹

3.5. Upravno sodelovanje pristojnih nosilcev socialne varnosti

V skladu z načelom enotne uporabe zakonodaje, prenosni dokument A1 (v nadaljevanju PD A1)⁶² označuje pravo socialne varnosti (samo ene) države, ki naj se uporabi za isto osebo v istem časovnem obdobju. S tem potrjuje, da za to osebo ni treba (ponovno) plačevati prispevkov v drugi državi članici. Vzpostavlja namreč domnevo, da je imetnik PD A1 vključen v sistem socialne varnosti države (pošiljateljice), ki je ta dokument izdala.

PD A1 se uporablja tudi v primerih napotitve na delo v drugo državo članico.⁶³ Sodišče EU je poudarilo, da z izdajo PD A1 pristojni organ v državi pošiljateljici, potrjuje, da se bo za napotene delavce v času njihove napotitve še naprej uporabljajo njeno pravo socialne varnosti. V skladu z načelom enotne uporabe zakonodaje to pomeni, da prava socialne varnosti druge države (države gostiteljice) ni mogoče uporabiti.⁶⁴

⁵⁹ Schoukens, Monserez, 2010, str. 44.

⁶⁰ Glej 3. (c) točko Sklepa A2.

⁶¹ Glej novi 1.a odstavek 14. člena Uredbe (ES) 987/2009.

⁶² Ista oznaka se uporablja tudi v angleškem jeziku (Portable document A1 ali PD A1). ZČmIS (v 8. točki 3. člena) opredeljuje potrdilo A1 kot dokument, ki potrjuje, da se za napotenega delavca v času čezmejnega izvajanja storitve še naprej uporabljajo predpisi o socialni varnosti države članice EU, v kateri ima sedež.

⁶³ PD A1 se npr. lahko uporablja tudi pri sočasnih zaposlitvah v dveh ali več državah članicah.

⁶⁴ C-202/97, *Fitzwilliam (FTS)*, EU:C:2000:75.

Vprašanje je lahko, kako ravnati, če napoteni delavec nima PD A1. Omenili smo že, da je retroaktivna izdaja PD A1 še zmeraj mogoča. Sodišče EU je razsodilo, da nič ne preprečuje PD A1 od povzročitve retroaktivnih učinkov.⁶⁵ Posest PD A1 torej ni konstitutivni element napotitve.⁶⁶ Naš zakonodajalec, podobno kot nekateri drugi,⁶⁷ ni predvidel te možnosti. Tuji delodajalec mora namreč *pred začetkom* čezmejnega izvajanja storitve pri nas opraviti prijavo pri Zavodu Republike Slovenije za zaposlovanje (ZRSZ). V času čezmejnega izvajanja storitve pri nas, mora tuji delodajalec zagotoviti, da se na kraju opravljanja storitve hranijo in na zahtevo nadzornega organa dajo na razpolago kopije vseh ustreznih dokumentov (vključno s PD A1).⁶⁸ V nasprotnem primeru je tuj delodajalec lahko kaznovan.⁶⁹ Predlagane dopolnitve Uredbe (ES) 883/2004 omejujejo retroaktivno izdajanje PD A1, še posebej, ko bi šlo za izigravanje pravil o napotitvi.⁷⁰

Uresničevanje temeljnega načela enotne uporabe zakonodaje, prava socialne varnosti ene države članice zahteva učinkovito sodelovanje med državami. Pravila o izdajanju PD A1 so v tem delu ključnega pomena. V Sloveniji PD A1 izdaja ZZZS, ki je pristojen za področje določitve zakonodaje, ki se uporablja.

Nadaljnje vprašanje je lahko, kako ravnati, če pristojni organ v državi gostiteljici podvomi v verodostojnost PD A1. Jo ta še zmeraj zavezuje, ali lahko PD A1 država gostiteljica sama razveljavi, če temelji na napačnih predpostavkah? Ko je PD A1 izdan v državi pošiljateljici, zavezuje pristojne organe v državi gostiteljici. Iskanje soglasja in morebitno nestrinjanje države gostiteljice, bi lahko povzročilo težave pri ugotavljanju pravo socialne varnosti katere države se uporablja, kar bi vodilo v pravno negotovost in bi lahko spodkopalo pravila o napotitvah delavcev.

⁶⁵ C-178/97 *Banks*, EU:C:2000:169.

⁶⁶ Nekateri PD A1 so dejansko izdani retroaktivno, lahko leta po napotitvi. Jorens, 2017, str. 7.

⁶⁷ Npr. delavec mora v primeru nadzora imeti pri sebi PD A1 v Franciji (od 1. aprila 2017 naprej), na Madžarskem, Nizozemskem, Portugalskem in v Švici. Sicer je lahko dolžnost delodajalca, da dokaže vključenost v socialno zavarovanje v državi pošiljateljici svojih delavcev. To velja npr. v Avstriji, Češki, Španiji, Luksemburgu, Romuniji in Sloveniji. Jorens, 2017, str. 10.

⁶⁸ Glej 14. člen ZČmIS.

⁶⁹ Glej 25. člen ZČmIS.

⁷⁰ Glej predlog novega 19.a člena Uredbe (ES) 987/2009. Predlog sprememb koordinacijskih uredb 2017, str. 16.

Tudi Sodišče EU je poudarilo, da načelo lojalnega sodelovanja⁷¹ zahteva od pristojnih organov v državi pošiljateljici preskus vseh okoliščin, ki lahko vplivajo na uporabo pravil o napotitvah delavcev in pravo socialne varnosti, ki naj se v konkretnem primeru uporabi. S tem država pošiljateljica zagotavlja pravilnost podatkov v PD A1. Hkrati načelo lojalnega sodelovanja zahteva od države gostiteljice, da prizna veljavnost tako izdanega PD A1. Vzpostavlja domnevo, da so napoteni delavci pravilno vključeni v sistem socialne varnosti države pošiljateljice. Dokler PD A1 ni razveljavljen, zavezuje državo gostiteljico.⁷² Tudi nacionalno sodišče v državi gostiteljici, ko uporablja pravo EU, nima možnosti razveljaviti PD A1.⁷³ Veljavnost dokumentov v drugi državi članici je predpisana tudi v izvedbeni uredbi, kjer se predlagajo določene spremembe s še bolj podrobnimi pravili.⁷⁴

Kadar država gostiteljica podvomi v pravilnost podatkov, zapisanih v PD A1, lahko zahteva od države pošiljateljice, da preveri pravilnost podatkov in v primeru ugotovitve drugačnega dejanskega stanja razveljavi PD A1. Pristojni nosilec države pošiljateljice, ki je izdal PD A1 je dolžan ponovno preučiti upravičenost njegove izdaje.⁷⁵ Če pristojni organi obeh držav članic, pošiljateljice in gostiteljice ne dosežejo soglasja, lahko zadevo predložijo Upravni komisiji. S posebnim sklepom Upravne komisije⁷⁶ je predpisan postopek dialoga in pomirjanja. Če tudi ta ne uspe, je mogoče zahtevati presojo Sodišča EU.

Pri tem je predlagana sprememba 5. člena izvedbene Uredbe (ES) 987/2009, kjer je predvidena možnost nepopolne izpolnitve PD A1. V tem primeru lahko država gostiteljica zahteva dopolnitev podatkov. Država pošiljateljica jih mora dopolniti, ali ugotoviti, da ni pogojev za izdajo PD A1. Bolj podrobna pravila so

⁷¹ Sedaj zapisano v 3. odstavku 4. člena Pogodbe o EU - PEU, UL C 202, 7. 6. 2016, str. 1-prečiščeno besedilo. Določeno je, da se Unija in države članice na podlagi načela lojalnega sodelovanja medsebojno spoštujejo in si pomagajo pri izpolnjevanju nalog, ki izhajajo iz Pogodb. O medinstitucionalnem sodelovanju glej tudi 5. 19. in 20. člen Uredbe (ES) 987/2009.

⁷² C-202/97, *Fitzwilliam (FTS)*, EU:C:2000:75.

⁷³ C 2/05 *Herbosch Kiere*, EU:C:2006:69. C-620/15 *A-Rosa Flussschiff*, EU:C:2017:309.

⁷⁴ Glej 5. člen Uredbe (ES) 987/2009 in predlog sprememb. Predlog sprememb koordinacijskih uredb, 2017, str. 11 in 12.

⁷⁵ C-178/97 *Banks*, EU:C:2000:169. C 2/05 *Herbosch Kiere*, EU:C:2006:69.

⁷⁶ Sklep št. A1 z dne 12. junija 2009 o vzpostavitvi dialoga in pravnega postopka v zvezi z veljavnostjo dokumentov, določitvi zakonodaje, ki se uporablja, ter dodeljevanju dajatev v skladu z Uredbo (ES) št. 883/2004 Evropskega parlamenta in Sveta, UL C 106, 24. 4. 2010, str. 1.

predvidena tudi v novem 19. a členu Uredbe (ES) 987/2009, kjer je določeno, da morajo biti vsi zahtevki in odgovori podprti z dokazi.

V novejših odločitvah Sodišče EU poudarja pomen opisanih pravil izdaje in veljavnosti PD A1. Trditve, da lahko država gostiteljica sama razveljavi PD A2, zaradi nujnosti preprečevanja nelojalne konkurence ter socialnega dumpinga ne morejo utemeljiti neupoštevanja tega postopka niti *a fortiori* ne morejo utemeljiti sklepa o zavrnitvi PD A1, ki ga je izdal pristojni nosilec druge države članice.⁷⁷

Nedavno je Sodišče EU ponovno poudarilo, da načelo lojalnega sodelovanja pomeni tudi načelo vzajemnega zaupanja. Vendar je nadaljevalo in ugotovilo, da v skladu z ustaljeno sodno prakso ravnanja ne smejo pripeljati do tega, da bi lahko posamezniki z goljufijo ali z zlorabo uveljavljali določbe prava Unije. Načelo prepovedi goljufije in zlorabe pravice je splošno načelo prava Unije. Ugotovitev goljufije temelji zlasti na sklopu indecev, ki dokazujejo izpolnitev objektivnega in subjektivnega elementa goljufije. Vprašanje je, ali lahko pristojni nosilec v državi pošiljateljici, ki je opozorjen na obstoj znakov goljufije v predlogu za ponovno preučitev in razveljavitev PD A1, tega ne upošteva. Sodišče EU je odločilo, da lahko v tem primeru nacionalno sodišče v državi gostiteljici v okviru postopka, uvedenega zoper osebe, za katere sumi, da so napotene delavce zaposlile z uporabo goljufivih PD A1, te dokumente (potrdila) zavrne. To lahko stori, če na podlagi navedenih elementov in ob spoštovanju jamstev pravice do poštenega sojenja, ugotovi obstoj goljufije.⁷⁸

S tem je sodišče, sicer v ekstremnem primeru (kaznivega dejanja goljufije) omogočilo sodišču države gostiteljice poseg v drugi državi članici (pošiljateljici) izdane PD A1.

4. SKLEPNE UGOTOVITVE

Pravni položaj napotenega delavca je razpet med pravili povezovanja sistemov socialne varnosti in svobodo opravljanja storitev. Še več, napotitev na delo v drugo državo članico je zelo sestavljena tema. Ne le, da veljajo različna pravila

⁷⁷ To velja tudi v razmerju do Švice, saj obstaja poseben mehanizem reševanja sporov, ki temelji na pogodbi med EU in Švico. C-620/15 *A-Rosa Flussschiff*, EU:C:2017:309.

⁷⁸ C-359/16 *Altun*, EU:C:2018:63.

delovnega prava, prava socialne varnosti⁷⁹ in davčnega prava, temveč je treba poleg nacionalne ureditve, pri nas določb Zakona o čezmejnem izvajanju storitev - ZČmIS (ki implementira določene direktive), upoštevati tudi pravila Uredbe (ES) 883/2004, ki jo je treba uporabljati neposredno in kot jo razlaga Sodišče EU. Nacionalna zakonodaja namreč ne razčlenjuje vseh pravil Uredbe (npr. omejitev napotitve na 24 mesecev v pravu socialne varnosti v ZČmIS ni omenjena).

Pri tem lahko pride do paradoksa, ko je Uredba, ki je v celoti neposredno uporabljiva v vseh državah članicah in se je ne prenaša v notranji pravni red, nekoliko bolj oddaljena od oči uporabnika nacionalnih predpisov. Ta ima lahko občutek, da izve vse iz nacionalnega prava, čeprav je temu Uredba dejansko pravno nadrejena.

Obstoječa pravila o napotitvah v pravu socialne varnosti je treba ves čas posodablјati, podobno, kot mora pravo socialne varnosti slediti spremenjenim razmerjem v družbi. Temu so namenjeni predlogi sprememb koordinacijskih uredb, pa tudi novejša odločitve Sodišča EU, ki upošteva zelo različno prakso v 28. državah članicah.

Namen pravil o napotitvi delavcev je olajšati svobodo gibanja in čezmejno opravljanje storitev. Če številni pogoji niso izpolnjeni, to še ne pomeni, da dela v drugi državi članici ni mogoče opravljati. Lahko se ga opravlja, vendar tedaj velja splošno pravilo o uporabi prava socialne varnosti države, kjer se delo dejansko opravlja.

LITERATURA IN VIRI

- Berghman, Jos (ur.), Schoukens, Paul (ur.) et. al.: The social security of moving researchers, Acco, Leuven 2010.
- Bubnov Škoberne, Anjuta; Strban, Grega: Pravo socialne varnosti, GV Založba, Ljubljana 2010.
- De Wispelaere, Frederic, Pacolet, Jozef: Posting of workers – Report on A1 portable documents issued in 2016, HIVA Leuven December 2017, EU 2018.
- Evropska komisija, Praktični vodnik o zakonodaji, ki se uporablja v Evropski uniji (EU), Evropskem gospodarskem prostoru (EGP) in Švici, Bruselj, december 2013.
- Fuchs, Maximilian (Hrsg.) et al.: Europäisches Sozialrecht, 7. Auflage, Nomos, Helbing Lichtenhahn, Manz, 2018.

⁷⁹ Z uporabo pravil o napotitvah v pravu koordinacije sistemov socialne varnosti, ni nujno, da so izpolnjeni vsi pogoji za napotitev delavca v delovnem pravu in *vice versa*.

- Jorens, Yves: The obligation to present Portable Document A1 or a substitute in the event of controls, Reply to an ad hoc request for comparative analysis, FreSsco, European Commission, 2017.
- Pennings, Frans: European Social Security Law, 6th edition, Intersentia 2015.
- Risak, Martin: The Relevance Pay and Time in Matters of the Posting of Workers (Some Thoughts on the Draft Directive on the Posting of Workers COM (2016) 128 Fin), *Delavci in delodajalci*, št. 4/2017, str. 435-446.
- Schoukens, Paul; Pieters, Danny: The rules within the Regulation 883/2004 for determining the applicable legislation, *European Journal of Social Security (EJSS)*, Vol. 11, 2009, št. 1-2, str. 81-117.
- Schoukens, Paul; Monserez, Lieven: Introduction to social security coordination in the EU, RUESS, Courses Master programme Social security in Europe, Leuven 2010.
- Strban, Grega: Family benefits in the EU - is it still possible to coordinate them?, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2016, št. 5, str. 775-795.
- Strban, Grega: Social security of EU migrants – an interplay between the Union and national laws, v: Miklós Király, Réka Somssich (ur.), *Central and Eastern European Countries after and before the accession*, Volume 2, Faculty of Law, ELTE, Department of Private International Law and European Economic Law, Jean Monnet Centre of Excellence, Budapest 2011, str. 81-101.

Social insurance of posted workers in the legislation and case-law of the EU

Grega Strban*

Summary

European Union (EU) is distinct from other international organisations. It promotes movement of workers and other persons (Union citizens) among their Member States in order to learn about other cultures and hence promote a long lasting peace in Europe.

However, the patterns of movements are changing and there are fewer long-term movements, i.e. for the entire carrier of a moving person. Shorter-term movements are used also by applying the posting rules, which are an exception to the *lex loci laboris principle* (the question remains open whether this principle should prevail among the 28 Member States). Posting rules are again high on the (political) agenda, especially from the aspect of unequal treatment, unfair competition and social dumping. In 2014 a special posting enforcement directive was passed (Directive 2014/67/EU) and late 2017 agreement has been reached to amend the 1971 Directive on posting (Directive 96/71/ES). At the same time an agreement has been reached to amend the Social Security Coordination Regulations (Regulations EC 883/2004 and 987/2009).

The article focuses on social security coordination rules on posting, as supplemented by the CJEU decisions, national law (in Slovenia Act on cross-border provision of services, applicable as of 2018) and proposed modifications of the Social Security Coordination Regulations. Among the social security coordination principles the most attention is given to the principle of unity of applicable legislation. One of the exceptions to this principle is posting.

Legal position of posted worker is torn between the rules of social security coordination and freedom to provide services in the internal market. Moreover, posting is a highly complex subject. Not only is it governed by social security,

* Grega Strban, PhD, Professor and Vice Dean at the Faculty of Law, University of Ljubljana, Slovenia
grega.strban@pf.uni-lj.si

labour and tax laws, but the national and EU laws have to be considered. Regulation (EC) 883/2004, as construed by the CJEU, has to be applied directly and has supreme effect over national laws. The latter may transpose certain directives and provide procedures for effective application of the Regulations, but does not entail all the rules (e.g. in Slovenia on the duration of posting).

Hence, there is a certain paradox, when the Regulation (EC) 883/2004 is directly applicable in its entirety in all Member States and not subject to transposition in national law, is more remote from the user of national legal norms. S/he may get the feeling that all the relevant rules on posting are enshrined in the national legislation and may disregard the rules of the Regulation, although the Regulation should have priority.

Due to new patterns of movements and complexity between all the Member States, the social security rules of posting have to be modernised in order to secure freedom of movement and provision of services. Moreover, the decisions of the CJEU seems to have shifted with the recent decision (C-359/16 *Altun*, EU:C:2018:63). It seems that in extreme cases (of fraud) it is allowed that the national court in the host Member State decides on the validity of Portable Documents A1 and hence on the rules on posting, without agreement of the sending Member State.

It goes without saying that there is still possibility to work or provide services in another Member State, even if the numerous conditions of posting are not met. In this case the general rule on applicable legislation according to the place of actual work has to be applied.