

Opredelitev delavca in delodajalca ter izzivi sodne prakse

Marijan Debelak*

UDK: 349.2:331.5:347.9

Povzetek: Prispevek predstavi elemente, ki so se oblikovali v sodni praksi Vrhovnega sodišča RS v sporih o obstoju delovnega razmerja. Predstavi tudi sodno prakso Sodišča EU glede pojma delavca ter razvoj v primerjalni sodni praksi. Nato na primeru platformnih delavcev izpostavi dileme, s katerimi se bodo soočala tudi slovenska sodišča. V drugem delu se avtor osredotoča na pojem delodajalca. Na koncu predstavi razloge za odločitev Vrhovnega sodišča v sporih v zvezi s pojmom dejanskega delodajalca v novejši sodni praksi (zadeve Luka Koper).

Ključne besede: delavec, delodajalec, delovno razmerje, platformni delavci, začasno agencijsko delo, samozaposleni delavci

The Concept of the Employer and the Worker and Challenges of Case Law

Abstract: The paper presents the elements developed in the case law of the Supreme Court of the Republic of Slovenia in disputes regarding the existence of an employment relationship. It also presents the jurisprudence of the Court of Justice of the EU regarding the concept of worker and developments in comparative jurisprudence. Then, using the example of platform workers, the author points out dilemmas that Slovenian courts will also have to face. In the second part, the author focuses on the concept of the employer. Finally, he presents the reasons for the Supreme Court's decision in disputes related to the concept of actual employer in recent judicial practice (Luka Koper cases).

Key words: worker, employer, employment relationship, platform workers, temporary agency work, self-employed workers

* Marijan Debelak, magister pravnih znanosti, vrhovni sodnik svetnik, Vrhovno sodišče Republike Slovenije
marijan.debelak@sodisce.si

Marijan Debelak, Master of Law, Supreme Judge Councillor, Supreme Court of the Republic of Slovenia

1. UVOD

V zadnjih letih prihaja do velikih sprememb na področju opravljanja dela. Spreminjajo se oblike in načini opravljanja dela, sodelovanje oziroma udeležba več oseb pri opravljanju dela ipd. S temi spremembami postaja vse bolj aktualna tudi pravna opredelitev pojmov delavca in delodajalca.

Aktualna problematika opredelitve delavca se kaže zlasti v primerih opravljanja tistih del, ki jih s svojimi algoritmi usmerja računalnik (gre za izvajanje dela preko digitalnih platform), vendar ne le v teh. Zajema tudi razne oblike dela preko pogodb civilnega prava, ki jih opravljajo samozaposleni, samostojni kulturni delavci, študenti itd. Največji izziv v takšnem primeru je, kako pravno opredeliti ter razmejiti delavce in samozaposlene oziroma tudi tretje kategorije oseb (v našem pravnem sistemu ekonomsko odvisnih oseb), in katerim izvajalcem del nuditi zaščito v skladu s pravili delovnega prava - torej zaščito, ki jo imajo delavci v delovnem razmerju ali vsaj podobno zaščito.¹

Razvoj ekonomskih odnosov odpira tudi vprašanje opredelitve delodajalca oziroma dejanskega (pravega) delodajalca, ki ni vedno formalni (pogodbeni) delodajalec. Pojem delodajalca se je od klasičnega pojmovanja razmerja med enim delavcem in enim delodajalcem začel spreminjati, saj se v nekatera razmerja vključuje več strank, z različnimi pravicami in obveznostmi. Problematična so lahko dela preko agencij za zagotavljanje dela delavcev, dela preko podizvajalcev, outsourcing, franšizing itd.²

Vprašanje opredelitve delodajalca nadgrajuje vprašanje opredelitve delavca kot pogodbenih strank v delovnopravnem razmerju. Medtem, ko je za opredelitev delavca bistveno, ali njegovo razmerje pri opravljanju dela zaznamujejo elementi, ki so značilni za delovno razmerje (pri čemer so tudi ti elementi lahko različni in deležni vrednostnih sprememb), je za opredelitev delodajalca poleg tega

¹ Glej: Senčur Peček, D., Pojem delavca s primerjalnega in EU vidika, v: Delavci in delodajalci št. 2-3/2016, str. 189 – 216; Kresal B., Obstoje delovnega razmerja kot predhodno vprašanje v delovnih sporih, v: Delavci in delodajalci št. 2-3/2016, str. 217–240; Kresal B., Delo prek spletnih platform, v: Kresal Šoltes, K., Strban G., Domadenik P., (ur.), Prekarno delo: multidisciplinarna analiza, Založba Pravne fakultete, 2020, str. 105–128.

² Glej: Senčur Peček, D., Tristrana delovna razmerja z vidika novejših sodnih praks in potrebnih zakonskih sprememb, v: Delavci in delodajalci št. 2-3/2023, str. 175–202; Senčur Peček, D., Franšizing in delovna razmerja, Delavci in delodajalci št. 2-3/2018, str. 233–252; Kresal Šoltes, K., Prepoved nadomeščanja stalnih zaposlitev z zunanjimi delavci – primer začasnega agencijskega dela, v: Delavci in delodajalci št. 2-3/2020, str. 275–292.

pomembno, kdo dejansko izvaja direktivno oblast, ki je značilna za delovnopravno razmerje - kdo organizira in usmerja delo, ga nadzoruje, dejansko odloča o sprejemu delavcev, njihovem sankcioniranju in odpuščanju. Elementi, ki so pomembni za opredelitev pojma delavca in delodajalca, torej niso povsem enaki, se pa prepletajo.

Presoja pojma delavca in dejanskega delodajalca tudi mimo formalnega pogodbenega delodajalca je mogoča le ob natančni dejanski analizi številnih elementov, ki so značilni za delovnopravno razmerje. Ta analiza se ne sme zadovoljiti le s tolmačenjem pogodbenih določb v posameznih razmerjih, temveč mora temeljiti na natančnem ugotavljanju in analizi njihovega izvajanja v praksi, upoštevati pa mora tudi dejanske posledice.

V prispevku najprej izpostavljam nekatere elemente, ki so se oblikovali v sodni praksi Vrhovnega sodišča RS (v nadaljevanju VS) pri odločanju v sporih o obstoju delovnega razmerja (s tem tudi glede pojma delavca), nato stališča sodne prakse Sodišča EU (v nadaljevanju SEU) glede pojma delavca, kasneje pa opozarjam na nove vidike in razmisleke, ki se v zvezi s tem pojavljajo v novejši primerjalni sodni praksi oziroma v razvoju te prakse predvsem v zvezi s platformnimi delavci. S kratkim prikazom sedanje prakse in dilem v primeru platformnih delavcev skušam opozoriti na nove poglede, razmišljanja ter kriterije, na katere bo treba biti pozoren tudi pri odločanju slovenskih sodišč o zahtevkih glede obstoja delovnega razmerja oziroma priznanja statusa delavca.³

V drugem delu prehajam na opredelitev pojma delodajalca in na opis primerov, v katerih lahko prihaja do dilem in problemov s tem v zvezi. Opozarjam na nekatere vidike evropske ureditve in na nekatere sodbe SEU, na koncu pa dodajam krajšo predstavitev razlogov za odločitev VS v sporih v zvezi s pojmom dejanskega delodajalca (primeri Luka Koper).

Čeprav je prispevek relativno obsežen, dejansko predstavlja le nekatere segmente celotne problematike.

³ Glede platformnih delavcev glej tudi: Kresal B., 2020, str. 105 – 128 in Polajžar A., Problematika sodnega odločanja in zakonske regulacije zaposlitvenega statusa Uberjevih voznikov: pravni, filozofski in sociološki vidiki, v Delavci in delodajalci št. 1/2023, str. 29–54.

2. OPREDELITEV DELAVCA

2.1. Dosedanja praksa Vrhovnega sodišča

Pri opredelitvi pojma delavca se je sodna praksa VS odmaknila od rigidnega pojmovanja delavca, in sicer najprej s sklepom VIII Ips 129/2006 z dne 18. 12. 2007⁴ –v zvezi z zahtevkom za ugotovitev obstoja delovnega razmerja tožnice – študentke, ki je dolgo časa in neprekinjeno opravljala delo stevardese pri našem letalskem prevozniku. Vsaj na začetku razmerja med tožnico in toženko je šlo za vprašanje priznanje obstoja takšnega razmerja kot delovnega razmerja tožnici še po ureditvi ZDR/90 (za čas od 1. 11. 1997), čeprav ta zakon še ni izrecno opredelil elementov delovnega razmerja⁵ na način, kot je to uredil 4. člen ZDR/2002.

Z nadaljnjimi odločitvami VS na tem področju, tudi z upoštevanjem zakonske opredelitve elementov delovnega razmerja (4. člen ZDR/2002 oziroma 4. člen ZDR-1), prepovedi opravljanja dela na podlagi pogodb civilnega prava, če obstajajo elementi delovnega razmerja (11. člen ZDR/2002 oziroma 13. člen ZDR-1), domneve o obstoju delovnega razmerja, če obstajajo elementi tega razmerja (16. člen ZDR/2002 oziroma 18. člen ZDR-1) ter tega, da pisna pogodba ni konstitutiven element delovnega razmerja (15. člen ZDR/2002 oziroma 17. člena ZDR-1), so se v sodni praksi uveljavila številna stališča:

- za opredelitev razmerja ni pomembna formalna narava razmerja med strankama (torej formalna opredelitev razmerja kot začasnega oziroma občasnega dela ali formalna opredelitev razmerja kot civilno pravnega pogodbenega razmerja, npr. podjemne pogodbe); nepomembna je pisnost pogodb; nepomembno je tudi, če ne pride do pisne sklenitve pogodbe civilnega prava. Opredelitev prejšnjega 5. člena ZDR/2002 in sedanjega 5. člena ZDR-1, da je delavec vsaka fizična oseba, ki je v delovnem razmerju na podlagi sklenjene pogodbe o zaposlitvi, ne pomeni, da je sklenitev formalne pogodbe pomembna za odločitev o priznanju delovnega razmerja in s tem vzpostavitev statusa delavca.⁶ Ta zakonska opredelitev lahko zavaja in je bila v sodni praksi presežena;

⁴ Glej tudi sklep VS v zadevi VIII Ips 337/2006 z dne 15. 1. 2008.

⁵ Pomanjkanje izrecne zakonske opredelitve elementov, ki opredeljujejo delovno razmerje, ni bila ovira za priznanje delovnega razmerja oziroma statusa delavca.

⁶ Temu nasprotuje že določba 4. odstavka 17. člena ZDR-1, pa tudi Zakon o preprečevanju dela in zaposlovanja na črno (ZPDZC-1), ki v 5. členu za osebe, ki delajo brez pogodbe o zaposlitvi itd.

- nepomemben je pogodbeni status izvajalca del v smislu, ali gre za nekoga, ki opravlja delo kot samostojni podjetnik, samostojni kulturni delavec, samostojni novinar, študent v visokošolskem izobraževanju; nepomembna je tudi oblika socialnega zavarovanja izvajalca del;
- poudarjen je element nepretrganega opravljanja dela po navodilih in pod nadzorom delodajalca (t.i. direktivna oblast delodajalca), ki se nanaša na izvedbo, čas, trajanje in kraj dejavnosti, pri čemer delavec ne more svobodno oblikovati svojega dela in delovnega časa;
- za opredelitev razmerja ni pomembno, ali izvajalec (delavec) opravlja delo polni delovni čas ali krajši delovni čas, saj se lahko prizna delovno razmerje za polni ali krajši delovni čas;
- pri opredelitvi delovnega razmerja (za razliko od drugega razmerja) ni bistvena volja strank, ker je avtonomija strank ob ugotovitvi obstoja elementov delovnega razmerja omejena; to pa ne izključuje možnosti, da v izjemnih primerih ne bi bilo možno upoštevati tudi volje strank;⁷
- pomembna je vključitev delavca v organiziran delovni proces delodajalca, kar predpostavlja situacije in primere, ko delodajalec vodi, načrtuje in organizira opravljanje neke dejavnosti in v zvezi s tem običajno zagotavlja pogoje za opravljanje dejavnosti (prostore, sredstva);⁸
- pomembno je, da se delavec vključi v delovni proces delodajalca osebno in za delo prejema plačilo, čeprav to plačilo ni plača;
- pomembno je, da ne gre le za občasno in kratkotrajno opravljanje dela (v sodni praksi VS še ni bilo primerov opravljanja dela zelo kratek čas);
- spremenjeno je bilo začetno stališče,⁹ da je za priznanje delovnega razmerja in s tem za pridobitev statusa delavca pomembno tudi, ali delavec izpolnjuje formalne pogoje za opravljanje dela na nekem delovnem mestu (22. člen ZDR-1); glede na to, da je tak delavec ob soglasju (oziroma s privolitvijo ali celo na zahtevo) delodajalca že (uspešno) opravljal delo z vsemi elementi delovnega razmerja prav na konkretnem delovnem mestu, vendar po pogodbi civilnega

vzpostavlja domnevo, da imajo takšno pogodbo sklenjeno, obenem pa jim priznava tudi pravice iz delovnega razmerja.

⁷ Glej npr. sodbo in sklep VS VIII Ips 171/2018 z dne 6. 9. 2019.

⁸ Zato delovno razmerje ni bilo priznано rejnici; glej sodbo VS VIII Ips 14/2008 z dne 17. 11. 2009.

⁹ Glej npr. sodbo VS VIII Ips 321/2009 z dne 6. 9. 2011.

prava, čeprav ni izpolnjeval formalnih pogojev za opravljanje takšnega dela, ki so bili določeni s kolektivno pogodbo ali s splošnim aktom delodajalca, je bilo zavzeto stališče, da izpolnjevanje formalnih pogojev ob dejanskem opravljanju dela na konkretnem delovnem mestu ni odločilno za priznanje delovnega razmerja; nepriznanje delovnega razmerja v takšnih primerih bi delodajalcu omogočilo zlorabo, saj bi pogodbe civilnega prava lahko izkoriščal tako, da bi izvajal dejavnost s pomočjo izvajalcev, ki opravljajo delo z vsemi značilnostmi delovnega razmerja, vendar (tudi zato, ker nimajo ustrezne izobrazbe) za manjše plačilo in manjši obseg drugih pravic kot jih imajo delavci na primerljivih delovnih mestih.

Ob pomanjkanju jasne zakonske ureditve glede rokov za uveljavljanje obstoja delovnega razmerja je sodna praksa upoštevala podobno, že uveljavljeno prakso, ki se je izoblikovala v primerih zahtevkov za obstoj delovnega razmerja za nedoločen čas ob sklenjenih pogodbah o zaposlitvi za določen čas – torej, da lahko delavec kadarkoli v času razmerja, ki ima elemente delovnega razmerja, zahteva (najprej po notranji poti in nato na sodišču) varstvo pravic, oziroma da lahko to varstvo neposredno na sodišču uveljavlja še 30 dni po prenehanju takšnega razmerja (200. člen ZDR-1). Če med enim in drugim civilnim (poslovnim) razmerjem, za katera tožnik v sodnem sporu uveljavlja obstoj delovnega razmerja (ker obstajajo elementi tega), pride do prekinitve, ki traja npr. tri mesece ali več, delavec zamudi rok za sodno varstvo za uveljavljanje delovnega razmerja za čas pred prekinitvijo, če v 30 dneh po koncu prvega civilnega (poslovnega) razmerja ne uveljavlja sodnega varstva.¹⁰

Starejša sodna praksa je bila na stališču, da mora tožnik v takšnih sporih postaviti tako zahtevek za ugotovitev nezakonitega prenehanja delovnega razmerja kot za obstoj delovnega razmerja, vendar je bilo to stališče preseženo. Tožnik ni več dolžan postaviti zahtevka za ugotovitev nezakonitega prenehanja delovnega razmerja. Takšen zahtevek bi bil nesmiseln, saj delovno razmerje pred (pravnomočno) sodno odločbo sodišča o ugotovitvi obstoja delovnega razmerja še ni obstajalo in zato tudi pred tem ni moglo prenehati iz razlogov, ki jih določa delovno pravo. Nezakonitosti prenehanja delovnega razmerja torej za nazaj, ko še ni obstajalo, ni mogoče iskati v pravilih delovnega prava.¹¹

¹⁰ Glej npr. sodbo VS VIII Ips 165/2016 z dne 20. 12. 2016.

¹¹ Glej npr. sklep VS VIII Ips 258/2015 z dne 5. 4. 2016, sodbo in sklep VIII Ips 270/2015 z dne 19. 4. 2016.

Pomemben del sodne prakse v zvezi z odločanjem sodišč o obstoju delovnega razmerja predstavlja tudi odločanje o plačilu plače in drugih prejemkov v primeru priznanja delovnega razmerja nekomu, ki je imel pred tem drugačen status, o izrekih sodnih odločb, pobotanju, poračunavanju itd. Gre za odločbe VS VIII Ips 80/2019, VIII Ips 82/2019, VIII Ips 88/2019, vse z dne 9. 11. 2021, in odločbo VIII Ips 89/2019 z dne 19. 10. 2021. Med drugim so bila zavzeta naslednja stališča:

- ugotovitev obstoja delovnega razmerja nima za posledico (avtomatične) transformacije plačila po pogodbi civilnega prava v prejemke iz delovnega razmerja (v pogodbi civilnega prava je lahko dogovorjen nižji znesek plačila od pripadajočih prejemkov za delovno razmerje, zato bi bila takšna transformacija v škodo delavcu, višji znesek pa bi bil v nasprotju s prepovedjo iz tretjega odstavka 16. člena ZJU – če gre za javnega uslužbenca);
- zneski, prejeti na podlagi civilnopravnega razmerja, do višine pripadajočih prejemkov iz delovnega razmerja še ne predstavljajo terjatve, ki bi jo imel delodajalec do delavca, pač pa se v razmerju do pripadajoče plače in drugih prejemkov iz delovnega razmerja le poračunajo. Delodajalec ima zato glede na že plačane zneske v postopku za ugotovitev obstoja delovnega razmerja lahko le materialnopravni ugovor, da tožbeni zahtevek do višine že plačanih zneskov ni utemeljen;
- v sodnem sporu za ugotovitev obstoja delovnega razmerja delodajalec v pobot tožbenemu zahtevku za izplačilo prejemkov iz delovnega razmerja ne more uveljavljati plačila za delo po pogodbah civilnega prava;
- v primeru ugotovitve obstoja delovnega razmerja prejšnjega samostojnega podjetnika je obveznost obračuna davka in prispevkov od delavčeve bruto plače zakonsko določena obveznost, ki jo je delodajalec dolžan izvršiti, in sicer ne glede na to, ali je delavec kot zavezanec po drugi podlagi (kot samostojni podjetnik) za isto obdobje že plačal te dajatve državi oziroma pristojnim zavodom;
- s temi zakonsko določenimi dajatvami delavec kot zavezanec tudi sicer ne more prosto razpolagati in ne morejo biti niti predmet pobotanja; dejstvo, da je tožnik že sam (kot samostojni podjetnik oziroma samozaposlena oseba) obračunal in odvedel davek in prispevke od zneska, ki ga je prejel na podlagi pogodb civilnega prava, ne pomeni, da je s tem ugasnila obveznost toženke, da iz naslova delovnopravne pravice tožnika do bruto plače zanj obračuna in

odvede zakonsko predpisan davek in obvezne prispevke. Izpolnitvi te svoje zakonske obveznosti se delodajalec ne more izogniti niti s sklicevanjem na to, da je delavcu za obdobje, za katero je bil ugotovljen obstoj delovnega razmerja, iz naslova pogodb civilnega prava izplačal zneske, ki so presegali višino bruto plače, do katere bi bil delavec upravičen, če bi imel z delodajalcem sklenjeno pogodbo o zaposlitvi;

- celotna bilanca prejetih in pripadajočih izplačil v zvezi z vzpostavitvijo delovnega razmerja bo jasna šele potem, ko bo delodajalec za tožnika obračunal in odvedel javnopravne dajatve od pripadajoče plače, kar bo moral storiti že zaradi vzpostavitve delovnega razmerja; šele potem bo jasno, za koliko, če sploh, po pogodbah civilnega prava plačani zneski presegajo obveznost toženke iz delovnega razmerja; navedeno pomeni, da bo eventualni presežek znan šele potem, ko bo ta sodba izvršena in ga bo mogoče uveljaviti šele po tem. Če je po medsebojnem poračunu prejemkov na podlagi pogodb civilnega prava in prejemkov iz delovnega razmerja delavec prejel več, kot bi prejel, če bi bil v delovnem razmerju, ki je bilo ugotovljeno s sodno odločbo, se glede vračanja dosežene koristi uporabljajo pravila civilnega prava.

Slovenske sodne prakse ne ocenjujem kot restriktivne. Velika večina tožnikov, ki so zahtevali obstoj delovnega razmerja, je bila tudi uspešna. Menim, da je praksa tudi v skladu z izhodišči SEU pri opredelitvi pojma delavca. Obenem je sodna praksa ostala v okvirih klasične opredelitve elementov delovnega razmerja in do sedaj s to opredelitvijo ni imela posebnih težav.

Kot navedeno pa razvoj prinaša različne oblike opravljanja dela, ki jih mora upoštevati in ponovno vrednotiti tudi delovno pravo. Zato v nadaljevanju opozarjam na nekatera stališča SEU in zlasti na novejša primerjalno pravna razmišljanja ter odločitve v sodnih praksah drugih držav pri opredelitvi pojma delavca ali (na drugi strani) samozaposlene osebe (oziroma tudi tretjih kategorij), ki se nanašajo predvsem na izvajalce del in storitev preko različnih platform. Njihovo število znatno narašča in predstavlja že pomemben del delovno aktivnega prebivalstva. Obenem prav problematika platformnih delavcev kaže na vprašljivost tradicionalnih konceptov avtonomije ali na drugi strani subordinacije kot značilnosti delovnega razmerja.

2.2. SEU in pojem delavca¹²

Kot je znano, je SEU že v številnih odločbah zavzelo stališča o tem, kaj določa in opredeljuje pojem delavca (npr. *Lawrie-Blum*, 66/85, *Trojani*, C-456/02, *Union syndicale Solidaires Isère*, C-428/09, *Fenoll*, C-316/13, *Matzak*, C-518/15).

Poudarilo je, da morajo biti kriteriji za to presojo objektivni. Pri tem tudi samozaposlitveni status po nacionalnem pravu ne more biti odločilen (*Allonby*, C-256/01, sodba z dne 13. 1. 2004, ki je bila sprejeta v zvezi s prejšnjim 141. členom PES, sedanjim 157. členom PDEU – enako plačilo za enako delo ali delo enake vrednosti za moške in ženske); formalna opredelitev samozaposlene osebe v nacionalnem pravu ne spremeni dejstva, da mora biti oseba opredeljena kot delavka, če je njena neodvisnost le navidezna. SEU je torej izhajalo iz presoje, da ni bistvena opredelitev (klasifikacija) medsebojnega razmerja po nacionalnem pravu (*Fenol*, C-316/13, 25. – 42. točka, *Sindicatul Familia Constanța*, C-147/11, 41. in 42. točka in številne druge).

Za „delavca“ je treba šteti vsako osebo, ki opravlja resnično in učinkovito dejavnost, z izjemo tako očitno omejenih dejavnosti, da jih je mogoče šteti za postranske in pomožne. SEU je torej v svojih odločbah poudarilo, da do opredelitve delavca ne more priti v primerih zelo omejenega obsega dela, ki je obrobno ali pomožno.

Značilnost delovnega razmerja je, da določena oseba določen čas v korist in pod vodstvom druge osebe opravi dela, za katera v zameno prejme plačilo (glej npr. *Trojani*, C-456/02).

Čeprav je res, da je plačilo za opravljene storitve temeljna značilnost delovnega razmerja, omejena višina plačila niti izvor sredstev zanj ne moreta imeti kakršnih koli posledic za opredelitev delavca v smislu prava Skupnosti (glej *Mattern*, C-10/05, *Vatsouras in Koupatantze*, C-22/08 in 23/08, 27. in 28. točka).

Za delovno razmerje je bistvena tudi podrejenost delavca.

SEU je koncept delavca razvijalo tudi v zvezi z Direktivo 98/59/ES o približevanju zakonodaje članic v zvezi s kolektivnimi odpusti, ki uvaja pojem običajno zaposlenih delavcev. Ta pojem je SEU razlagalo zelo široko.¹³ Obenem je

¹² Glej tudi Senčur Peček, D., 2016, str. 189–217 in Senčur Peček D., 2023, str. 175–201.

¹³ Pojem delavca je treba opredeliti glede na objektivna merila. Pri tem je bistvena značilnost delovnega

poudarilo, da je pojem delavca tudi po tej direktivi treba razlagati avtonomno in enotno v pravnem redu Unije.

S sklicevanjem na odločitev v zadevi *Allonby*, C-256/01, je SEU v sodbi *FNV Kunsten Informatie en Media*, C-413/13 navedlo, da status „samozaposlenega ponudnika storitev“ po nacionalnem pravu ne izključuje tega, da se neko osebo opredeli kot delavca v smislu prava Unije, če je njena neodvisnost le fiktivna, tako da gre dejansko za prikrito delovno razmerje. Na status delavca v smislu prava Unije ne more vplivati dejstvo, da je bila oseba zaposlena kot samozaposleni ponudnik storitev po nacionalnem pravu iz davčnih, administrativnih ali birokratskih razlogov, če ta oseba deluje po navodilih svojega delodajalca - zlasti glede svobode pri izbiri delovnega časa, kraja in vsebine svojega dela, če ni udeležena pri poslovnem tveganju tega delodajalca (sodba *Agegate*, C-3/87) ter je vključena v podjetje navedenega delodajalca, z njim pa tvori enoten gospodarski subjekt (*Becu in drugi*, C-22/98, 26. točka). V zvezi s kriterijem za presojo, ali gre za delavce ali samozaposlene, je SEU napotilo nacionalno sodišče, da ugotovi, ali imajo (v konkretnem primeru) pomožni glasbeniki glede določanja delovnega časa, kraja in načina opravljanja zaupanih nalog (vaj in koncertov) na voljo več samostojnosti in fleksibilnosti kot delavci, ki opravljajo isto dejavnost. Pri presoji o delovnem razmerju je torej poudarilo tudi pomen primerjave dela delavcev v delovnem razmerju in samozaposlenih oseb.

V sodbi *Ruhrlandklinik*, C-216/15 z dne 17. 11. 2016 se je pojavilo vprašanje razlage Direktive 2008/104/ES o delu preko agencij za zagotavljanje začasnega dela, ki v 1. členu določa, da se uporablja za delavce, ki imajo z agencijo za zagotavljanje začasnega dela sklenjeno pogodbo o zaposlitvi ali delovno razmerje in so napoteni v podjetje uporabnika, kjer začasno delajo pod nadzorom in v skladu z navodili tega podjetja, v 3. členu pa (med drugim), da delavec pomeni vsako osebo, ki je zaščiten kot delavec po nacionalni zakonodaji o delovnem pravu.¹⁴

Družba *Ruhrlandklinik* je upravljala bolnišnico in leta 2010 z nepridobitnim društvom sklenila dogovor o zagotavljanju dela, s katerim se je to društvo zavezalo, da bo na delo v to bolnišnico napotilo negovalno osebje, prejelo pa

razmerja, da oseba določen čas v korist druge osebe in po njenih navodilih opravlja delo, za katerega prejema plačilo. Glej npr. zadeve *Lawrei-Blum*, C-66/85, *Balkaya*, C-229/14, *Pujante Rivera*, C-422/14.

¹⁴ Takšna opredelitev bi lahko pomenila, da se pojem delavca povezuje z zaščito po nacionalnem pravu in torej ne gre za evropski koncept, kar pa, kot navedeno, ne drži.

bo nadomestilo za stroške osebja in tri odstotno pavšalno nadomestilo upravnih stroškov. Negovalno osebje so sestavljali člani društva, ki so imeli dovoljenje za opravljanje poklicne dejavnosti na področju zdravstva. Razmerje med društvom in njegovimi člani ni bilo urejeno s pogodbo o zaposlitvi. Pravna podlaga obveznosti njegovih članov, da opravljajo delo, je izhajala iz njihovega članstva v društvu in tega, da prispevajo k društvu tako, da opravljajo delo v razmerju osebne podrejenosti. Svet delavcev klinike je zavrnil soglasje k napotitvi delavke, ker naj ta napotitev ne bi bila začasna (in bi bila v nasprotju z zakonom, ki prepoveduje napotitve, ki niso začasne), temu pa je nasprotovala klinika. Zato je zahtevala sodno odločbo za stalno napotitev.

Po mnenju predložitvenega sodišča se prepoved trajne napotitve delavca iz nemškega zakona o napotitvi delavcev na začasno delo uporablja le za delavce, zaposlene v agenciji za zagotavljanje začasnega dela. Klub temu se je predložitveno sodišče spraševalo, ali ne bi bilo mogoče tožnico, čeprav nima statusa delavke po nemškem pravu, obravnavati kot delavko na podlagi prava Unije, natančneje v smislu 1.(1) člena Direktive 2008/104/ES.

Zastavilo se je torej vprašanje, ali se ta direktiva uporablja, če nepridobitno društvo za finančno nadomestilo enega od svojih članov napoti v podjetje uporabnika, da bi tam kot glavno dejavnost in v skladu z navodili tega podjetja opravljal delo za plačilo, čeprav ta član po nacionalnem pravu nima statusa delavca, ker z društvom ni sklenil pogodbe o zaposlitvi.

SEU je najprej razlagalo pojem delavca in izhajalo iz svoje dosedanje in ustaljene prakse, po kateri je bistvena značilnost delovnega razmerja to, da oseba določen čas v korist druge osebe in po njenih navodilih opravlja delo, v zameno za to pa prejme plačilo; pravna opredelitev v nacionalnem pravu in oblika tega razmerja, prav tako kot narava pravne vezi, ki te dve osebi povezuje, niso odločilne (*Danosa*, C-232/09). Izrecno je tudi navedlo, da se ta direktiva ne uporablja le za delavce, ki so sklenili pogodbo o zaposlitvi z agencijo za zagotavljanje začasnega dela, ampak tudi za delavce, ki so s tako agencijo v „delovnem razmerju“. Niti pravna opredelitev razmerja, ki povezuje osebo z agencijo za zagotavljanje začasnega dela v nacionalnem pravu, narava njunih pravnih vezi niti oblika tega razmerja torej niso odločilni pri opredelitvi te osebe za delavca. Tako tožnice ni mogoče izključiti s področja uporabe te direktive le zato, ker z agencijo za zagotavljanje začasnega dela nima sklenjene pogodbe o zaposlitvi, in ker zato nima statusa delavca na podlagi nemškega prava. Pojem delavca ob znanih značilnostih delovnega razmerja ni odvisen od pravne kvalifikacije njenega razmerja v

nacionalni zakonodaji, narave pravne vezi, ki te dve osebi povezuje, in oblike tega razmerja. Predložitveno sodišče pa mora preveriti, ali so ti pogoji v tem primeru izpolnjeni in ali je torej tožnico treba šteti za delavko v smislu navedene direktive.

V zadevi *Yodel Delivery*, C-692/19 (sklepu z dne 22. 4. 2020) je tožnik za toženko dostavljal pakete, pred vstopom v posel pa je bil deležen tudi ustreznega treninga. Z Yodel je imel sklenjen dogovor, po katerem je bil samozaposlen in neodvisen pogodbenik, ki je uporabljal svoje vozilo in svoj mobilni telefon, s katerim je komuniciral z Yodel. Iz medsebojnega dogovora ni izhajalo, da je bil dolžan izvajati dostavo le osebno, temveč tudi s podizvajalcem ali namestnikom. Yodel je nadomeščanje sicer lahko preprečil, če nadomestna oseba ne bi bila usposobljena in kvalificirana za zagotovitev enakega standarda usluge, kot jo je zahteval; kljub temu je tožnik ostal odgovoren za napake v primeru opravljanja dela s podizvajalcem. Obenem je lahko tožnik izbral, ali bo delo za Yodel opravil ali ne (lahko je izbral tudi maksimalno število paketov, ki jih bo dostavil). Yodel ni bil zavezan, da za usluge uporablja prav tožnika. Dogovor je določal tudi, da morajo biti paketi dostavljeni od 7.30 ure do 21. ure. V tem okviru je o točnem času dostave odločal tožnik, razen v primeru fiksno določenih dostav. Na ta način je lahko v danem časovnem okviru določil tudi čas svojega dela, ki mu je ustrežal. Podobne usluge je lahko opravljal tudi za tretje stranke (družbe, ki so konkurenčne Yodel). Tožnik, ki je bil poslovno in davčno samozaposlena oseba, je za namen priznanja Direktive 2003/88/ES o delovnem času uveljavljal priznanje statusa delavca.

Vprašanje SEU se je nanašalo na to, ali Direktiva 2003/88/ES o delovnem času preprečuje, da se samozaposlena in neodvisna oseba šteje za delavca za namene te direktive.

SEU je načeloma odgovorilo, da bi se tudi takšno osebno lahko štelo za delavca in da tega ne preprečuje nacionalna ureditev z opredelitvijo samozaposlene osebe. Vendar je pri tem treba izhajati iz objektivnih kriterijev in oceniti (ovrednotiti) vse okoliščine - naravo aktivnosti in razmerja med strankama. Poudarilo je, da je za delovno razmerje značilen obstoj hierarhičnega odnosa med delavcem in delodajalcem (ki ga je treba obravnavati celovito); za delovno razmerje je značilno, da delavec za določeno časovno obdobje izvaja delo za in pod nadzorom (kontrola) druge osebe, v zameno za plačilo. Vseeno je sodišče z upoštevanjem zgoraj navedenih okoliščin (ki jih sicer mora natančneje ugotoviti še predložitveno sodišče) menilo, da ne kaže, da bi bila neodvisnost tožnika (dostavljavca) fiktivna in da ne kaže, da bi bil odnos med njim in domnevnim delodajalcem odnos podrejenosti.

Pri svoji presoji je izpostavilo naslednje elemente: pravico, da izvajalec uporabi podizvajalce in namestnike (čeprav SEU pri tem ni izpostavilo pomembnega vprašanja, kako se ta možnost dejansko uporablja oziroma ali se v praksi sploh lahko uporablja – glej kasnejši prikaz primerjalne sodne prakse v primeru platformnih delavcev), pravico izvajalca, da sprejme ali ne sprejme naloge in koliko teh nalog (dostave) sprejme, pravico, da lahko podobno delo zagotovi tudi tretjim strankam in pravico, da delo opravi v določenem časovnem intervalu.

Zanimiva je tudi odločitev SEU v sodbi *TP*, C-356/21 z dne 12.1. 2023 v zvezi z Direktivo Sveta 2000/78/ES z dne 27.11. 2000 o splošnih okvirih enakega obravnavanja pri zaposlovanju in delu. Tožnik je zahteval plačilo odškodnine za nepremoženjsko škodo zaradi kršitve načela enakega obravnavanja - neposredne diskriminacije na podlagi spolne usmerjenosti v zvezi z odpovedjo opravljanja storitev po civilni pogodbi z upravljalcem javne televizije. Zastavilo se je vprašanje, ali zanj (kot samozaposleno osebo) sploh velja 3. člen Direktive 2000/78/ES, ki se med drugim uporablja za pogoje, pod katerimi je dostopna zaposlitev, samozaposlitev ali delo, vključno z izbirnimi merili in pogoji za sprejem v službo, ne glede na vejo dejavnosti ali hierarhično mesto, vključno z napredovanjem ter za zaposlitev in delovne pogoje, vključno z odpustitvijo in plačilom. SEU je poudarilo, da namen te direktive ni le varstvo delavca kot šibkejšje stranke delovnega razmerja; namen je tudi (ob upoštevanju socialnih in javnih interesov) odpraviti vse ovire, ki temeljijo na diskriminatornih razlogih za dostop do sredstev za preživljanje in do možnosti z delom prispevati k družbi, ne glede na pravno obliko, na podlagi katere se delo opravlja. Varstvo po Direktivi 2000/78/ES je treba razumeti v širšem smislu; to varstvo ne more biti odvisno od formalne opredelitve delovnega razmerja v nacionalnem pravu ali od izbire med različnimi pogodbami ob zaposlitvi. Poudarilo je tudi, da se pojem „odpust“ praviloma res nanaša na odpoved pogodbe o zaposlitvi, sklenjene med delavcem in njegovim delodajalcem, vendar ta pojem v navedeni direktivi ni naveden kot primer pojma „zaposlitev in delovni pogoji“ in se tako med drugim nanaša na enostransko odpoved katere koli dejavnosti, navedene v 3.(1)(a) členu. Zlasti je poudarilo, da je tako kot delavec, ki zaradi „odpustitve“ neprostoovoljno izgubi svojo zaposlitev, lahko tudi oseba, ki je opravljala samostojno dejavnost, prisiljena prenehati opravljati to dejavnost zaradi svojega sopogodbenika in je zato v ranljivem položaju, ki je primerljiv s položajem odpuščenega delavca. Tudi v tem primeru je torej SEU odločilo, da varstvo (pred diskriminacijo) ne zajema le oseb v delovnem razmerju, temveč je širše.

2.3. Platformni delavci in nekatere odločitve evropskih sodišč

2.3.1. Splošno

Platformno delo postaja globalna značilnost in resničnost, v katero je vključeno veliko oseb (izvajalcev). Le v Evropi je izvajalcev teh del približno 30 milijonov, po prognozah za leto 2025 pa jih bo že 43 milijonov.¹⁵

Za delo preko platform je značilen obstoj najmanj tristranega razmerja¹⁶ med on-line platformo,¹⁷ platformnim delavcem (to je delavcem, ki opravlja delo preko platforme, ne glede na to, kakšen je njegov delovnopравни ali siceršnji položaj) in koristnikom uslug. Delo preko platforme vključuje številne oblike zahtevnega ali nezahtevnega dela in v glavnem predstavlja razne mikro naloge, dostavna dela (dostavo hrane, paketov ipd.), prevoz potnikov, popravila itd.

Digitalne platforme oziroma digitalne delovne platforme (*digital labour platforms*) je mogoče opredeliti kot digitalne mreže, ki koordinirajo transakcije uslug dela na algoritemski način. Ta način koordinacije oziroma algoritemsko upravljanje predstavlja organizacijo delovanja, nadzora in evalvacije dela izvajalcev s pomočjo algoritmov.¹⁸

Prav algoritemsko upravljanje je glavna značilnost digitalnih delovnih platform. Zaradi algoritemskega upravljanja gre za model, ki ga obvladuje umetna inteligenca. Uporaba le te seveda ni omejena le na platformno delo, saj je njena uporaba del širše evolucije. Govori se o četrti industrijski revoluciji, ki jo opredeljujejo tudi internetni modeli in tehnologije, blok verige (*blockchain*), robotika, biotehnologija itd.

Obenem je platformno delo le del še drugih trendov na področju trga dela, katerih značilnost je hiper diverzifikacija opravljanja del.

¹⁵ Eden glavnih akterjev na tem področju je npr. DoorDash, kalifornijska družba, ki je prevzela naš Wolt in je imela konec leta 2020 milijon dostavljavcev hrane, 32 milijonov strank, prihodek leta 2022 pa je znašal 6,58 milijarde dolarjev; leto 2021 je imel tudi veliko izgubo – 1,3 milijarde dolarjev.

¹⁶ Lahko pa se vmes pojavi še podizvajalec, ki ima sklenjeno pogodbo s platformo.

¹⁷ On-line pomeni združevanje ponudbe in povpraševanja za plačanim delom preko digitalnih platform.

¹⁸ Glede uporabe algoritmov glej več v: Bagari, S., Uporaba algoritmov na področju delovnih razmerij, v Delavci in delodajalci št. 1/2022, str. 41–56 in Bagari, Sara: Tveganja pri uvajanju umetne inteligence v delovna razmerja in možne pravne rešitve, v Delavci in delodajalci št. 2-3/2023, str. 221–242.

Model platformnega dela v glavnem določajo naslednji elementi:

- obstoj najmanj tristranskega razmerja med on-line platformo, platformnim delavcem in koristnikom uslug,
- on-line povezovanje ponudbe in povpraševanja za plačanim delom, ki ga organizira platforma,
- plačilo kot element transakcije z namenom izvršitve posla,
- ponudba uslug na zahtevo.¹⁹

*Crowdwork*²⁰ je izraz, ki se uporablja predvsem za delo, ki se opravlja na daljavo preko računalniških povezav, brez dejanske zveze z določeno lokacijo izvedbe in v glavnem vključuje določene mikro naloge.²¹ Dela so običajno enostavna in ne zahtevajo posebnih kvalifikacij, vendar ta kategorija ni omejena le na takšne naloge. Nekatera opravila so namreč tudi kreativna ali jih lahko opravljajo le zelo usposobljene osebe npr. programerji, oblikovalci.

Gigwork je izraz za delo, pri katerem pride predvsem do povezave ponudbe in povpraševanje preko on-line platforme in je namenjeno določeni osebi, delo pa se opravi na določeni lokaciji, „off-line“ (dostava hrane, prevozi potnikov, uslužne dejavnosti).²²

Točno ločevanje obeh oblik je nemogoče, saj so platforme različne, poslujejo različno, nekatere pa tudi *crowdwork* omejujejo na določeno lokacijo.²³ To torej pomeni, da gre za zelo heterogene oblike opravljanja dela.

¹⁹ Glej tudi Iva Bjelinski Radić: Radnopravni aspekti rada preko digitalnih platformi, PF v Zagrebu, 2022, str. 38, 39; Kresal Barbara: Delo prek spletnih platform, 2020, str. 105–128; Polajžar Aljoša, 2023, str. 29–54.

²⁰ Tudi crowdsourcing – ki je skovanka izrazov crowd (množica) in outsourcing (zunanje izvajanje).

²¹ Primer takšnega dela je lahko Amazon Mechanical Turk, kjer se na ta način izvajajo naloge zbiranja podatkov, izpolnjevanja anket, pregleda in označevanja fotografij, transkripcije, pisanje tekstov, analize itd. Izvajalci teh mikro uslug dobijo plačilo le za naloge, ki jih naročitelj odobri in so izvedene. Naročnik posla sicer lahko zavrne rešitev in izvršitev naloge, kljub temu pa ima pravico, da izkoristi izvedeno delo.

²² Primer takšnega dela je npr. Uber Technologies inc. – platforma za prevoz potnikov. Poleg tega delujejo v okviru Ubra še platforme za dostavo hrane (Uber Eats), tovora (Uber Freight), poslovne koristnike uslug (Uber for Business) itd. Podrobneje glede Uberjevega modela v: Polajžar Aljoša, 2023, str. 29–54.

²³ O različnih oblikah platform in natančnejšem načinu poslovanja večjega števila konkretnih platform glej: M. Cornet, M. Joulin, A. Casili: Platform-mediated labour in Europe, Hal Open Science, julij 2023, <https://hal.science>. Tudi v: Kresal Barbara, 2020, str. 105–128.

Izvajalci teh del so običajno samozaposleni oziroma se večkrat celo zahteva, da delo opravljajo v statusu samozaposlitve. Delo se lahko opravlja tudi preko posrednih družb oziroma se včasih tudi to izrecno zahteva.

Delo preko platform prinaša večjo fleksibilnost in se prav glede tega odmika od tradicionalnega pojmovanja delovnega mesta in delovnega časa. Pomen fizičnega delovnega mesta se zmanjšuje, veliko del (zlasti crowdwork) pa ni več vezanih na določeno lokacijo. Čas dela je lahko zelo različen - od zelo kratkotrajnih del, del ki so občasna in začasna, se ponavljajo, do daljših aranžmajev, ki pa so večinoma zelo nestabilni. Običajno gre za delo na zahtevo platforme iz bazena delavcev, ki se prijavijo in čakajo na delo po izbiri algoritma. Čas dela je tako zelo težko predvidljiv in se lahko prestavi tudi na nočne ure ali delo ob vikendih in praznikih. Opravljenemu delu običajno sledi slabo plačilo; ker gre več ali manj za samozaposlene delavce, tem ni zagotovljena osnovna zaščita v obliki minimalne plače, delovnega časa. Vprašljivo je lahko tudi sindikalno organiziranje in možnost kolektivnega dogovarjanja. Varnost in zdravje pri delu in s tem povezano plačilo za čas odsotnosti je v glavnem prevaljeno na izvajalce.

Pri platformnem delu se zastavlja tudi vprašanje nivoja podrejenosti in obenem integracije v strukturo ponudnika storitev - platforme (delodajalca). Obenem se zamegljuje razlika med zasebnim in poslovnim življenjem, s tem pa tudi opredelitev delovnega časa, ki se izmika striktnemu razlikovanju med časom dela in obdobjem počitka - izmika se torej delitvi, ki jo SEU dosledno poudarja v primeru Direktive 2003/88/ES o določenih vidikih organizacije delovnega časa. Dosledna delitev časa dela in počitka ni povsem primerna. Verjetno bodo v tem segmentu potrebe radikalnejše spremembe.

V velikem številu primerov takšnega dela izvajalci po prijavi na delo (po prijavi razpoložljivosti za delo) čakajo, da jih algoritem izbere in napoti na konkretno delo (*stand-by time*); v vmesnem času so v podobnem položaju kot delavci v pripravljenosti na delo, čeprav se pripravljenost platformnih delavcev, da sprejmejo delo in ga izvedejo, običajno ne plača in se ne šteje v delovni čas. Z vidika avtonomnega odločanja o delu v takih in podobnih okoliščinah se zato še dodatno zastavlja vprašanje utemeljenosti sedanjega pojmovanja koncepta delovnega časa.²⁴

²⁴ Glej Sara Huybrechts: Working time and autonomy: Lessons for the new ways of working, European Labour Law Journal, No. 4, 2023, str. 570–587.

Za platformno delo je v glavnem značilna tudi možnost svobodnega odločanja o delu, številu ur dela ter možnost odklonitve dela. Prav te okoliščine porajajo dileme, ali prav zaradi odsotnosti klasične subordinacije v tem pogledu sploh lahko govorimo o delovnem razmerju.

Pravnih problemov v zvezi s takšnim delom v številnih različicah je veliko. Osnovno vprašanje je, ali izvajalce del obravnavati kot neodvisne pogodbenike ali kot delavce, in na drugi strani, kako obravnavati platformne družbe - kot pogodbene partnerje ali delodajalce.²⁵ Vprašanje vključuje zakonsko in drugo opredelitev oseb, ki jih pokriva delovno pravo, morda tudi možnost priznavanja podobne zaščite, ki velja za delavce v delovnem razmerju, čeprav ti niso zaposleni.

Problematična je lahko tudi višina (minimalnega) plačila, saj se povezuje s tem, kje se opravlja delo. Zlasti v primerih *crowdworka* se podjetje ali oseba, ki naroči delo, lahko nahaja v eni državi, platforma, preko katere se opravlja delo, v drugi državi, izvajalci del pa so lahko locirani v različnih drugih državah. Ureditve v različnih državah so različne, saj nekje minimalna plača zakonsko sploh ni določena.²⁶

Ureditve se razlikujejo tudi glede pravic do združevanja in kolektivnega dogovarjanja z vključitvijo samozaposlenih oseb (čeprav te pravice za samozaposlene ne bi smele biti vprašljive),²⁷ veljavnosti kolektivnih pogodb, zakonodaje o delovnem času, zavarovanju, obsegu in možnosti kontrole itd.

Zaradi nakazanih različnih možnih lokacij udeležencev izvajanja platformnega dela se v pravnih sporih lahko postavljata vprašanji prisojnosti sodišč in uporabe prava.²⁸ Ker je digitalna platforma le redko ena družba, temveč so to glavna

²⁵ Platformne družbe so ena od značilnosti novega kapitalizma (če ga lahko tako imenujemo), ki ne proizvaja več v klasičnem smislu, temveč s pomočjo algoritmov spaja ponudbo in povpraševanje; pri tem oddaja svoje usluge, ki jih dejansko opravljajo in koristijo drugi. O širših posledicah takšnih in podobnih praks in spremembah družbenih odnosov npr. Janis Varoufakis: *Techno Feudalism, What killed Capitalism*, 2023.

²⁶ Npr. na Švedskem.

²⁷ Glej Charalampos Stylogiannis: The effective application of the right to collective bargaining for self-employed (platform) workers: "Not such an easy task," *European Labour Law Journal*, No. 4, 2023, str. 494–513.

²⁸ Glej Uredbo (EU) št. 1215/2012 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2012 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah (prenovitev), zlasti 20. – 23. člen, Uredbo (ES) št. 593/2008 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 7.6.2008 o pravu, ki se uporablja za pogodbeno obligacijska razmerja (Rim I), zlasti 3., 4. in 8. člen.

družba in podizvajalke ali podružnice, večkrat tudi ni enostavno ugotoviti, koga je treba tožiti (več kasneje).

Reševanje te problematike je več ali manj novo, vendar pred sodišči v EU in ZDA že poteka večje število sporov. V več primerih je bilo tudi že odločeno, v nekaterih primerih tudi pred vrhovnimi sodišči.

Spori se odvijajo pred delovnimi (civilnimi) sodišči, upravnimi sodišči (npr. v zvezi z davčno opredelitvijo razmerja, ukrepi inšpektorjev), kazenskimi sodišči ter različnimi administrativnimi telesi in inšpekcijami. Predmet sporov so pravice iz delovnega razmerja, socialne pravice, zdravje in varnost pri delu, veljavnost kolektivnih pogodb, davki, konkurenca ali celo kazniva dejanja, vprašanja dostopa do informacij o delovanju algoritma, diskriminatornega obravnavanja izvajalcev del²⁹ itd.

Značilnost dosedanjih sporov so različna stališča in odločitve administrativnih organov ter sodišč v posameznih državah, torej raznovrstna sodna praksa in različni poudarki pri presoji, ali gre za delavce v delovnem razmerju ali ne. Gre za različna tolmačenja o pomenu elementov, ki opredeljujejo delovno razmerje, v nasprotju z drugimi razmerji.³⁰ Seveda je to povezano tudi z razlikami v primerjalnih ureditvah. Zanimivo je, da sodišča v nekaterih državah pri odločanju upoštevajo in se sklicujejo tudi na nekatere sodbe iz drugih držav in na nekatere redke odločitve SEU, ki pa ne rešujejo celotne problematike (kot npr. predstavljene zadeve *FVN Kunsten*, C-413/13, *Ruhrlandklinik*, C-216/15, *Yodel*, C-692/19). Nekateri pristopi v primerjalnih ureditvah odstopajo od kriterijev v praksi SEU.

Številni spori v primerjalnih ureditvah glede delovnoppravnega statusa platformnih delavcev kažejo, da bi številni samozaposleni izvajalci del svojo svobodo odločanja za delo in obseg dela želeli zamenjati za stabilen delovno pravni status in predvidljive mesečne prejemke. Res pa je tudi, da nekateri samostojni podjetniki nočejo uveljavljati statusa delavca, vendar se njihov odnos do tega običajno zelo spremeni, če zbolijo, se postarajo in ugotovijo, da nimajo velike zaščite.

Pomembno je izpostaviti, da organizacije, ki obvladujejo platforme, zelo hitro spreminjajo in prilagajajo svoje algoritme, pogoje dela in upoštevajo tudi razloge odločitev v zadevah, v katerih je sodišče v nekem primerjalnem sistemu tožnikom

²⁹ Ker algoritem uporablja diskriminatorne kriterije ali ocenjevanje pri omogočanju izvajanja dela.

³⁰ Pomembne pokazatelje za obstoj delovnega razmerja vsebuje tudi Priporočilo MOD o delovnem razmerju, 2006 (št. 198).

priznalo položaj delavca. Zato lahko nekatere odločitve oziroma razlogi odločitev sodišč zaradi kasnejših sprememb pogojev dela izgubijo aktualnost.

2.3.2. Nekatere odločitve iz primerjalne sodne prakse

Primeri sodne prakse, ki jih predstavljam v nadaljevanju, se v glavnem nanašajo na gig platforme, razen zadeve *Roamler*, v kateri gre za nekoliko specifičen primer *crowdworka* (delo tožnika je bilo namreč omejeno na določeno lokacijo).

Vrhovno sodišče Nizozemske je s sodbo št. 21/02090 z dne 24. 3. 2023 potrdilo sodbo pritožbenega sodišča v Amsterdamu 200.261.051 z dne 16. 2. 2021 v sporu med Federacijo nizozemskih sindikatov in Deliveroo Nizozemska. Pri odločitvi o tem, da je voznike (dostavljavce hrane) treba obravnavati kot delavce, so sodišča vseh stopenj upoštevala, da je Deliveroo v pogodbah z vozniki določal vse odločilne aspekte opravljanja dela (ki jih je tudi spreminjal), vključno s plačilom. Vozniki so morali na telefonu uporabljati aplikacijo, ki jim je omogočala delo s pomočjo netransparentnega algoritma; morali so se prijaviti v aplikacijo, vendar je potrebo po delu sporočil Deliveroo. Vozniki so opravljali bistveno dejavnost. Nastopali so kot izvajalci za Deliveroo in ne neodvisno; Deliveroo je kontroliral njihovo delo preko GPS sistema. Vozniki so bili zavarovani za nesrečo pri delu, kar ni značilnost neodvisnih pogodbenikov. Lahko so odklonili delo, vendar le iz določenih razlogov, ki so jih morali sporočiti v sistem. Imeli so možnost, da delo opravijo po drugi osebi, ki pa je morala biti registrirana in imeti dovoljenje za delo itd.

Vrhovno sodišče je med drugim poudarilo, da se je voznik s privolitvijo Deliveroo lahko zamenjal z drugim voznikom, vendar je preko aplikacije lahko istočasno opravljala delo le ena oseba. Zato to ni mogla biti trajna zamenjava niti model ustvarjanja prihodka, do zamenjav pa je prihajalo le občasno. Navedlo je, da možnost zamenjave ni nezdržljiva z delovnim razmerjem, saj tudi v delovnem razmerju delavca s soglasjem delodajalca lahko zamenja druga oseba. Pri tem je Vrhovno sodišče Nizozemske sicer pojasnilo, da je to element, ki kaže bolj na samozaposlitev kot na delovno razmerje, vendar ni nezdržljiv z delovnim razmerjem. Posebne teže ni namenilo niti temu, da so vozniki sami odločali, ali bodo opravili delo in koliko dela bodo opravili (tudi če dve tretjini voznikov dela za hobi in zasluži manj kot 40 % minimalne plače).

Zlasti je upoštevalo, da je dostava hrane bistvena aktivnost Deliveroo, ki tudi enostransko spreminja vsebino pogodb in nastopa s pozicije avtoritete, saj stalno nadzoruje voznike z GPS sistemom. Upoštevalo je, da platforma odločilno vpliva na naravo dela in s sistemom bonusov močno vpliva na delovanje voznikov, da morajo tretje osebe voznike prepoznati kot voznike Deliveroo in se uporabniki lahko pritožijo zoper vsakega voznika (Deliveroo ima natančne informacije o vsakem vozniku). Deliveroo tudi ni dokazal, da so vozniki opravljali delo le v manjšem obsegu. Dejstvo, da vozniki uporabljajo svoj prevoz (običajno kolo), ni bilo odločilno, saj to ne predstavlja vložka v njihovo podjetniško aktivnost. Tudi zavarovanje voznikov za nesrečo in kompenzacija za izgubo zaslužka v času nezmožnosti za delo nista bila bistvena (ta kompenzacija je bila sicer zelo majhna). Za sodišče je bila nepomembna tudi volja strank ob sklenitvi pogodbe, ker stranke pri opredelitvi pogodbe niso svobodne.

Pred tem je konec leta 2021 bruseljsko (belgijsko) delovno sodišče zavrnilo zahtevo za opredelitev voznikov, ki so opravljali delo za Deliveroo, kot delavcev³¹. Bistvena pri tej odločitvi je bila volja strank (vozniki so podpisali pogodbe, po katerih so imeli položaj samozaposlenih; dejstvo da se niso mogli pogajati o njihovi vsebini, ni bilo pomembno), možnost svobodnega organiziranja delovnega časa (niso bili dolžni delati in niso imeli določenega delovnega časa),³² možnost svobodnega organiziranja dela (vozniki niso imeli navodil glede dostave: načrt poti ni bil obvezen, zavrnilo so lahko dostavo, ni jim bilo treba nositi Deliveroojeve uniforme; uporaba sistema za sledenje GPS ni vplivala na svobodo organiziranja;

³¹ Glej npr. <https://www.vow.be/en/node/296>. Zadeva še ni pravomočna. Podobno je isto sodišče 22. 12. 2022 spremenilo odločitev, s katero je belgijski administrativni organ odločil, da so vozniki, ki opravljajo delo za Uber, delavci. Sodišče je torej presodilo, da gre za samozaposlene osebe in ne za delavce. Zanimivo je, da je kot razlog za to navedlo tudi, da nekateri vozniki za Uber niso registrirani kot posamezniki, temveč delajo za podjetja, s katerimi imajo pogodbo o zaposlitvi, kar bi ob priznanju delovnega razmerja pomenilo, da bi bil Uber drugi delodajalec, to pa so odklonili. Prav obratno je administrativni organ pred tem odločil, da je treba oba – Uber in podjetje, v katerem je delavec zaposlen, šteti za delodajalca.

³² Do aprila 2020 je veljal sistem predhodne rezervacije izmene; zahvaljujoč algoritmu bi Deliveroo dodelil prednostno rezervacijo za določene voznike, vendar je sodišče menilo, da ta sistem ni imel resničnega učinka, saj izmene običajno niso bile 100-odstotno zasedene vnaprej. Tudi dejstvo, da bi aplikacija kolesarjem odredila, kako naj delujejo in kdaj morajo opraviti dostavo, po mnenju sodišča ni imela velikega vpliva. Sistem dodeljevanja in delovanja je temeljil na algoritmu; ta sistem, kjer se najbližjemu vozniku dodeli dobava, ki jo je treba izvršiti takoj, je po mnenju sodišča izhajal iz narave samega posla; vozniki so lahko vedno brez sankcij zavrnilo dostavo in prekinili svoje izmene; ni bilo dejanske registracije delovnega časa, niti voznikom ni bilo treba utemeljiti porabe svojega časa, razen izjemoma.

enostransko določanje cen s strani Deliveroo ni bilo bistveno) in stopnja kontrole (vozniki niso prejeli natančnih navodil, Deliveroo ni imel pooblastil za kaznovanje; v pogodbi je bila predvidena možnost ocenjevanja, ki pa se je v praksi redko izvajalo; Deliveroo je zanikal uporabo statističnih podatkov, ki temeljijo na aplikaciji za ocenjevanje voznikov; poleg tega voznikom ni bilo treba opravičevati svoje odsotnosti, niti se jim ni bilo treba udeleževati obveznih srečanj; večina voznikov je izjavila, da Deliveroo ni nadzoroval njihove opreme ali vozil).

V zadevi Helping (privatni platformi za domača opravila - opravila čiščenja) je amsterdamsko civilno sodišče zavrnilo preklasifikacijo čistilk v delavke zaradi pomanjkanja dolžnosti opravljanja dela in določitve cen storitev z individualnimi pogodbami med čistilko in uporabnikom, čeprav je Helping v glavnem dajal priporočila za delo. Pritožbeno sodišče³³ je odločilo drugače. Presodilo je, da so čistilke agencijske delavke, ker opravljajo delo za plačilo in upoštevajo navodila. Upoštevalo je, da je Helping izvajal standardizirane postopke pridobivanja oseb za delo čiščenja z oceno kvalifikacije in začetnimi treningi. Upoštevalo je tudi, da je Helping uporabnikom zagotavljal čistilke, vključno z njihovimi izkušnjami in plačilom po uri, da je odločilno vplival na ceno dela, organiziral ter procesiral plačila ter vodil sistem ocenjevanja, to delo pa je bilo sicer bistveni posel družbe. Čeprav so posamezne pogodbe za čiščenje določale, da je zaposlovalec uporabnik, je sodišče presodilo, da glede na navodila in usmeritve Helpinga ni bilo pričakovati, da bi uporabniki vršili vlogo delodajalca.

Vrhovno sodišče Francije je odločalo v številnih primerih voznikov, dostavljavcev hrane, paketov, crowdworka (Uber, LeCab, Kapten, Bolt, Deliveroo, Resto, Stuart, Clik and Walk itd.).

Pri odločitvi v zadevi Uber³⁴ je to sodišče opredelilo voznike, ki jih je Uber poimenoval za „neodvisne pogodbenike,“ kot delavce. Pri tem je upoštevalo naslednje odločilne elemente:

- voznikova delovna uspešnost je bila v celoti odvisna od platforme, to pa je vozniku onemogočalo ustvarjanje lastne klientske baze, določanje pogojev storitev ali cen;
- pot vožnje je določila platforma, neupoštevanje te poti pa je povzročilo znižanje plačila;

³³ Gerechtshof. Amsterdam (Amsterdam. Appeals. Court) 21/9/2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:2741 (Helping).

³⁴ Cour de Cassation, No. 19-13.316 z dne 4. 3. 2020.

- voznikovo nepoznavanje ključnih dejstev (predvsem lokacije, na katero je namenjena stranka, ki jo mora voziti) je onemogočalo samostojno organizacijo aktivnosti tega voznika;
- Uber je izvajal sistem sankcioniranja z namenom, da zagotovi sprejemanje dodeljenih nalog (zlasti z začasno prekinitvijo povezave po treh zavrnitvah voznika in grožnjo z odjavo, če je presežena določena stopnja odpovedi) in kaznoval druga neželena ravnanja.³⁵

Nekatere odločitve pred tem so izhajale iz tega, da vozniki niso imeli dolžnosti opravljati delo in so lahko odločali o času dela, obenem pa so bili tudi lastniki vozila. V nasprotju s tem je vrhovno sodišče poudarilo, da je uporaba aplikacije dejansko onemogočala organizacijo lastnega dela voznikov, ob tem da aplikacija voznika ni vnaprej seznanila z destinacijo uporabnika. Voznik je po seznanitvi z destinacijo sicer lahko odklonil vožnjo, vendar so tri odklonitve Uberju omogočale ukinitve voznikovega računa. Mnoge odločitve sodišč nižjih stopenj pred tem so poudarjale, da je Uber dajal le splošna navodila voznikom, vendar je vrhovno sodišče odločilo drugače. Upoštevalo je zahtevano obnašanje med vožnjo, prepoved napitnin in obvezno določeno pot vožnje, obenem pa dejstvo, da je nespoštovanje navodil lahko privedlo do znižanja plačila. Za razliko od prejšnjih sodb sodišč nižjih stopenj je upoštevalo tudi sistem opozoril voznikom, prilagajanja plačil, začasno ali trajno možnost ukinitve voznikovega računa, kar je tolmačilo kot sistem sankcioniranja in moč discipliniranja.

V zvezi z upoštevanjem možnosti konkuriranja voznikov so se starejše sodbe zadovoljile s pomanjkanjem celovite klavzule o ekskluzivnosti opravljanja dela. Kasneje je bilo ugotovljeno, da kombinacija pogodbene prepovedi dela za druge platforme in prepovedi pobiranja strank vozniku dejansko odvzame možnost, da svoje storitve ponudi preko drugih kanalov in si pridobi lastne stranke. Obenem so visoki fiksni stroški vožnje voznike prisilili, da so prek aplikacije delali precejšnje število ur na teden.

Navedena odločitev vrhovnega sodišča je spremenila številne kriterije za presojo nižjih sodišč v zvezi s platformami, ki se ukvarjajo s prevozi. Kljub temu kasnejše

³⁵ V zvezi z Uberjem je zanimiva tudi odločitev nizozemskega pritožbenega sodišča (zadeve a št. 200.295.7423/01 z dne 4. 4. 2023), po kateri je bilo Uberju (in tudi platformi Ola) naloženo, da voznikom, ki sta dobila odpoved pogodb, predloži informacije, ki so bile podlaga odpovedi; informacije so se nanašale na nadzorni sistem, ki ga uporabljata platformi (Uber - Real Time ID in Ola - Guardian sistem), na sistem ocenjevanja voznikov itd.

sodbe francoskih sodišč nižje stopnje niso bile povsem enotne, saj so sodišča v nekaterih primerih izvajalcem priznala status delavca, v drugih pa ne.

Tudi špansko vrhovno sodišče³⁶ je voznikom za Glovo priznalo položaj delavca. Odločitev sodišča je temeljila na tem, da Glovo enostransko določa vse pogoje storitve, vključno s cenami, da so vozniki integrirani v Glovov poslovni model, da ima Glovo digitalno infrastrukturo kot najbolj odločilen dejavnik proizvodnje, da izvaja nadzor z GPS sledenjem, spremljanjem zmogljivosti kolesarjev in sistemom ocenjevanja, da izdaja navodila (npr. o časovnem okviru dobav in obnašanju pri dostavi), da vozniki ne izvajajo prave podjetniške dejavnosti zaradi pomanjkanja bistvenih informacij in infrastrukture ter se soočajo s sankcijami za kršitve in neželjeno ravnanje (vključno z odjavo zaradi večkratne zavrnitve naročil). Sodišče je izhajalo iz tega, da pogodbene določbe niso bistvene in ugotovilo, da je svoboda voznikov le fiktivna. Pri odločitvi je sicer upoštevalo tudi odsotnost delovne obveznosti in prosto izbiro delovnega časa (vključno s pravico do preklica tudi že sprejetih naročil), neobstoj klavzule o ekskluzivnosti in svobodo izbire poti, kar bi kazalo na status samozaposlene osebe, vendar so prevladali zgornji elementi. Sodišče je med drugim navedlo, da je pojma odvisnosti in odtujenosti treba prilagoditi sedanji družbeni realnosti.

Španija je sicer prva evropska država, ki je leta 2021 sprejela zakon, ki določa presumpcijo, da so vozniki za platforme delavci. Zato sta se Deliveroo in Gorilla umaknila iz Španije. Glovo zaposluje polovico voznikov po pogodbah o zaposlitvi, ostali so samozaposleni, Uber pa je voznike spremenil v podizvajalce.

V zadevi Roamler³⁷ je Zvezno vrhovno sodišče Nemčije (za razliko od sodišč nižjih stopenj) tožniku priznalo obstoj delovnega razmerja. Tožnik je za to platformo delal 11 mesecev in v tem času opravil malo manj kot 3.000 mikro nalog. Po enajstih mesecih je platforma deaktivirala njegov račun, ker ji je očital, da mu neutemeljeno ni plačala 10 EUR.

Roamler (toženec) je svojim klientom omogočal kontrolo prezentacije njihovih proizvodov v maloprodaji in na bencinskih servisih, izvajalci (kot je bil tožnik) pa so na določeni lokaciji (v krogu največ 50 km od doma) po točno določenih

³⁶ Tribunal Supremo, št. 805/2020 z dne 25. 9. 2020, s katero je to sodišče spremenilo odločitev nižjega sodišča, ki je voznike opredelila za ekonomsko odvisne osebe. Glej tudi <https://cllpj.law.illinois.edu/dispatches>; glej tudi: Daniel Pérez del Prado: The Legal framework of Platform work in Spain: The new Spanish Riders Law.

³⁷ Bundesarbeitsgericht, 9 AZ 102/20 z dne 1. 10. 2020.

navodilih vprašalnika seznanjali platformo z vsemi podatki, ki jih je želela pridobiti glede prezentacije izdelkov klienta in ji pošiljali fotografije določenih proizvodov, mest, kjer so se nahajali proizvodi v maloprodaji itd. Dolžnost opravljanja dela preko platforme sicer ni obstajala, vendar je bilo po prevzemu naloge treba nalogo opraviti pravilno, v skladu z opisom opravila in jo zaključiti. Šele takrat je nastala dolžnost plačila s strani platforme. Izvajalec je moral nalogo izvršiti v točno določenem časovnem okviru dveh ur; izvajal je t.i. „skrivnostne preglede“, pri katerih se ni identificiral kot uslužbenec toženke. Način dela je omogočal oziroma vzpodbujal napredovanje in pridobivanje več nalog. Roamler je svojo delovno silo označeval kot usposobljeno množico (*crowd*), ki je na voljo kadarkoli in kjerkoli.

Zvezno vrhovno sodišče je v ožji obrazložitvi te sodbe izhajalo iz 611.a člena BGB (ki vsebuje pravno definicijo pogodbe o zaposlitvi) in nato ponovilo nekatera pravila, ki jih je že vzpostavilo pri odločanju o delovnem razmerju in o tem, v katerih elementih se to razlikuje od dela samozaposlene osebe.³⁸ Najprej je izhajalo iz stopnje osebne odvisnosti, ki se zahteva za obstoj delovnega razmerja. Pri tem je upoštevalo naravo dejavnosti in dejstvo, da je osebna odvisnost načeloma večja pri enostavnih delih kot pri nalogah višje ravni, saj ima v prvem primeru izvajalec le omejene ustvarjalne možnosti in ga že nekaj organizacijskih usmeritev omeji pri opravljanju dela, tako da svojih aktivnosti ne more svobodno organizirati (kar je značilnost delovnega razmerja). Tega ne spremeni dejstvo, da je imel tožnik določene specifikacije dela že določene v pogodbi civilnega prava. Poudarilo je pomen celovite presoje vseh pomembnih okoliščin posameznega primera. Obenem je zavrnilo stališče nižjega sodišča, da je pomembno, da

³⁸ Na primer, da delovnega razmerja po pravilu ni, če ni upoštevanja navodil. Če delavec v nasprotju z dogovorom dejansko opravlja delo, ki je vezano na navodila, ki jih določajo drugi, je formalni dogovor nepomemben. Obveznost delavca, da spoštuje navodila, ustreza pravici delodajalca, da daje navodila. Vezanost na navodila ima lahko različne oblike, ki se nanašajo na vsebino dela, kraj in čas dela, pri čemer se časovna odvisnost lahko povezuje tudi z vprašanjem dosegljivosti, z možnostjo vpoklica brez ustreznega dogovora, s stalno pripravljenostjo. Vezanost na navodila lahko obstaja tudi izven delovnega razmerja. Ta vezanost predpostavlja, da delavec dejansko ni svoboden pri organizaciji svojega dela, vendar pri tem obveznost izpolnitve določenih rokov za izvedbo naloge sama po sebi sicer ni bistvena značilnost delovnega razmerja. Navodila samozaposleni osebi so običajno povezana z rezultatom dela in se razlikujejo od pravice do dajanja navodil v delovnem pravu. Navodila samozaposleni osebi so usmerjena k storitvi ali delu, ki ga je treba zagotoviti, nasprotno pa je pravica do dajanja navodil po pogodbi o zaposlitvi osebna in procesno naravnana. Pri odločitvi za kakšno pogodbo gre, je lahko pomembno tudi, v kolikšni meri je delovni proces vnaprej strukturiran z zavezujočimi navodili (torej če aktivnosti načrtuje „naročnik“ in je delavec vključen v proces, ki temelji na delitvi na način, ki onemogoča samostojno organizacijo ustvarjanja dogovorjenih rezultatov dela) itd.

se je tožnik lahko samostojno odločil, ali bo sprejel naročila ali ne. Tožnik je namreč sodeloval pri izvajanju prevzetih naročil in v že nastalem razmerju ni imel pomembnega prostora za odločanje. Posamezne korake del, ki jih je bilo treba izvesti, je platforma natančno določila, tožnik pa jih je moral opraviti (če jih ni razumel, je moral zahtevati dodatna pojasnila), da je prejel plačilo. Tudi časovno je bil omejen, saj je moral delo izvesti in končati v dveh urah, sicer to ni bilo plačano. Naloge je moral izvesti po navodilih in na način, ki je značilen za delovno razmerje. Obenem jih je moral izvesti osebno, preko registracije na platformi, njegov osebni uporabniški račun pa ni bil prenosljiv; delitev računa se je obravnavala kot „zloraba in goljufija“ in „kot kršitev pogojev uporabe.“ Uporaba aplikacije je dejansko služila tudi nadzoru njegovega dela.

Šlo je za izvajanje majhnih naročil, z nizkimi zahtevami usposobljenosti in za preprosto dejavnost. Zaradi strogih zahtev, ki so mu bile naložene, svojih dejavnosti v bistvu ni mogel opravljati svobodno, temveč z obdelavo preko spletne platforme z aplikacijo.

Nadalje je sodišče pri opredelitvi delovnega razmerja upoštevalo, da je toženec uporabil spodbujevalno funkcijo sistema ocenjevanja (da bi tožnika in druge izvajalce spodbujal k nenehnemu izvajanju nadzornih dejavnosti), to pa je pomenilo tudi njegovo organizacijsko integracijo. Platforma je spodbujala „instinkt za igro“, vzpon na višjo raven sodelovanja pa je istočasno zadrževala z rednim omejevanjem časovnega okna dveh ur dela. Na ta način je izvajalec lahko sprejel le toliko ponudb, kolikor jih je lahko obdelal v tem času.

Nadalje je sodišče upoštevalo obseg tožnikovega dela (obdelava približno 12,5 naročil na dan, delovni čas približno 20 ur na teden), neprekinjenost dela in daljše obdobje izvajanja dela. Obrazložilo je tudi, da dosledno izpolnjevanje nalog ni bilo usmerjeno v izvedbo posameznih naročil, temveč v kontinuirano obdelavo svežnjev naročil, kar je povzročilo združitev posameznih mikro opravil v enotno (stalno) delovno razmerje.

2.3.3. Elementi za presojo o statusu delavca

Kot navedeno se v številnih odločbah organov in sodišč v primerjalnih ureditvah izpostavljajo elementi za presojo o statusu delavca, ki se različno vrednotijo, seveda pa tudi platforme ne delujejo enako in spreminjajo pogoje delovanja in dela. Vseeno lahko iz teh odločb potegnemo nekatere glavne kriterije (elemente):

Upoštevanje formalne pogodbe in volje strank

V zvezi s tem kriterijem iz primerjalno pravnih ureditev v glavnem izhaja, da je bistveno dejansko izvajanje dela in ne pogodba. Volja strank ni odločilna.

Voljo strank, kot je izražena v pogodbi, belgijska sodišča vseeno upoštevajo kot enega pomembnih kriterijev za presojo. V Franciji predpostavljajo, da gre za samozaposlitev, če je posameznik, ki opravlja delo, vpisan v poslovni register - sicer pa volja strank ni pomembna, temveč so pomembna dejanska razmerja. Danci upoštevajo plačilo davkov in prispevkov v shemi delavcev ali samozaposlenih kot dodaten faktor pri presoji o statusu delavca, v Luxemburgu pa pogodbeni določitev razmerja predpostavlja, da je taka določitev tudi korektna (pravilna), razen če ji stranka nasprotuje. Kot rečeno pa volja strank ni odločilen element presoje o naravi razmerja.

Trajanje pogodbe in število delovnih ur

Na splošno sodišča v različnih državah upoštevajo trajanje razmerja in število ur dela, torej kratek čas trajanja ali prekinjena narava dela ne indicira priznanje statusa delavca. To je eden od desetih faktorjev testa v švedski ureditvi; na Nizozemskem pa delo za več kot 20 ur tedensko v času najmanj treh mesecev predstavlja eno od predpostavk za priznanje statusa delavca.

Osebnopravljanje dela

To je eden od elementov za priznanje statusa delavca in ponekod tudi za priznanje statusa ekonomsko odvisne osebe. Pri tem se upošteva tudi, ali je ob obstoju pogodbeno določene možnosti nadomeščanja izvajalca dela z drugim izvajalcem to nadomeščanje tudi praktično izvedljivo. Nekje ta kriterij pri odločanju upoštevajo zelo formalno, čeprav je možnost nadomeščanja delavca praktično nepomembna, zelo omejena ali praktično nemogoča. Spet drugje je ta kriterij nepomemben, ker v praksi do nadomeščanja ne prihaja ali je nadomeščanje težko izvedljivo (družba mora s tem soglašati; družba mora nadzirati identiteto voznika, ker je lahko odškodninsko odgovorna v primeru, če voznik nima dovoljenja za delo, vozniškega dovoljenja ipd.; že pogodba o izvajanju dela nadomeščanja praktično ne omogoča).

Obveznost opravljanja dela za določeno ali minimalno število ur

SVOBODA ODLOČANJA, če in kdaj bo nekdo delal, je tipična značilnost gig ekonomije in platformnega dela. Na tem področju je platformno delo doživelo spremembe,

saj so nekatere platforme v preteklosti določale tudi obseg dela, sedaj pa je njihova značilnost popolna svoboda logiranja (registriranja) in začetka opravljanja dela. To predstavlja izziv za opredelitev delavca, saj je dolžnost dela klasičen element za priznanje statusa delavca v večini držav. Skandinavske države so izjema, v Veliki Britaniji pa poudarjajo medsebojno naravo obveznosti, kar pomeni, da izostanek obveznosti zagotavljanja dela s strani domnevnega delodajalca (platforme) lahko predstavlja oviro za preoblikovanje razmerja v delovnopravno razmerje.

Glavni argumenti sodišč v primerjalnih sistemih, da gre kljub temu za delovno razmerje so:

- sistemi sankcij: ob teoretični svobodi sprejemanja ali odklonitve dela v nekaterih primerih ponavljajočih se odklonitev dela lahko pride do potencialne deregistracije;
- sistem spodbud: uvedba bonusov za več dela;
- pričakovanja: večje medsebojno pričakovanje strank, da bo delo (npr. konkretna dostava) tudi opravljeno;
- pomanjkanje podjetniških aktivnosti: nekatera sodišča so pomanjkanje obveznosti, da se opravlja delo, povezala s tem, da je to tipična značilnost podjetniških aktivnosti; zato je treba pretehtati, ali struktura dela onemogoča neodvisno organizacijo dela. To je bilo poudarjeno v nekaterih odločitvah, ki so upoštevale tudi, kako pomanjkanje informacij o tem, kam bo voznik odpeljal stranko, povzroči, da voznik ne more optimizirati izbire, katere vožnje bo opravil;
- teleološki argument: namen delovnega prava je zaščititi ranljive osebe (izvajalce dela);
- vpeljava koncepta „moderne subordinacije“, ki zahteva premislek o tem, kakšno težo ima ob celoviti presoji vseh faktorjev klasično vprašanje dolžnosti opravljanja dela.

Ekskluzivnost opravljanja dela oziroma klavzula o prepovedi konkuriranja

V preteklosti so nekatere platforme zahtevale obširne klavzule ekskluzivnega opravljanja dela, torej izvajalci niso smeli delati za druge konkurenčne družbe. Voznik za Uber npr. ni smel sprejeti drugih potnikov preko aplikacije niti izmenjati osebnih podatkov s potnikom za nadaljnje kontakte; to je v povezavi z določitvijo fiksne cene za vožnjo in dolžnostjo dela večjega števila ur na teden onemogočalo vozniku, da si pridobi lastne kliente. Tudi dejansko opravljanje dela za enega

samega klienta je lahko močan indikator za priznanje statusa delavca. Na drugi strani je bila kasnejša odsotnost takšnih klavzul eden od argumentov različnih sodišč, ki voznikom Uber-ja niso priznale statusa delavca. Za druga sodišča omejitev možnosti še drugega opravljanja dela ni bila tako pomembna ali pa so obratno štela, da tudi prepoved konkuriranja ne predstavlja ovire, da se voznike obravnava kot samozaposlene.

Nadzor oziroma kontrola

Definicije delovnega razmerja vključujejo delo po navodilih in pod nadzorom delodajalca, torej je to eden od odločilnih elementov za opredelitev razmerja kot delovnega razmerja. Ta element se kaže v navodilih, kontroli in v sankcijah. Obratno pa pomanjkanje neposrednega nadzora kaže, da ne gre za delovno razmerje oziroma status delavca.

V zvezi z navodili je značilnost nekaterih platform, da zagotavljajo zelo standardizirane storitve. Tudi v primeru ne povsem natančnih navodil to po presoji nekaterih sodišč ni razlog za prekvalifikacijo v delovno razmerje, medtem ko so druga sodišča odločila drugače in upoštevala navodila glede uporabe vozila, plana voženj, pričakovanega časa čakanja na potnika, izvedbo vožnje brez motenj, obleko, interakcije s potnikom itd. V zvezi s platformami za dostavo hrane so nekatera sodišča upoštevala navodila glede standardov varnosti, časovne okvirje dostave, dolžnost, da se dostavljaavec hrane nahaja na posebnem področju pred začetkom dostave in mora aktivirati napravo za geolociranje. Sodišča so pomembnost pripisala tudi temu, ali je bila narava dela enostavna in standardizirana ter kakšna so bila možna odstopanja od navodil. V primeru enostavnih del z zelo omejenimi možnostmi drugačnega dela je bil to lahko znak subordiniranosti kot značilnosti delovnega razmerja (Roamler). V nekaterih odločitvah je bil poseben poudarek namenjen dolžnosti predstavitve voznika uporabniku (kot voznika za določeno družbo), določitev izmen, določitev poti, po kateri mora voznik peljati (nekater platforme so drugo pot voznika penalizirale), določitvi cene storitve in povračila vozniku izključno s strani platforme (morda tudi s prepovedjo napitnin). Nekatera sodišča so upoštevala, da mora izvajalec storitev upoštevati tudi navodila uporabnikov oziroma vlogo uporabnikov pri dajanju navodil – ta element je v nekaterih primerih pripeljal celo do presoje, da so platforme agencije za zagotavljanje dela.

V zvezi s kontrolo in sankcioniranjem je lahko pomembno sledenje po GPS, ki platformi omogoča stalno lociranje izvajalca in spremljanje njegovih aktivnosti,

kar na svoj način celo presega tradicionalne oblike nadzora. Nekatera sodišča so ta element upoštevala pri opredelitvi delavca, druga pa ne, češ da ga vključuje že takšen poslovni model opravljanja storitev in da njegova primarna funkcija ni kontrolna.

Naslednji element nadzora se nanaša na ocenjevanje in pritožbe strank. Tudi ta element so sodišča različno vrednotila - od tega, da nima posebne teže, do tega, da je pomemben. Upoštevala so tudi, da platforma v primeru ocen in pritožb enostransko odloči o posledicah v smislu znižanja plačila za storitev ali celo o deregistraciji. Poleg podatkov, ki jih platforma prejme od uporabnikov, pogosto uporablja tudi oceno obnašanja, in na tej podlagi določa povračila, pogoje dela in sankcije (npr. zmanjšanje točk voznikom, ki odpovedo dostavo). V zvezi s tem vidikom nadzora je lahko problematično netransparentno delovanje algoritma (ker se običajno ne ve točno, katere podatke algoritem upošteva in kako jih vrednoti), odpirajo pa se tudi vprašanja možnosti kontrole njegovega delovanja in pravice do pridobivanja podatkov o njegovem delovanju.

Integracija

Integracija izvajalca v organizacijo je poleg nadzora in kontrole lahko eden od ključnih faktorjev za presojo razmerja oziroma statusa izvajalca.

V zvezi s tem so bila nekatera sodišča pozorna na to, ali je moral izvajalec obvezno nositi uniformo z znakom podjetja, uporabljati avtomobil s takšnim znakom ipd.

Pomembna je bila tudi ugotovitev, kdo nosi riziko neplačila s strani klienta in v zvezi s tem, ali je izvajalcu zagotovljeno minimalno plačilo ali pa mu je plačilo zagotovljeno le za uspešno dostavo (s plačilom klienta) itd.

Kot navedeno je značilnost platformnih delavcev tudi v tem, da niso dolžni opravljati dela. Seveda je to po klasičnem pojmovanju ena od bistvenih okoliščin za nepriznanje statusa delavca tudi z vidika integriranosti. Imamo pa tudi drugačne odločitve - da ta svoboda ne zadošča za presojo o resnični neodvisnosti in podjetniški svobodi izvajalcev, zlasti zato, ker so možnosti izvajalcev, da svobodno odločajo o svojem podjetniškem angažmaju, v celoti odvisne od netransparentnega algoritma.

Eden od elementov integriranosti je tudi lastništvo sredstev, ki so potrebna za opravljanje dela. Novejši trend je, da platforme ne zagotavljajo teh sredstev, kar pa ni zelo pomembno. Nepomemben je v glavnem tudi faktor ekonomske odvisnosti (razen pri opredelitvi ekonomske odvisne osebe).

2.4. Sklepno

Naveden krajši prikaz nekaterih odločitev in njihovih razlogov kaže na še vedno različno razmišljanje in poudarke pri odločanju. Kot že navedeno, na primerjalno prakso s tem v zvezi do določene mere vplivajo tudi določbe nacionalnega prava in kriteriji, ki jih je sodna praksa že vzpostavila pri opredelitvi pojma delavca. Pomembno je tudi upoštevati, da platforme delujejo različno, spreminjajo pogoje dela, menjajo pogodbeno določila, menjajo algoritme itd.

Vseeno poudarjam, da je veliko sodb sodišč najvišjih instanc v evropskih državah tožnikom priznalo delovno razmerje.

Poudarjam tudi, da iz primerjalne sodne prakse izhaja zahteva po zelo natančnem ugotavljanju dejanskih okoliščin - dejstev v zvezi z opravljanjem dela in njihovim vplivom na dejanski položaj izvajalcev. Dejanski položaji se zelo natančno analizirajo; sodišča se nikakor ne zanašajo na formalno pogodbeno ureditev.³⁹

Rešitev dosedanjih dilem o pravnem statusu izvajalcev platformnega dela bi lahko predstavljala posebna nacionalna zakonodaja ali direktiva, ki bi poenotila in uskladila preglednost pri uporabi platformnih algoritmov z zagotavljanjem človeškega nadzora in pravice do izpodbijanja avtomatiziranih odločitev. Decembra 2021 je Evropska komisija takšno direktivo že predlagala (predlog Direktive evropskega parlamenta in sveta o izboljšanju delovnih pogojev pri platformnem delu).⁴⁰ Pred kratkim je bil sklenjen tudi začasni dogovor o pogojih dela platformnih delavcev, ki naj bi bil realiziran s sprejemom direktive.⁴¹ Ta bi predstavljala harmonizacijo glede opredelitve statusa oseb, katerih vzorec dela odstopa od tradicionalnih opredelitev delavca v nekaterih evropskih ureditvah. Predlog izhaja iz tega, da se obstoj delovnega razmerja določa predvsem na podlagi dejstev, ki se nanašajo na dejansko opravljanje dela, ob upoštevanju uporabe algoritmov pri organizaciji platformnega dela, ne glede na to, kako je razmerje opredeljeno (3. člen), ob izpolnjevanju določenih kriterijev pa se predpostavlja, da je oseba v delovnem razmerju (4. člen).⁴² Čeprav predlog

³⁹ Avtorju so poznane pogodbene določbe platforme Wolt, ki deluje v Sloveniji. Zgolj na podlagi teh določb težko sklepamo, da je status dostavjalcev hrane kot samozaposlenih oseb vprašljiv. Vseeno je njihov položaj samozaposlenih oseb (zlasti pri dostavjalcih, ki opravljajo delo dlje časa in večje število ur) po natančnem poznavanju njihovega dejanskega dela lahko zelo sporen.

⁴⁰ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SL/TXT/?uri=CELEX:52021PC0762>.

⁴¹ <https://www.europarl.europa.eu/news/sl/press-room/20240205IPR17417/provisional-deal-on-first-eu-wide-rules-for-platform-workers>.

⁴² Hrvaška je na podlagi izhodišč v tej direktivi v svoj „Zakon o radu“ že vnesla določbe o delu preko

direktive ne naslavlja vseh težav in vzbuja tudi pomisleke, predstavlja pomemben korak pri zaščiti izvajalcev. Evidentno je tudi, da se bo po sprejemu direktive zaščita platformnih delavcev v državah Evropske Unije navezovala predvsem na okvir zaščite, ki ga bo omogočala direktiva.

Naj kot zanimivost omenim še drugačen in izvajalcem del celo bolj naklonjen test, ki ga je razvilo Vrhovno sodišče Kalifornije v odločitvi *Dynamex v. Superior Court of Los Angeles, California Supreme Court*, 4.Cal. 5th 903 (2018). V tej odločbi je povsem spremenilo test za določanje status delavca. Kalifornijski ti. ABC test tako določa, da mora podjetje, ki namerava opredeliti izvajalca za neodvisnega izvajalca, zadostiti trem elementom (torej dokazati vse tri elemente - gre za obrnjeno dokazno breme): (A) osebe ne nadzoruje in usmerja subjekt, ki jo je najel za opravljanje dela, tako po pogodbi o opravljanju dela kot dejansko; (B) oseba opravlja delo izven običajnega poslovanja podjetja, ki najema njeno delo; (C) oseba se običajno ukvarja z neodvisno ustanovljeno trgovino, poklicem ali podjetjem iste narave, kot je vključeno v opravljeno delo.⁴³ Na podlagi te odločitve je prišlo tudi do spremembe kalifornijskega zakona – AB 5, ki je začel veljati leta 2020.⁴⁴

3. OPREDELITEV DELODAJALCA

3.1. Splošno

Razmerje delavec - delodajalec se spreminja in se oddaljuje od klasičnega pojmovanja, po katerem je delodajalec tisti, ki je z delavcem sklenil pogodbo o zaposlitvi. V večjem številu razmerij dejanski položaj delavca in delodajalca ni odvisen le od sklenjene pisne pogodbe delovnega, civilnega oziroma gospodarskega prava ali formalne vsebine pogodbe. To je očitno že v primeru spremembe delodajalca, saj ob pravnem prenosu podjetja ali dela podjetja ni pomembna formalna pogodba z delodajalcem prenosnikom, temveč se šteje,

digitalnih delovnih platform (IV. A poglavje zakona).

⁴³ Glej tudi: Regulatory options for conflict of law and jurisdiction issues in the on-demand economy, ILO, Office Geneva no. 106, 2019.

⁴⁴ Glej <https://www.labor.ca.gov/employmentstatus/> in <https://www.ftb.ca.gov/file/business/industries/worker-classification-and-ab-5-faq.html>.

da je delavec v delovnem razmerju z delodajalcem prevzemnikom (brez potrebe po sklenitvi nove pogodbe o zaposlitvi).

Poleg klasičnega razmerja med delavcem in delodajalcem se v novejših gospodarskih in ekonomskih razmerjih uveljavljajo (in do neke mere dopuščajo) tudi oblike del oziroma poslovni modeli, po katerih delavci niso odvisni le od enega delodajalca in ne opravljajo dela le zanj. Najbolj znana oblika takšnih razmerij je delo preko delodajalca, ki opravlja dejavnost zagotavljanja dela delavcev drugemu uporabniku (agencijsko delo), poznamo pa tudi številne druge. Različne oblike posredovanj dela preko agencij so lahko problematične, še bolj pa je problematično posredovanje dela preko delodajalcev, ki za posredovanje niti ne izpolnjujejo pogojev in delavcev ne posredujejo le začasno.

Večkrat delodajalci prenašajo izvajanje različnih opravil obrobni ali tudi jedrni dejavnosti na druge izvajalce in podizvajalce. Pri tem pogosto ohranijo določeno, lahko tudi bistveno, kontrolo. V takšnih primerih sami ne zaposlujejo vseh delavcev, ki jih potrebujejo za proizvodnjo, temveč se zatekajo k različnim pogodbenim možnostim, ki vključujejo delo preko agencij, outsourcing, delo preko podizvajalcev itd.

Nakazane prakse lahko poimenujemo različno. Govori se o vertikalni dezintegraciji podjetij, atomizaciji, fragmentaciji dela, razcepljanju delovnih mest (*fissurization*), v terminologiji Mednarodne organizacije dela pa se je ustalil pojem «*multiparty work relationship*» (ne *multiparty employment relationship*)⁴⁵, saj gre za različne oblike dela, ki ne pomenijo nujno tudi delovnega razmerja.

Več ali manj je jasno, da omenjene dezintegracije potekajo predvsem zaradi zasledovanja dobička, včasih že samo s tem, ker delavci ob delegiranju posameznih delovnih opravil na zunanje izvajalce pri teh (novih) izvajalcih izgubijo ugodnosti kolektivnih pogodb, saj te (večkrat) ne veljajo več za izločene, prenesene ali drugače oblikovane nove dejavnosti, ki jih opravljajo novi delodajalci.

Ob nakazanih spremembah opravljanja dejavnosti so se nacionalni sistemi in sodišča znašli na precej novem in neznanem terenu. Presoja različnih organov in sodišč o tem, kdo je dejanski delodajalec, je zahtevna, identifikacija delodajalca

⁴⁵ Glej Emiliano Maran and Elisa Chieragato: *Multiparty work relationships across Europe: A comparative overview*, ELLJ, 2022, vol. 13(4), str. 475; Senčur Peček, Darja: *Tristrana delovna razmerja z vidika novejših sodnih praks in potrebnih zakonskih sprememb*, v *Delavci in delodajalci* št. 2-3/2023, str. 175–198.

pa je zelo pomembna predvsem s perspektive izvajalca del (delavca). Koncept dejanskega delodajalca namreč omogoča večjo zaščito delavcev, lahko pa trči v pravico do svobodne gospodarske pobude (svobodo opravljanja storitev in ustanavljanja). Zato so pri presoji o dejanskem delodajalcu meje lahko zelo tanke.

Opredelitev pojma delodajalca (podobno kot pri opredelitvi delavca) zahteva upoštevanje objektivnih in dejanskih okoliščin dela v primerjavi s formalno ureditvijo medsebojnih razmerij. Zato je treba v sodnih sporih natančno ugotavljati, kako se formalno določene obligacije izvajajo v praksi in kako dejansko učinkujejo. Če se sprašujemo o tem, kdo je delodajalec, je seveda treba ugotavljati, kdo ima dejansko oblast nad delavcem, kdo dejansko nosi breme plačila, rizika dela oziroma poslovanja in ima dejansko moč zaposlovanja ter odpuščanja delavcev.

Ker dejansko oblast nad delavcem lahko (delno) izvaja več strank (delodajalcev), se nadaljnje zastavlja vprašanje, ali pri opredelitvi delodajalca iščemo le enega delodajalca ali pa je možen koncept več delodajalcev. Rešitve so lahko različne in odvisne od dejanskih okoliščin primerov. Če bi izhajali le iz opredelitve delavca, ki se veže na vprašanje hierarhičnega odnosa med delavcem in delodajalcem, bi v razmerjih, v katera je vključeno več strank, ki nadzorujejo in usmerjajo delo delavcev, lahko govorili tudi o več delodajalcih oziroma o pojmu so-delodajalcev. Tako je npr. odločilo nizozemsko sodišče v razmerjih podružnice in družbe matere v primeru uporabe insolvenčne zakonodaje.⁴⁶

Ena od klasifikacij razmerij z udeležbo več strank zajema in ločuje tri kategorije. Prva kategorija vključuje oblike posredovanja delavcev uporabniku, ki delavcem daje navodila in jih usmerja. V to kategorijo spadajo agencijske napotitve delavcev, napotitve, ki jih ne izvajajo agencije, outsourcing dela, platformno delo in t.i. «krovna družba» (*umbrella company*). Druga kategorija vključuje zagotavljanje storitev tretjim strankam, torej outsourcing storitev (in ne outsourcing dela, ki je bolj značilen za prvo kategorijo) ter podizvajalske aranžmaje. Tretja kategorija pa vključuje druge oblike kot so franšizing, delavske kooperative ipd. Ta razmejitev vendarle ni striktna (npr. outsourcing), zlasti v primerih navideznih pogodb ali zlorab.⁴⁷

⁴⁶ Glej Matthijs van Schadewijk: The notion of employer: Toward a uniform European concept, ELLJ, 20021, vol. 12(3), str. 370, 382, 383.

⁴⁷ Enako kot pod opombo 45, str. 476, 477.

3.2. Agencijsko delo, outsourcing delo, platformno delo

V prvo kategorijo spada zlasti *agencijsko posredovanje dela* kot oblika posredovanja začasnega dela. Za to obliko je značilno, da je delavec zaposlen pri agenciji, ki ga napotuje na delo k uporabniku, pri katerem pod nadzorom in v skladu z njegovimi navodili opravlja delo. Zaposlovanje preko agencije predpostavlja, da je pogodbeni delodajalec (agencija) tudi resnični delodajalec.

Agencije morajo imeti ustrezna dovoljenja, delavce lahko zaposlujejo za nedoločen ali določen čas, k določenemu uporabniku pa jih napotujejo le začasno. Nepomembno je, ali se napotitev nanaša na začasna ali na trajna delovna mesta pri uporabniku.

Vendar pa je prav začasnost dela pri uporabniku zelo pomembna značilnost agencijskega dela, saj bi trajnost razmerja med uporabnikom in delavcem vzpostavila večjo avtoriteto delodajalca uporabnika nad tem delavcem, na drugi strani pa bi zrahljala vez med delavcem in agencijo (kot formalnim delodajalcem). Zato je ob podanih ustreznih dovoljenjih za delovanje agencije prav začasnost dela delavcev pri uporabniku zelo pomemben element za opredelitev delodajalca.

Zaščita delavcev se povezuje tudi z zahtevo po njihovem enakopravnem obravnavanju s primerljivimi delavci, ki so zaposleni pri uporabniku. Osnovni delovni pogoji in pogoji zaposlitve teh delavcev morajo biti v času napotitve v podjetje uporabnika vsaj takšni, kot bi bili pogoji, ki bi se uporabili, če bi jih uporabnik sam zaposlil na isto delovno mesto.

Poudarjam (tudi v zvezi s primeri naše sodne prakse, ki bodo predstavljeni na koncu), da se s posredovanjem dela ne ukvarjajo le agencije z vsemi potrebnimi dovoljenji in začasno (kar naj bi bila značilnost agencijskega dela), temveč agencije, ki delavce k uporabniku napotujejo trajno in družbe, ki niso agencije, vendar svoje delavce posojajo (posredujejo) drugim podjetjem. Pri teh je eno od prvih dilem, ali je sploh mogoče upoštevati zakonodajo, ki se nanaša na agencijsko delo (oziroma na ravni EU Direktiva 2008/104/ES). Gre za problem, ki je že v izhodišču pomemben.

Po Direktivi 2008/104/ES bi morale biti napotitve, ki niso v skladu s pravili o začasnih napotitvah k istemu uporabniku, tudi ustrezno sankcionirane v nacionalni ureditvi (glej kasneje predstavljeno zadevo *ALB FILS Kliniken*, C - 427/21).

Če s tem v zvezi omenim naš pravni sistem, je moteče že to, da ni jasno določenega sankcioniranja oziroma posledic v primeru različnih nepravilnosti

pri agencijskem delu ali v primerih, ko sploh ne gre za formalno agencijo (agencijo, ki posluje legalno, z vsemi dovoljenji). Vseeno bi na podlagi tega, ker naša zakonodaja v zakonsko dovoljenih okvirih omogoča agencijsko delo kot izjemo od klasičnih delovnopравnih razmerji, lahko sklepali, da je treba biti pri dopuščanju podobnih oblik, ki niso regulirane in se skrivajo pod imeni pogodb civilnega prava, zelo zadržan oziroma odklonilen. Posledice kršitev ali zlorab so lahko različne, odvisne od dejanskih okoliščin primera.

Outsourcing predstavlja prenos izvajanja določenih del, običajno stranskih ali obrobni dejavnosti družbe, na zunanje izvajalce. Prenaša se opravljanje storitev, lahko tudi skupaj z delavci. Delavci se v takšnih primerih zaposlijo pri posrednikih, ki jih pošiljajo na delo k uporabniku, pri čemer so te napotitve trajnejše narave. Po tem se te napotitve razlikujejo od napotitev preko agencij. V nekaterih primerjalnih sistemih so tudi takšne napotitve ena od možnosti, zlasti v primerih napotitev v neprofitne namene. Vendar pa takšni modeli povzročijo trajno ločitev med delodajalcem, ki skrbi le za plače in nekatere druge prejemke ter evidentira delavce kot svoje delavce, in delodajalcem, pri katerem delavci stalno in trajno opravljajo dela in so dejansko trajno pod njegovim nadzorom. Zato so takšne oblike prenašanja delavcev v glavnem prepovedane. Več o tem v podglavju 3.3.

Platformno delo lahko poleg vprašanja opredelitve delavca poraja vprašanje opredelitve delodajalca. Nekatere platforme delujejo podobno kot agencije – kot posredniki med izvajalcem del in klientom. Vseeno je delo prek platform težko opredeliti kot agencijsko izvajanje dela, zlasti če gre za enostavna opravila, ki so kratkotrajna (kot je dostava hrane) in kjer uporabniki nimajo posebne vloge usmerjanja in dajanja navodil. Tudi narava delovanja platforme običajno ni takšna, da bi jo lahko šteli za agencijo. Kot že zgoraj navedeno, pa lahko platforme opravljajo delo tudi preko podizvajalcev (v nekaterih sistemih je to celo predpisano), pri katerih so delavci zaposleni (več o problemih podizvajalskih razmerij kasneje).

Problem je tudi v tem, da platforma redko nastopa kot ena družba. Najpomembnejši igralci so v takšnem primeru multinacionalni, organizirani različno, njihov kapital pa je večkrat povezan; v nekaterih primerih je ena od povezanih družb tudi edini lastnik družbe, ki najema izvajalce del, ti pa opravljajo delo za platformo, ki jo upravlja tretja družba. V več primerih so delavci v sodnih sporih poskušali iskati odgovornost za vzpostavitev delovnega razmerja pri materinski družbi, ki ni evropska družba. Številne platforme delujejo tudi kot skupine z evropskim

sedežem in s podružnicami ali posebnimi družbami v številnih državah, pri čemer ni povsem jasno, kdo sprejema odločitve v zvezi z delovnimi aktivnostmi. Več platform v Evropi je bilo toženih tudi izven držav, v katerih imajo svoj sedež. V glavnem so bile tožene podružnice, vendar to ni pravilo. Tudi odločitve so bile različne, saj so vloge podružnic ali pravnih oseb lahko zelo omejene (opravljajo npr. le prodajne aktivnosti). Zato je bilo npr. odločeno, da je lahko odgovorna le materinska družba. Ker pa platforme delujejo v skupni, v povezanem delovanju, je bilo v nekaterih drugih primerih odločeno drugače - da sta za plačilo terjatev odgovorni matična družba in hčerinska družba itd.

Zaradi nakazanih nejasnosti delovanja platform in raznih povezanih družb je včasih težko opredeliti pravega toženca.⁴⁸ Zgodí se, da izvajalci tožijo napačno družbo (platformo); v enem od primerov sodnega spora v Franciji je bil napačno tožen Uber SAS, katerega vloga je bila omejena le na pomoč, podporo in marketing, in ne Uber BV, ki je v celoti določal konfiguracijo platforme.⁴⁹

Še ena od oblik, ki se uvršča v prvo kategorijo, so t.i. *krovne organizacije*, ki zaposlujejo profesionalce z namenom zagotavljanja njihove delovnopravne zaščite in urejanja administrativnih ter davčnih formalnosti. Te organizacije v nasprotju z agencijami za zaposlene ne iščejo dela, saj si kliente iščejo delavci sami, avtonomno določajo svoje aktivnosti, določajo plačilo za svoje delo s klienti, končno pogodbo s klientom pa sklene družba. Ta zaposlenim zagotavlja tudi plačo in kot navedeno tudi obračun ter formalnosti v zvezi s tem. Takšne organizacije v nekaterih evropskih državah delujejo, v nekaterih (Luxemburg) pa so prepovedane.

3.3. Podizvajalska razmerja, outsourcing storitev

Potencialno vprašljiv status delodajalca lahko ugotavljamo tudi v primerih podizvajalskega opravljanja dela in outsourcinga storitev, ki predstavlja trajno ali vsaj dolgoročno delegiranje, posredovanje storitev nebitvenih poslov podjetja na zunanje izvajalce (ti so lahko tudi podizvajalci), ki so specializirani za takšna dela.

⁴⁸ Podrobneje glej Christina Hiessl: Multiparty relationships in platform work: Cross-European case law development and points of departure for (supranational) regulation, *European Labour Law Journal*, No. 4, 2023, str. 516-519.

⁴⁹ Enako kot zgornja pripomba, str. 526.

Problematika opredelitve delodajalca se pojavlja zlasti v primerih navideznih oziroma nesamostojnih izvajalcev, podizvajalcev in navideznega outsourcinga storitev.⁵⁰

Za razliko od navideznega izvajalca ali podizvajalca, ki opravlja določene storitve, sta resnični izvajalec ali podizvajalec odgovorna za organizacijo tega dela, način in kvaliteto dela. Možno pa so zlorabe, ko je podizvajalec pod pretvezo zagotavljanja uslug povsem odvisen od naročnika oziroma glavnega izvajalca ali deluje kot agencija (brez ustreznih pogojev za agencijsko delo), ki dejansko zagotavlja le delo delavcev in ne storitev. Pogodbeno razmerje med delodajalcem (izvajalcem del), ki naj bi zagotavljal usluge ali storitve v modelu outsourcinga (v formalni obliki preko pogodb civilnega prava), in uporabnikom uslug je torej lahko navidezno in dejansko prikriva razmerje z drugačno vsebino.

Zato je tudi v takšnih primerih treba najprej preučiti in ugotoviti dejanske okoliščine izvajanja dejavnosti, ne le formalno pogodbo med izvajalcem in uporabnikom, morda pa tudi preveriti, ali ne gre za izogibanje odgovornosti glavnega izvajalca.

Izvedba storitev pomeni obligacijo rezultata, torej je izvajalec dela odgovoren za rezultat tega dela. Odgovornost za rezultat predpostavlja, da delo delavcev z navodili usmerja in kontrolira podjetje, ki nudi takšne usluge uporabniku. Indikator za to, da gre res za opravljanja storitev, je tudi, da izvajalec del v modelu outsourcinga oziroma podizvajalec opravlja delo s svojim materialom in sredstvi, da je dejansko usposobljen za takšno dejavnost in da se ukvarja prav s takšno dejavnostjo, torej ta ni navidezna. Nadaljnji pokazatelj vsebine razmerja je, v kolikšni meri ima izvajalec (podizvajalec) del v poslovnem modelu outsourcinga proste roke pri upravljanju svoje družbe, oziroma ali izvajalec ali nekdo v verigi podizvajalcev vpliva (in v kakšni meri vpliva) na upravljanje delovne sile podizvajalca. Če prihaja do tega, da ima druga oseba, npr. uporabnik podizvajalskega dela, odločilen vpliv in odreja posamezna opravila, jih kontrolira in posredno tudi sankcionira ter ima tudi bistven vpliv na delo delavcev, lahko govorimo o prikritem razmerju.

Navedena razmerja se lahko kažejo tudi v verigah podizvajalcev, ko imamo glavnega izvajalca in njegove podizvajalce, ti pa opravljajo delo s pomočjo svojih podizvajalcev. Ti podizvajalci so lahko tudi samostojni podjetniki, ki so povsem odvisni od izvajalca ali drugega podizvajalca. Če so v enakem ali podobnem

⁵⁰ Več o tej problematiki Darja Senčur Peček: Tristrana delovna razmerja z vidika novejših sodne prakse in potrebnih zakonskih sprememb, Delavci in delodajalci, 2-3/2023, str. 175-201.

razmerju kot delavci in bi bilo pri njihovem delu mogoče ugotoviti elemente delovnega razmerja, bi bilo tudi njim treba omogočiti delovnopravno (ali podobno) zaščito. Kot je pojasnjeno zgoraj, pri tem ne gre le za vprašanje podrejenosti in odvisnosti, temveč tudi za situacije, ko izvajalci ali podizvajalci del po pogodbah o opravljanju storitev teh sploh ne opravljajo, ker nimajo niti ustreznih pogojev, temveč posojajo le delavce, ki pa trajno delajo za naročnika in so pod njegovim neposrednim nadzorom.

Podobni problemi podizvajalskih razmerij se lahko kažejo v povezavi s platformnim delom. Platforme v nekaterih evropskih državah opravljajo delo le v sodelovanju z družbami podizvajalkami, ki so z izvajalci del v različnih razmerjih (v glavnem so izvajalci samozaposleni), torej platforme ne opravljajo dela neposredno z izvajalci storitev, tj. z vozniki (dostavljalci hrane ipd.) brez statusa ali samozaposlenimi, kar je bil originalen poslovni model in ga v nekaterih državah dopuščajo.⁵¹ Prihaja tudi do tega, da izvajalce del k podizvajalcem napotujejo agencije za posredovanje dela, izvajalci pa potem opravljajo delo za platformo. V vseh teh primerih se lahko zastavlja vprašanje dejanskega delodajalca. Ta bi bil lahko podizvajalec (ki pa je morda lahko le navidezen posrednik) ali platforma. Posebno izpostavljeni so lahko primeri, ko izvajalci del za platformo, ki opravljajo to delo preko podizvajalca, tožijo podizvajalca, preko katerega delajo, ta pa postane insolventen. Odločitve sodišč v primerjalnih sistemih so različne, vendar je bilo do sedaj le v manjšem številu zadev odločeno, da je treba zanemariti vlogo podizvajalca, ker je razmerje podrejenosti obstajalo direktno med platformo in delavcem. Le v manjšem številu zadev je bilo odločeno tudi, da je dejanski delodajalec posrednik.⁵²

Zanimiva so tudi vprašanja, ali imajo položaj delodajalca lahko uporabniki storitev (koristniki uslug) platforme. To je zelo odvisno od delovanja platforme. Vloga nekaterih platform je namreč omejena le na golo posredovanje dela (npr. delo čiščenja), zaradi česar bi bilo takšno platformo težko prevesti v delodajalca. Edina potencialna možnost bi bili uporabniki dela (klienti), če gre za primere, ko uporabniki niso pasivni prejemniki uslug oziroma posredovanja dela s pomočjo platforme, temveč usmerjajo delo izvajalca s svojimi navodili. Problem pa se pojavi že takoj, ko je teh uporabnikov več. Zato tožniki, zlasti v primerih platform,

⁵¹ Npr. Uber dela le preko podizvajalcev z licencami za opravljanje taksi službe in prevozov v Avstriji, Italiji in Španiji.

⁵² Podrobneje Christina Hiesl: Multiparty relationships in platform work: Cross-European case law development and points of departure for (supranational) regulation, *European Labour Law Journal*, No. 4, 2023, str. 519–524.

ki se ukvarjajo s prevozi ali dostavo, običajno tožijo platformo in ne klientov. Kljub temu poznamo tudi drugačne odločitve sodišč, npr. prvostopenjsko odločitev v že omenjeni zadevi Helping. Poznamo tudi odločitve, da je sodišče platformo opredelilo kot agencijo za zagotavljanje dela delavcev, restavracije (ki so zagotavljale hrano za dostavo) pa kot uporabnike.⁵³

Kot že omenjeno, platforme običajno niso samostojne, temveč povezane družbe, ki opravljajo delo preko podizvajalcev; ti so lahko kapitalsko povezani in odvisni od družbe, ki upravlja s platformo. Vprašanje je, kako obsežna in natančna navodila za delo izvajalcem v takšnem primeru daje platforma in kakšna podizvajalec, ali je posredovanje delavcev stalno, kdo dejansko organizira delo, kontrolira in nadzira delo izvajalcev itd. Te okoliščine še dodatno otežujejo preglednost in vzpostavljajo dodatne dvome o tem, kdo od teh je dejanski delodajalec. Prav s tem v zvezi se lahko zastavlja tudi vprašanje opredelitve več delodajalcev.

V teh in podobnih primerih je za opredelitev statusa delodajalca treba ugotoviti in presoditi o dveh okoliščinah: (1) ali platforma dejansko deluje kot delodajalec in (2) ali je vloga podizvajalca dejansko zanemarljiva oziroma manj pomembna. Prva presoja zahteva ugotavljanje elementov, ki omogočajo ugotovitev lastnosti delodajalca v neposrednem razmerju med platformo in izvajalcem; ti elementi so bili predmet gornje predstavitve (glej o pojmu delavca v platformnem okviru opravljanja dela). Druga presoja zahteva ugotavljanje delovanja platforme in vloge podizvajalca kot neposrednega pogodbenega partnerja izvajalca dela, pa tudi ugotavljanje razmerja med njima.⁵⁴

Če izvajalec dela deluje relativno samostojno, bo lahko vprašljiv že obstoj elementov, ki opredeljujejo delovno razmerje med izvajalcem del in platformo. Na drugi strani postaja vloga podizvajalca v primerjavi s platformo toliko bolj pomembna, če ta mimo ali poleg platforme uveljavlja neka dodatna pravila v razmerju do izvajalca del, temu morda zagotavlja orodje in opremo za delo, določa obveznost dela v določenem delovnem času, število opravil, ki jih mora opraviti za platformo ipd. Manj pomembna je vloga podizvajalca v obratnih primerih – če podizvajalec nima praktično nobene vloge in je le posrednik delavcev, po

⁵³ Odločitev Tribunal du travail francophone de Bruxelles, 21/632/A z dne 21. 12. 2022, ki je bila kasneje spremenjena – Tribunal federal, 2C-575/2020 z dne 30. 5. 2022.

⁵⁴ Podrobneje Christina Hiessl: Multiparty relationships in platform work: Cross-European case law development and points of departure for (supranational) regulation, *European Labour Law Journal*, No. 4, 2023, str. 528–531.

možnosti tudi povsem odvisen ali kapitalsko odvisen oziroma povezan s platformo ali lastniki le te.

Tudi pri outsourcingu gre lahko za podobne probleme. Tudi zanje velja podoben preizkus okoliščin delovanja: ali naročnik dejansko deluje kot delodajalec in ali je vloga izvajalca v modelu outsourcinga dejansko zanemarljiva oziroma manj pomembna.

Včasih pa je lahko sporna že zakonitost odločitve delodajalca, da nekatera dela, ki jih je do tedaj opravljal z lastnimi delavci, prenaša na zunanje izvajalce, ki postanejo samostojni podjetniki ali lastniki novih družb. Gre sicer za načeloma legitimno poslovno odločitev delodajalca, ki preneha opravljati določena dela in jih prenese na druge osebe s posledico odpovedi pogodb o zaposlitvi iz poslovnega razloga, vendar z istočasno ponudbo, da dosedanji delavci ali nekateri od njih prevzamejo te posle kot samostojni podjetniki ali ustanovitelji družb in s prejšnjim delodajalcem vzpostavijo civilno pogodbeno razmerje. Kljub navidezni nespornosti takega poslovanja (svoboda gospodarske pobude) so znani primeri, da se ob takšnih spremembah razen forme dela ne spremeni prav veliko, bivši delavci, ki prevzamejo posle, ki jih je družba prenehala opravljati sama, pa kot novi samostojni podjetniki ostanejo v enakem položaju, kot je značilen za delovnopravno razmerje ali je njihov položaj še slabši. To bi v morebitnem sporu lahko vodilo tudi do odločitve o priznanju delovnega razmerja in prav zato, ker gre za outsourcing, ki ohranja delovnopravno ali še večjo podrejenost, tudi do odločitve o navideznem oziroma nezakonitem poslovnem razlogu za odpoved prejšnjih pogodb o zaposlitvi.

Nezakonite napotitve delavcev pod pretvezo opravljanja storitev porajajo tudi vprašanja soodgovornosti vseh strank v takih poslih. Podobno velja tudi v primeru agencij, ki ne izpolnjujejo pogojev in delavce napotujejo trajno. Več držav ima v takšnih ali podobnih primerih določeno subsidiarno odgovornost uporabnika v primerih agencijskega dela ali čezmejnih napotitev. Prav subsidiarna odgovornost pa je lahko velika ovira za zaščito delavcev v primerih razmerij z več izvajalci, podizvajalci in agencijami. Menim, da bi bilo v nakazanih primerih netransparentnih delovanj potrebno prebiti vprašanje subsidiarne odgovornosti, kot npr. v Franciji in na Norveškem, kjer so poznane tudi odločitve, da gre za so-delodajalca oziroma deljeno odgovornost obeh družb.⁵⁵ Španija ima že v zakonu

⁵⁵ Glej Emiliano Maran and Elisa Chieragato: *Multiparty work relationships across Europe: A comparative overview*, ELLJ, 20022, vol. 13(4), str. 487.

določeno (42. člen delavskega zakonika), da so vsi delodajalci v podizvajalski verigi skupaj odgovorni za dolgove iz naslova plač in socialnih prispevkov, ki jih podizvajalci dolgujejo svojim delavcem. Španija obenem ne dovoljuje posojanja delavcev. Iz njene ureditve in prakse izhaja, da ne gre za podizvajalsko delo, temveč za nezakonito napotitev delavcev, če: (a) je cilj pogodbe med podjetji omejen le na zagotavljanje delavcev, (b) če izvajalec in podizvajalec nimata razdelanih ekonomskih aktivnosti ali svoje lastne stabilne organizacije, ali nimata sredstev in virov za lasten posel in (c) izvajalec ali podizvajalec ne izvajata tistih funkcij, ki so značilne za resničnega delodajalca (torej ne uporabljata vodenja in usmerjanja, ne določata plačila, ne nadzorujeta delavcev ali ne odločata o njihovem angažiranju ali odpuščanju).⁵⁶

Naša zakonodaja na tem področju zelo zaostaja in se spornih situacij, ki se pojavljajo v zvezi s podizvajalci (zlasti v gradbeništvu), sploh ne loti.

Problematična je tudi ureditev odškodninske (so)odgovornosti za nesreče pri delu, ki bi v kaotičnih razmerah podizvajalskih razmerij in napotitev morala zasledovati varstvo delavcev. Delavci so v težkem položaju, če pride do nesreče pri delu na skupnih gradbiščih, kjer delo opravljajo številni izvajalci z nedoločenimi ali pomanjkljivo določenimi razmerji med njimi, posebej glede zagotavljanja varnosti pri delu. Širša opredelitev delodajalca iz 3. člena ZVZD-1 („kot delodajalec v smislu tega zakona se šteje tudi oseba, ki na kakršnikoli drugi pravni podlagi zagotavlja delo delavcu“ itd.) ne bi smela pomeniti izključitve odgovornosti formalnega delodajalca, če ta ne poskrbi za vse potrebne in ustrezne ukrepe varstva ob napotitvah delavcev. Širša opredelitev delodajalca iz ZVZD-1 namreč v praksi lahko predstavlja težji problem pri ugotavljanju, kdo je sploh dejanski delodajalec in koga od številnih delodajalcev na terenu je sploh mogoče tožiti za odškodnino za nesrečo pri delu.⁵⁷ Podobnih vprašanj in dilem je sicer še več in se nanašajo tudi na pristojnost sodišč.

⁵⁶ Natančneje Ivan Rodríguez Cardo in Diego Álvarez Alonso: Multiparty work relationship in Spain: Legal provisions and emerging trends, ELLJ, 2022, vol. 13(4), str. 501.

⁵⁷ Sodna praksa se še vedno razvija. V sodbi II Ips 207/2014 z dne 27. 8. 2015 je bilo pojasnjeno, da je dosedanja sodna praksa ravno v primerih skupnih delovišč odškodninsko odgovornost razširila prek okvirja delodajalca v formalnem smislu na t. i. dejanskega delodajalca, in sicer 1.) v primerih, ko je delavec opravljal vnaprej nekonkretizirana dela na podlagi atipične pogodbe o delu, pri kateri predmet izpolnitvenega ravnanja ni bila vnaprej dogovorjena izdelava stvari, pač pa gola storitev, zaradi česar ima takšno razmerje zunanje znake delovnega razmerja, v katerem je nosilec dejavnosti naročnik del in ne dejanski izvajalec posla, ter 2.) na naročnike del, ki so organizirali delovni proces na skupnem gradbišču in odgovarjali za nadzor glede varnosti pri delu tudi v razmerju do delavcev

3.4. Franšizing

Pri franšizingu gre za razmerje med dajalcem franšize, ki s pogodbo za plačilo dovoli prejemniku franšize, da ta prodaja blago in/ali opravlja storitve, s tem da uporablja nekatere konkurenčne prednosti dajalca franšize (npr. njegov način poslovanja z zunanjimi obeležji, blagovno znamko, določene pravice industrijske lastnine, ki pripadajo dajalcu franšize, know-how itd.). V teh primerih lahko opazimo različne dezintegracije podjetja, ki je pred tem zaposlovalo večje število delavcev v svojih poslovalnicah, naknadno pa te „oddaja“ na podlagi pogodb o franšizingu.⁵⁸ Problem dejanskega delodajalca s tem v zvezi se lahko pojavi, ker dajalec franšize, ki ni več delodajalec, temveč v poslovnem odnosu s prejemnikom franšize (kot samostojnim podjetnikom ali družbo), še vedno nadzira delovanje prejemnika franšize in v glavnem odločilno vpliva na njegovo poslovanje – tako da prejemnik ni nek neodvisen podjetnik, temveč ostaja v ekonomsko odvisnem razmerju in celo v podobno (enako) podrejenem razmerju kot je delovno razmerje.⁵⁹ Dajalci franšize imajo poslovni interes takšnega opravljanja dejavnosti, ki je v bistvu njihova dejavnost, saj se tako razbremenijo velikega dela odgovornosti, poslovnih rizikov, upravljanja s kadri itd.

Prejemnik franšize večkrat dejansko ne odloča skoraj o ničemer; njegovo delovanje je sicer pravno in organizacijsko ločeno od poslovanja franšizodajalca, dejansko pa je franšizojemalec popolnoma integriran v dejavnost dajalca franšize in v celoti vezan na njegova navodila in kontrolo. Zato se v razmerju med dajalcem franšize in prejemnikom zastavlja vprašanje, ali je prejemnik franšize dejansko delavec.

Ta vprašanje pa ne seže le na razmerje med dajalcem franšize in prejemnikom kot fizične osebe, temveč tudi na primere, ko prejemnik franšize zaposluje tretje osebe, njegove delavce. Ti so v delovnem razmerju s prejemnikom franšize, vendar so zaradi vsebine razmerja med dajalcem in prejemnikom franšize, ki opredeljuje tudi njihov delovni položaj, lahko v zelo podrejenem razmerju, v

svojih podizvajalcev. Šele ugotovitev, kdo je po navedenih kriterijih delodajalec na skupnem gradbišču v smislu predpisov o varnosti pri delu, vodi do ugotavljanja njegove odškodninske odgovornost. Poudarjam, da navedeno stališče predstavlja le manjši del odgovora na perečo problematiko.

⁵⁸ Zaradi odločitve o spremembi poslovanja jih odda lahko tudi bivšim zaposlenim, ki s tem postanejo samostojni podjetniki ali družbeniki, ki morajo ob spremembi zaposliti dosedanje delavce. Takrat se lahko pojavita tudi vprašanja spremembe delodajalca in vpliva te spremembe na pravice delavcev.

⁵⁹ Več o tej problematiki Darja Senčur Peček: *Franšizing in delovna razmerja*, Delavci in delodajalci, 2-3/2018, str. 233–252.

katerem je odločilen odločevalec dajalec franšize. Ta poleg določanja pogojev poslovanja namreč običajno bistveno vpliva tudi na zaposlovanje delavcev pri prejemniku franšize, na število zaposlenih oseb in določa tudi pogoje njihovega dela ter večkrat tudi neposredno nadzira in kontrolira njihovo delo. Ob skoraj popolnem določanju vseh parametrov delovanja prejemnika franšize in njegovih delavcev prejemnik franšize nima posebnega manevrskega prostora pri izvajanju svoje podjetniške aktivnosti in možnosti dodatnega zaslužka, kar ga v želji po nekoliko večjem zaslužku sili v dejanja na škodo svojih zaposlenih (npr. premajhno plačilo plač, dodatkov, nepriznavanje vseh ur dela itd.).

Tudi v poslovnih praksah pri nas poznamo takšna razmerja, ki so razširjena, vendar se premalo zavedamo njihove problematičnosti. Poznani so npr. primeri trafik ali bencinskih črpalk različnih družb, dajalcev franšize, kjer so prejemniki franšize v položaju, ki jim omogoča le minimalno odločanje o delu, načinu in organizaciji dela, zaposlovanju, številu zaposlitev, delovnem času. Prejemniki franšize in njihovi zaposleni so pod stalnim nadzorom dajalca franšize in zanje veljajo isti akti kot za dajalca franšize. Prejemniki franšize in njihovi delavci morajo imeti večkrat enake obleke kot delavci dajalcev franšize; tudi zanje velja sistem izobraževanja, ki ga vodi in organizira dajalec franšize; opravljajo enake dodatne dejavnosti, vendar večkrat za manjšo plačo kot delavci dajalca franšize. Bencinske črpalke imajo sicer enaka obeležja. V nekaterih primerih prihaja tudi do mešanja delavcev – prejemnik franšize mora v primerih pomanjkanja delavcev ali v primerih potrebe po nadomeščanju delavcev pri dajalcu franšize s svojimi delavci zagotavljati tudi delo pri dajalcu franšize in obratno. Za prejemnika franšize, ki je samostojen podjetnik, tudi sicer ne veljajo omejitve dela kot veljajo za delavce. Odvisnost prejemnika franšize in njegovih delavcev je skratka velika.

Tudi ta razmerja torej lahko odpirajo vprašanja o dejanskem delovnem razmerju med dajalcem franšize in prejemnikom franšize in obenem tudi o delovnem razmerju med dajalcem franšize in delavci, ki so formalno zaposleni pri prejemniku franšize. Pri odločanju v morebitnem sporu med dajalcem franšize in delavci, ki so zaposleni pri prejemniku franšize, bi bilo (podobno kot pri zgornji opredelitvi razmerij med platformami, ki opravljajo delo preko podizvajalcev) treba presoditi, ali dajalec franšize dejansko deluje kot delodajalec in kakšna je vloga prejemnika franšize – ali je ta dejansko zanemarljiva oziroma manj pomembna.

3.5. Evropska ureditev in praksa Sodišča EU

V Evropski uniji problematika opredelitve pojma delodajalca ni bila deležna toliko pozornosti kot problematika opredelitve delavca. Kljub temu se tega vprašanja dotikajo nekatere direktive.

Mednje spada Direktiva 2008/104/ES o delu preko agencij za zagotavljanje začasnega dela, ki na ravni EU omogoča delovanje agencij, vendar pod določenimi pogoji. Tudi Direktiva 2001/23/ES o približevanju zakonodaje držav članic v zvezi z ohranjanjem pravic delavcev v primeru prenosa podjetij, obratov ali delov podjetij ali obratov posredno posega na to področje, saj v primeru prenosa podjetja določa prenos obstoječih pravic in obveznosti od odsvojitelja na prevzemnika, čeprav ta ni pogodbeni delodajalec.

Direktiva Sveta 89/391/EGS o uvajanju ukrepov za spodbujanje izboljšav varnosti in zdravja delavcev pri delu v 3.b členu določa pojem delodajalca. Po tej direktivi je to vsaka fizična ali pravna oseba, ki z delavcem sklene zaposlitveno razmerje, in je odgovorna za podjetje in/ali obrat. Ta direktiva v četrtem odstavku 6. člena določa tudi dolžnost skupnega izvajanja določb o varnosti, zdravju in higieni pri delu več delodajalcev na gradbiščih.⁶⁰

V zvezi s platformnim delom opozarjam na 13. točko preambule in 11. člen Direktive 2019/1152 o preglednih in predvidljivih delovnih pogojih v Evropski uniji. 13. točka preambule določa: Funkcije in pristojnosti delodajalca lahko v praksi prevzame več različnih fizičnih ali pravnih oseb oziroma drugih subjektov. Države članice bi morale še naprej imeti možnost, da natančneje določijo osebe, ki se štejejo v celoti ali delno odgovorne za izvajanje obveznosti, ki jih za delodajalce določa ta direktiva, kolikor so vse te obveznosti izpolnjene. Države članice bi morale imeti tudi možnost, da se odločijo, da izpolnjevanje teh obveznosti v celoti ali delno naložijo fizični ali pravni osebi, ki ni stranka v delovnem razmerju. 11. člen pa med drugim določa: Kadar države članice dovolijo uporabo pogodb za delo na zahtevo ali podobnih pogodb o zaposlitvi, sprejmejo enega ali več od naslednjih ukrepov za preprečevanje zlorab: (a) omejitev uporabe in trajanja pogodb za delo na zahtevo ali podobnih pogodb o zaposlitvi; (b) izpodbojno domnevo o obstoju pogodb o zaposlitvi z minimalnim številom plačanih ur na podlagi povprečnega

⁶⁰ Kadar si več podjetij deli delovišče, delodajalci brez vpliva na druge določbe te direktive sodelujejo pri izvajanju določb, s katerimi zagotavljajo varnost, zdravje in higieno pri delu, ter ob upoštevanju narave dejavnosti usklajujejo svoje ukrepe za zaščito in preprečevanje poklicnih tveganj, drug drugega in svoje delavce in/ali njihove zastopnike pa obveščajo o teh tveganjih.

števila opravljenih ur v določenem obdobju; (c) druge enakovredne ukrepe, ki zagotavljajo učinkovitost preprečevanja zlorab. Poudarjam, da ta direktiva opredelitev delodajalca prepušča državam članicam, kar pa (glej v nadaljevanju) ne odgovarja povsem opredelitvam v nekaterih drugih dokumentih.

Opozarjam tudi na 12. člen Direktive 2014/67/EU 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). Ta člen med drugim določa:

1. Za preprečevanje goljufij in zlorab lahko države članice po posvetovanju z zadevnimi socialnimi partnerji v skladu z nacionalnim pravom in/ali prakso sprejmejo dodatne nediskriminacijske in sorazmerne ukrepe, da bi zagotovile, da se lahko v podizvajalskih verigah napoteni delavec v zvezi z morebitnimi neporavnanimi neto prejemki v vrednosti minimalnih urnih postavk in/ali prispevki za splošne sklade ali institucije socialnih partnerjev, če so zajeti v členu 3 Direktive 96/71/ES, poleg odgovornosti delodajalca ali namesto nje sklicuje na odgovornost pogodbenika, katerega neposredni podizvajalec je delodajalec (ponudnik storitev), za katerega se uporablja člen 1(3) Direktive 96/71/ES.
2. V zvezi z dejavnostmi iz priloge k Direktivi 96/71/ES sprejmejo države članice ukrepe, s katerimi zagotovijo, da se lahko v podizvajalskih verigah napoteni delavec v zvezi s svojimi pravicami iz odstavka 1 tega člena poleg odgovornosti delodajalca ali namesto nje sklicuje na odgovornost pogodbenika, katerega neposredni podizvajalec je delodajalec.
3. Odgovornost iz odstavkov 1 in 2 je omejena na pravice delavca, pridobljene na podlagi pogodbenega razmerja med pogodbenikom in njegovim podizvajalcem.
4. Države članice lahko v skladu s pravom Unije prav tako določijo strožja pravila v zvezi z odgovornostjo na podlagi nacionalnega prava ter na nediskriminacijski in sorazmeren način glede obsega in vrste odgovornosti podizvajalca itd.

Omenjam tudi Direktivo 2009/52/ES o minimalnih standardih glede sankcij in ukrepov zoper delodajalce nezakonito prebivajočih državljanov tretjih držav, ki širše opredeli delodajalca in podizvajalca⁶¹ ter nalaga državam sprejem ukrepov

⁶¹ Delodajalec pomeni vsako fizično osebo ali pravni subjekt, vključno z agencijami za zagotavljanje začasnega dela, za katerega ali po navodilih in/ali pod nadzorstvom katerega se zaposlitev opravlja; podizvajalec pomeni vsako fizično osebo ali pravni subjekt, kateremu je dodeljena izvedba vseh ali dela obveznosti iz že sklenjene pogodbe (2. člen).

in sankcij zaradi kršitev prepovedi nezakonitega zaposlovanja, obenem pa določa plačila (dejansko gre za bruto plačo), ki jih morajo poravnati delodajalci nezakonito zaposlenemu državljanu tretje države.

SEU je problematiko opredelitve delodajalca, ki se kaže v različnih oblikah in se povezuje z različnimi področji evropskega delovnega prava, vsaj delno že obravnavalo.

V zvezi z agencijskim delom omenjam sodbo v zadevi *ALB FILS Kliniken, C – 427/21* z dne 22. 6. 2023, v kateri je šlo za nenavadno situacijo: tožnik je bil zaposlen pri družbi ALB FILS Kliniken, ki je oddelke za pošto, arhiv in knjižnico prenesla na drugo družbo, tožnik pa je po posebni določbi nemškega prava uveljavljal pravico do ugovora zoper prenos, tako da se je delovno razmerje ohranilo pri prvotnem delodajalcu. Vseeno je moral opravljati delo pri drugi družbi. Vprašanje je bilo, ali se v tem primeru uporablja Direktiva 2008/104/ES o delu preko agencij, vendar je SEU odgovorilo nikalno. Opozorilo je tudi na to, da namen izraza „začasno“ iz 1. (1) člena Direktive 2008/104/ES ni v tem, da bi se delo prek agencij za zagotavljanje začasnega dela uporabljalo samo za delovna mesta, ki ne bi bila stalna ali ki bi morala biti zasedena zaradi nadomeščanja, saj ta izraz ne označuje delovnega mesta, ki ga je treba zasesti v podjetju uporabniku, ampak načine napotitve delavca v to podjetje. Izvedena mora biti torej tudi napotitev delavca v podjetje uporabnika. Poudarilo je, da je namen Direktive 2008/104/ES, da države članice zagotovijo, da delo preko agencij pri istem uporabniku ne postane stalen položaj delavca, obenem pa, da je v nasprotju z Direktivo (določbo petega odstavka 5. člena) tudi, da države ne določijo nobenega ukrepa za preprečitev zaporednih napotitev istega delavca v isto podjetje (torej k istemu uporabniku).⁶²

Pri tem se je sklicevalo tudi na sodbo v zadevi *Daimler, C-232/20*, z dne 17. 3. 2022, kjer je odločilo enako. Prav v tej zadevi je sprejelo še nekatera druga stališča: da zaporedne napotitve delavca, zaposlenega pri agenciji za zagotavljanje začasnega dela, na isto delovno mesto v podjetje uporabnika v skupnem trajanju 55 mesecev, pomenijo zlorabo, če te napotitve pripeljejo do trajanja dela v tem podjetju, ki je daljše od tistega, ki ga je glede na vse okoliščine, ki zajemajo zlasti posebnosti sektorja, in glede na nacionalni pravni okvir, mogoče razumno šteti za „začasno“, ne da bi bilo to, da podjetje uporabnika uporablja

⁶² V tem se kaže tudi pomanjkljivost naše zakonske ureditve.

verizenje zaporednih pogodb o zaposlitvi pri agenciji, kakor koli objektivno pojasnjeno.⁶³

Nadalje je odločilo, da Direktiva nasprotuje nacionalni ureditvi, ki določa maksimalno trajanje napotitve istega delavca, zaposlenega pri agenciji, v isto podjetje uporabnika, če bi se pri tej ureditvi za izračun tega trajanja izključevala obdobja pred začetkom veljavnosti take ureditve.

In še naslednje zanimivo stališče: delavec, zaposlen pri agenciji – ob neobstoju določbe nacionalnega prava, katere namen je sankcioniranje tega, da agencije za zagotavljanje začasnega dela ali podjetja uporabnikov ne spoštujejo te direktive – na podlagi prava Unije ne more pridobiti subjektivne pravice do nastanka delovnega razmerja s podjetjem uporabnikom.⁶⁴

Pomembna je tudi odločitev v sodbi *Albron*, C-242/09 z dne 21. 10. 2010. J. R. je bil zaposlen v družbi HNB kot delavec v oddelku za »pripravo obrokov« (tudi ostalo osebje koncerna Heineken je bilo zaposleno pri tej družbi). Ta družba ga je skupaj s približno sedemdesetimi drugimi delavci iz tega oddelka napotila v družbo HN, ta dejavnost pa se je potem prenesla na družbo Albron. Družba HNB je delovala kot osrednja delodajalka in napotila člane osebja v različne operativne družbe koncerna Heineken na Nizozemskem (HNB in HN sta spadali v ta koncern). Sindikat in J. R. sta zoper podjetje Albron vložila tožbo za ugotovitev, da je prenos dejavnosti zagotavljanja obrokov med družbo HN in podjetjem Albron pomenil prenos podjetja v smislu Direktive 2001/23/ES in da so delavci, zaposleni v družbi HNB, ki so bili napoteni v družbo HN, po tem datumu samodejno nastopili službo v podjetju Albron, temu podjetju pa se naloži, da mora v zvezi s pogodbo o zaposlitvi z J. R. z retroaktivnim učinkom uporabiti pogoje, ki so veljali med družbo HNB in J. R.

⁶³ Šlo je za primer nemške ureditve, ki ni imela točno določenega obdobja začasnosti dela in opredeljenih posledic za takšen primer. Nemci so kasneje sprejeli ureditev o najdaljšem roku napotitve 18 mesecev, v primeru prekoračitve pa določili posledico – vzpostavitev delovnega razmerja pri uporabniku.

⁶⁴ Na to zadevo se je skliceval tudi predlog za dopustitev revizije v zadevi VS VIII DoR 160/2023. VS revizije ni dopustilo. Odgovor SEU se je namreč nanašal le na pravo Unije (!), ob upoštevanju dejanskega stanja v zadevi, v kateri je bil tožnik zaposlen pri agenciji, pri čemer ni šlo za vprašanje, ali agencija ni imela dovoljenja, temveč za vprašanje sankcioniranja zaposlitve, ki ni več začasna. Kot je razvidno iz razlogov te in tudi drugih sodb SEU izrecno prepušča državam članicam svobodo, da med sankcijami izberejo tiste, ki bodo primerne za doseganje ciljev direktive. Države članice lahko tudi delavcem v zakonodaji, kolektivnih pogodbah in preko sodne prakse zagotovijo večjo zaščito kot izhaja iz Direktive. Tudi podlage odločanja niso bile enake kot v konkretni zadevi, ki se je nanašala na delodajalca Luko Koper itd.

SEU je med drugim pojasnilo, da je v primeru, če v koncernu obstajata dva delodajalca, in sicer eden, ki ima pogodbeno razmerja z delavci tega koncerna, in drugi, ki ima nepogodbeno razmerja z njimi, kot „odsvojitelja“ v smislu Direktive 2001/23/ES mogoče obravnavati tudi delodajalca, ki je odgovoren za gospodarsko dejavnost prenesene enote in določa delovna razmerja z delavci te enote, kljub neobstoju pogodbenih razmerij z navedenimi delavci. Na ta način je SEU v okvirih Direktive 2001/23/ES ustvarilo koncept ne-pogodbenega delodajalca. Tako je mogoče razumeti, da navedena direktiva ne zahteva pogodbenega razmerja med delavcem in delodajalcem, temveč je bistveno trajno opravljanje dela delavca pri delodajalcu, h kateremu je delavec napoten. Direktiva torej ščiti delavce v primeru prenosa ekonomske celote. Bistveno za zaščito je samo vprašanje, s katero ekonomsko celoto ga lahko povezujemo.

Drugačno problematiko je SEU reševalo v zadevi *Martin Meat*, C-586/13 z dne 18. 6. 2015. Opredelilo je nekatere elemente, ki jih je treba upoštevati pri razlikovanju med opravljanjem storitev in dela delavcev – konkretno je odgovorilo na vprašanje, ali je razmerje sploh mogoče reševati z uporabo Direktive 96/71/ES (v okviru čezmejnega opravljanja storitev – kot zagotavljanje dela delavcev).⁶⁵ SEU je odločilo, da je v primeru konkretnega pogodbenega razmerja treba pri ugotavljanju, ali je treba to razmerje opredeliti kot zagotavljanje dela delavcev v smislu 1.(3)(c) člena Direktive 96/71/ES, upoštevati vse okoliščine, ki kažejo na to, ali je bila napotitev delavca v državo članico gostiteljico predmet storitve, na katero se nanaša to pogodbeno razmerje. Načeloma sta indica, ki kažeta na to, da taka napotitev ni predmet opravljanja storitev, zlasti dejstvo, da ponudnik storitve odgovarja za posledice nepravilnega izvajanja pogodbeno določene storitve, in okoliščina, da lahko ta ponudnik prosto določa število delavcev, ki jih je po njegovi presoji treba napotiti v državo članico gostiteljico. Nasprotno pa

⁶⁵ Alpenrind, družba avstrijskega prava, specializirana za rezanje in prodajo predelanega mesa, je leta 2007 sklenila pogodbo z Martin Meat, družbo s sedežem na Madžarskem. Na podlagi te pogodbe je morala družba Martin Meat predelati 25 govejih polovic na teden in to meso zapakirati za prodajo. Predelava in pakiranje sta se izvajali v prostorih klavnice Alpenrind v Salzburgu. Prostore in naprave, uporabljene pri izvajanju teh dejavnosti, je družba Martin Meat najela in družbi Alpenrind plačevala pavšalno najemnino. Pripomočki, ki so se uporabljali v okviru navedenih dejavnosti, kot so noži, žage in zaščitne obleke, so bili v lasti družbe Martin Meat. Te dejavnosti so izvrševali madžarski delavci družbe Martin Meat. Delovodja družbe Alpenrind je delovodji družbe Martin Meat dajal navodila glede trupel, ki jih je bilo treba obdelati in kako. Delovodja družbe Martin Meat je nato organiziral delo svojih zaposlenih, ki jim je dajal navodila. Družba Alpenrind je nadzirala kakovost opravljenega dela. Plačilo storitev, ki jih je opravila družba Martin Meat, je bilo odvisno od količine obdelanega mesa. To plačilo je bilo mogoče v primeru slabe kakovosti obdelanega mesa zmanjšati.

na podlagi okoliščin, da podjetje, ki je naročnik te storitve, nadzira skladnost te storitve s pogodbo ali da lahko daje delavcem, ki so zaposleni pri navedenem ponudniku storitve splošna navodila, ni mogoče sklepati, da gre za zagotavljanje dela delavcev.⁶⁶

S pojmom delodajalca se je SEU ukvarjalo predvsem v socialni zadevi *AFMB*, C-610/18, v kateri je izdalo sodbo dne 16. 7. 2020. Za razliko od nakazanih različnih rešitev je v tej sodbi prvič poudarilo, da bi moral biti v evropskem pravu tudi koncept delodajalca potrjen avtonomni in enotni razlagi. Predvsem je bilo to pomembno, ker je šlo za delavce, ki so opravljali delo v več državah članicah, v teh primerih pa je treba uporabljati zakonodajo ene države članice. SEU je določilo navezne okoliščine in v zvezi s temi upoštevalo objektivni položaj delavcev.

Družba *AFMB*, ki je bila ustanovljena na Cipru, je s prevoznimi podjetji s sedežem na Nizozemskem sklenila pogodbe o upravljanju voznega parka. V teh pogodbah se je proti plačilu provizije zavezala, da bo v imenu navedenih podjetij in na njihovo tveganje poskrbela za upravljanje težkih tovornih vozil, ki jih ta podjetja uporabljajo v okviru svojih dejavnosti. *AFMB* je za različna obdobja sklenila tudi pogodbe o zaposlitvi z vozniki tovornih vozil v mednarodnem prometu, ki prebivajo na Nizozemskem. V teh pogodbah je bila *AFMB* delodajalka. Dogovorjena je bila uporaba ciprskega delovnega prava. Vozniki tovornih vozil v mednarodnem prometu pred sklenitvijo teh pogodb o zaposlitvi niso nikoli živeli in delali na Cipru. Med izvajanjem pogodb z *AFMB* so še naprej živeli na Nizozemskem in v imenu navedenih prevoznih podjetij svojo dejavnost opravljali v dveh ali več državah članicah, nekateri od teh voznikov pa tudi v eni ali več državah EFTA. Vozniki na Nizozemskem niso opravljali znatnega dela svojih dejavnosti. Poleg tega so bili

⁶⁶ Glej tudi podobno sodbo *Vicoplus*, C-307/09 – C-309/09, z dne 10. 2. 2011, v kateri je šlo za vprašanje zagotavljanja delavcev in začasno napotitvijo v smislu Direktive 96/71/ES: Čeprav bi se na podlagi tega, da med delom, ki ga opravi delavec v državi članici gostiteljici, in glavno dejavnostjo njegovega delodajalca, ni povezave, lahko sklepalo, da je ta delodajalec zagotovil delo tega delavca, ni mogoče izključiti možnosti, da ta delavec za svojega delodajalca opravlja storitev, ki spada med tiste dejavnosti delodajalca, ki so drugega pomena oziroma so zanj nove. Velja tudi obratno: to, da navedeno delo ustreza glavni dejavnosti delodajalca napotenega delavca, ne izključuje možnosti, da gre za zagotovitev delavca, saj lahko tak položaj med drugim nastane pri napotitvi delavca znotraj skupine v smislu člena 1(3)(b) Direktive 96/71/ES. Napotitev delavcev v smislu 1.(3)(c) člena Direktive 96/71/ES je storitev, ki se opravlja za plačilo in v zvezi s katero napoteni delavec ostane v službi podjetja, ki je ponudnik storitve, z uporabnikom pa ni sklenjena nobena pogodba o zaposlitvi. Za to napotitev je značilno, da je napotitev delavca v državo članico gostiteljico dejanski predmet storitve, ki jo opravlja podjetje, ki je ponudnik storitve, in da ta delavec delo opravlja pod nadzorom in vodstvom podjetja, ki uporablja njegove storitve.

nekateri prej zaposleni v istih podjetjih. Družba AFMB je na podlagi 16. člena Uredbe št. 987/2009 od Zavoda za socialno zavarovanje zahtevala potrditev, da za voznike tovornih vozil v mednarodnem prometu na podlagi 13. člena Uredbe št. 883/2004 ne velja nizozemska zakonodaja na področju socialne varnosti. Glede tega je navedla tudi, da pristojni ciprski nosilec tem voznikom tovornih vozil ne more izdati potrdil A1, dokler Zavod za socialno zavarovanje ne potrdi, da se na področju socialne varnosti zanje ne uporablja nizozemska zakonodaja. Nizozemski socialni zavod je menil, da je treba za delodajalce teh voznikov opredeliti le prevozna podjetja s sedežem na Nizozemskem in se za voznike uporablja nizozemska zakonodaja, medtem ko so AFMB in vozniki tovornih vozil menili, da je treba za delodajalca opredeliti družbo AFMB in da se za voznike, ker je sedež te družbe na Cipru, uporablja ciprska zakonodaja.

Ob odločitvi je SEU poudarilo, da razmerje med «delodajalcem» in njegovim zaposlenim «osebjem» praviloma pomeni, da med njima obstaja razmerje podrejenosti, da je pri presoji treba izhajati iz objektivnega in dejanskega položaja, v katerem se nahajajo delavci (torej ne le iz pogodbenega principa, čeprav ima pogodba o zaposlitvi lahko prednost v smislu pravne varnosti) in da je podjetje, ki mu «običajno pripada» delavec, v smislu navedenih določb tisto podjetje, pod nadzorom katerega je delavec, pri čemer se na tak pogoj sklepa iz vseh zaposlitvenih okoliščin. Čeprav je lahko sklenitev pogodbe o zaposlitvi med zaposleno osebo in podjetjem pokazatelj obstoja razmerja podrejenosti med delavcem in družbo, ta okoliščina sama po sebi ne omogoča nedvorne ugotovitve o obstoju takega razmerja. Za tako ugotovitev je namreč treba upoštevati ne le informacije, ki jih formalno vsebuje pogodba o zaposlitvi, ampak tudi način, kako se obveznosti, ki jih imata tako delavec kot zadevno podjetje, v praksi izpolnjujejo v okviru pogodbe. Ne glede na besedilo pogodbenih dokumentov je treba opredeliti subjekt, pod nadzorom katerega je dejansko delavec in ki v praksi nosi ustrezne stroške plač ter dejansko odloča o odpovedi pogodbe o zaposlitvi delavcu. Presodilo je, da je treba to izhodišče upoštevati tudi za namen uporabe 14. člena, 2.(a) točke Uredbe št. 1408/71 in 13.(1) (b)(i) člena Uredbe št. 883/2004. SEU je upoštevalo, da so vozniki ves čas ohranili stalno prebivališče na Nizozemskem in so jih pred sklenitvijo pogodb o zaposlitvi z družbo AFMB izbrala prevozna podjetja sama, po sklenitvi pogodb pa so opravljali poklicno dejavnost v imenu in na tveganje teh prevoznih podjetij. Čeprav je bilo s pogodbami o upravljanju voznega parka, ki so jih sklenila prevozna podjetja in družba AFMB, tej zaupano upravljanje težkih tovornih vozil in čeprav je bila družba AFMB zadolžena za obračunavanje plač, so dejanske

stroške teh plač prek provizije, ki je bila izplačana družbi AFMB, prevzela prevozna podjetja. Poleg tega je odločitev prevoznega podjetja, da ne bo več uporabljala storitev voznika tovornega vozila, na splošno pomenila takojšno odpoved pogodbe o zaposlitvi temu vozniku s strani družbe AFMB; tako je prevozno podjetje dejansko odločalo o odpovedih pogodb o zaposlitvi, kar pa mora preveriti predložitveno sodišče.

Iz prikazanih primerov z različno problematiko lahko opazimo določene težave razvoja evropskega prava in tudi nekatere konceptualne nejasnosti, ki se povezujejo z ureditvijo in cilji ureditve v različnih direktivah. Za razliko od zadeve *Albron* je bilo v zadevi *AFMB* nujno, da je sodišče razvilo koncept enega samega delodajalca, saj bi bilo ob uveljavitvi pojma so-delodajalcev nemogoče vzpostaviti socialna zavarovanja v več državah. Prav ta odločite je tudi najpomembnejša, pa čeprav se nanaša na vprašanje socialne varnosti zaposlenih. Sodišče je namreč v tej sodbi postavilo tudi dovolj jasna izhodišča za presojo delodajalca.

4. POJEM DEJANSKEGA DELODAJALCA PO PRESOJI VRHOVNEGA SODIŠČA RS

VS se je do vprašanja dejanskega delodajalca opredelilo v odločbah VIII Ips 9/2022 z dne 13. 12. 2022, VIII Ips 8/2022, VIII Ips 10/2022, VIII Ips 13/2022, VIII Ips 18/2022, VIII Ips 19/2022 in VIII Ips 20/2022, vse z dne 20. 12. 2022, in VIII Ips 5/2022 z dne 21. 2. 2023.

V teh zadevah VS ni izhajalo le iz formalnih pogodb o zaposlitvi, ki so bile sklenjene med delavci (tožniki v sodnih sporih) in različnimi družbami – t.i. izvajalkami pristaniških storitev. Izhajalo je iz dejanskih objektivnih okoliščin pogodbenega odnosa med delavci in izvajalkami pristaniških storitev, med temi družbami – izvajalkami pristaniških storitev in Luko Koper ter zlasti iz dejanskih razmerij med delavci in Luko Koper.

Upoštevalo je, da so izvajalke pristaniških storitev dejansko delovale kot agencije za posredovanje dela delavcev, čeprav za to niso imele pogojev, ki jih zahteva naša zakonodaja, obenem pa tudi delo delavcev, ki so bili sicer zaposleni pri izvajalkah pristaniških storitev, pri uporabniku (Luko Koper) ni bilo začasno (v nekaterih primerih je šlo tudi za delo, ki so ga delavci opravljali več kot 20 let neprekinjeno), kar je sicer odločilen element za opredelitev agencijskega dela.

Ugotovilo je tudi navideznost pogodb o opravljanju dela (podjemnih pogodb) med Luko Koper in izvajalkami pristaniških storitev, saj izvajalke niso izpolnjevale pogojev za opravljanje storitev po pogodbah in dogovorjenih storitev tudi niso opravljale. Opravljale so namreč le «storitev» posredovanja dela delavcev, kot rečeno brez zakonskih pogojev in ne le začasno. Celo več – Luka Koper je ob stalni potrebi po delu delavcev, ki so bili formalno zaposleni pri izvajalkah pristaniških storitev, sodelovanje s temi izvajalkami pogojevala prav s tem, da te niso agencije. Opisana dejavnost je potekala na škodo delavcev, ki jim niso bile zagotovljene niti pravice, ki pripadajo agencijskim delavcem (načelo enakega obravnavanja). Položaj Luke Koper je bil v razmerjih do izvajalk pristaniških storitev dominanten, saj je odločala o bistvenih okoliščinah dela in poslovanja – če bi prenehala poslovno sodelovanje z izvajalko, bi to avtomatično pomenilo prenehanje izvajalke in posledično delovnih razmerij delavcev, ki so bili zaposleni pri njej (kar se je v glavnem tudi zgodilo). Obenem je bilo tudi razmerje Luke Koper do delavcev dejansko razmerje med delodajalcem in delavci, saj je prav Luka Koper odločala o njihovem delu, ga odredila in nadzirala v okviru svoje organizacije poslovanja, vloga izvajalcev pristaniških storitev kot formalnih delodajalcev pa je bila v tem pogledu obrobna.

V navedenem «poslovnem modelu» je VS ugotovilo ne le njegovo nezakonitost, temveč tudi zlorabo pravic. Glede na dejanske okoliščine dela delavcev in dejstvo, da je odločilno nadzorno funkcijo nad njihovim delom izvajala Luka Koper (natančneje v citiranih odločbah), je presodilo, da je bila Luka Koper dejanski delodajalec tožnikov (delavcev). To je pomenilo tudi, da VS ni ostalo le v okvirih presoje pravic in obveznosti, ki so določene v okviru razmerja agencije za zagotavljanje dela delavcev in uporabnika.

Ker so se pogodbe o zaposlitvi sicer izvajale, z vsemi posledicami, torej obstojem delovnega razmerja in plačilom (ne glede na to, če je bilo to prenizko), posledično pa tudi s statusom delavca in ustrezno zaščito na socialnem področju, VS pogodb o zaposlitvi ni štelo za nične (za razliko od sodišča prve stopnje) in na ta način ni poseglo v delovno pravni položaj tožnikov (delavcev) in pridobljene pravice za nazaj. Kljub temu je v posledici ugotovitve, da je bila Luka Koper ves čas njihov dejanski delodajalec, zavzelo tudi stališče, da je odgovorna (ali izjemoma soodgovorna v primerih, ko so bili delavci še vedno formalno zaposleni pri njihovem navideznem delodajalcu) za vse njihove pravice (razliko plače, kot bi jim morala pripadati, če bi bili zaposleni v Luki Koper itd.) iz delovnega razmerja.

VS se zaradi presoje, da je bila Luka Koper dejanski delodajalec delavcev, ni zaustavilo le pri njeni subsidiarni odgovornosti, ki je zakonsko predvidena v primeru agencijskega dela, kot odgovornost uporabnika (šesti odstavek 62. člena ZDR-1).

V večini primerov sodnega odločanja so delavci v času zaključka postopka pred sodiščem prve stopnje že izgubili zaposlitev pri formalnem delodajalcu (v posledici začetka stečajnega postopka). To pa je prav zaradi odločitve, da je bila njihov dejanski delodajalec Luka Koper že v času formalnega delovnega razmerja z izvajalko pristaniških storitev, pomenilo, da je bila delavcem priznana pravica do vzpostavitve delovnega razmerja pri tem delodajalcu in priznana pravica iz tega razmerja od datuma prenehanja pogodbe o zaposlitvi pri prejšnji izvajalki pristaniških storitev. Tudi v sicer redkem primeru, da je bil delavec (tožnik) v času odločanja sodišča prve stopnje še v delovnem razmerju z izvajalko pristaniških storitev, je sodišče naložilo Luki Koper, da delavca (tožnika) pozove na delo k sebi.

Odločitev o formalnem priznanju delovnega razmerja, ki se ni raztezalo na čas že vzpostavljenega delovnega razmerja pri navideznem (formalnem) delodajalcu, je upoštevala dosedanje prakso v sporih o prenehanju in obstoju delovnega razmerja, saj delovna sodišča do sedaj niso posegala v že obstoječa delovna razmerja delavcev. Rušenje vseh že vzpostavljenih in dejansko realiziranih razmerij za nazaj bi povzročilo tudi večje težave in potencialne zaplete, saj bi se pojavili problemi vračanja plač, socialnih prejemkov, brisanja in ponovnega vzpostavljanja lastnosti delavca, ponovnega plačevanja celotnih plač za nazaj itd. brez ustreznih zakonskih podlag, ki bi te možnosti urejale. Na drugi strani je VS pri takšni odločitvi upoštevalo, da je Luka Koper kot delodajalec delavcem posredno že plačala plačo in druge prejemke (sicer preko nakazil formalnemu delodajalcu) in je za čas že obstoječega delovnega razmerja dolžna plačati le še razliko do zneskov pravilno določene (višje) plače in drugih prejemkov, ki bi delavcem pripadali, če bi bili tudi formalno zaposleni pri Luki Koper. Poudarjam, da v tem primeru ne gre za razliko iz naslova odškodnine za premoženjsko škodo, saj je bilo ugotovljeno, da je Luka Koper dejanski delodajalec tožnikov.

5. NAMESTO ZAKLJUČKA

Predstavljeni primeri različnih novih oblik dela so lahko tudi zaskrbljujoči. Ob strahu, kako bo na delovna razmerja vplivala umetna inteligenca, tudi novejši poslovni modeli dela preko platform in drugih poslovnih modelov ne zbuja posebnega optimizma, saj znižujejo zaščito izvajalcev takšnih del, znižujejo pa se tudi njihove sedanje in pričakovane socialne pravice ter financiranje le teh.

Vsaj v slovenskem okolju se zdi, da so na tem področju zastali tudi sindikati, saj kljub velikemu številu spornih poslovnih in podobnih praks posebnega in glasnega opozarjanja na probleme in rešitve ni. Pogrešam tudi njihovo aktivnost sprožanja postopkov in zastopanja delavcev pred slovenskimi sodišči. Predvsem pa je zastala država, ki bi se morala zavedati problematičnosti tihega dopuščanja različnih vprašljivih poslovnih praks in dolgoročnih posledic, ki jih takšne prakse prinašajo. Ta področja bi morala urediti. Bolj določno ureditev posledic pogrešam tudi pri do sedaj urejenih in dopuščenih oblikah dela. Nenazadnje to izhaja že iz Priporočila št. 198 MOD o delovnem razmerju (2006), državo pa k temu zavezujejo tudi nekatere od omenjenih direktiv.

LITERATURA

- Bagari, Sara: Uporaba algoritmov na področju delovnih razmerij, v *Delavci in delodajalci* št. 1/2022, str. 41–56.
- Bagari, Sara: Tveganja pri uvajanju umetne inteligence v delovna razmerja in možne pravne rešitve, v *Delavci in delodajalci* št. 2-3/2023, str. 221–242.
- Bjelinski Radić, Iva: Radnopravni aspekti rada preko digitalnih platformi, PF v Zagrebu, 2022.
- Bjelinski Radić, Iva: Kričička promišljanja o prijedlogu direktive o poboljšanju radnih uvjeta platformskih radnika, Zbornik PF Zagreb, št. 72(6), 2022.
- Cornet, M., Joulin, M., Casili, A.: Platform-mediated labour in Europe, *Hal Open Science*. julij 2023, <https://hal.science>.
- Cornet, M., Joulin, M., Casoli, A.: Platform-mediated labour in Europe, *European Commission, SWIRL – Slash Workers nad Industrial Relations*, 2020.
- Cherry, Mariam A.: Regulatory options for conflicts of law and jurisdictional issues in the on-demand economy; Ilo2019, *Conditions of work and employment series No.106*, <https://www.ilo>.
- Durri, Ilda: The intersection of causal work and platform work: Lessons learned from the causal work agenda for the labour protection of platform workers, *European Labour Law Journal*, Vol 14, No. 2/2023.
- Hiessl, Christina: Multiparty relationships in platform work: Cross-European case law development and points of departure for (supranational) regulation, *European Labour Law Journal*, No. 4, 2023.

- Hiesl, Christina: The legal status of platform workers: regulatory approaches and prospect of a European solution, *Italian labour law Journal* Issu 1, Vol. 15, 2022.
- Hiesl, Christina: Case Law on the Classification of Platform Workers, *Cross-European Comparative Analysis and Tentative Conclusions*, European Commission, 2022.
- Huybrechts, Sara: Working time and autonomy: Lessons for the new ways of working, *European Labour Law Journal*, No. 4, 2023.
- ILO, Regulatory options for conflict of law and jurisdiction issues in the on-demand economy, Office Geneva no. 106, 2019.
- Kresal, Barbara: Obstoje delovnega razmerja kot predhodno vprašanje v delovnih sporih, v: *Delavci in delodajalci* št. 2-3/2016, str. 217–240.
- Kresal, Barbara: Delo prek spletnih platform, v: Kresal Šoltes, K., Strban G., Domadenik P., (ur.), *Prekarno delo: multidisciplinarna analiza*, Založba Pravne fakultete, 2020, str. 105–128.
- Kresal Šoltes, Katarina: Prepoved nadomeščanja stalnih zaposlitvev z zunanjimi delavci – primer začasnega agencijskega dela, v: *Delavci in delodajalci* št. 2-3/2020, str. 275–292.
- Maran, Emiliano and Chieragato, Elisa: Multiparty work relationships across Europe: A comparative overview, *European Labour Law Journal*, 2022, vol. 13(4).
- Munkholm, Natalie V.: Multiparty work relationship in Denmark: The active role of social partners, *European Labour Law Journal*, Vol 13(4), 2022.
- Rodríguez Cardo, Ivan in Álvarez Alonso, Diego: Multiparty work relationship in Spain: Legal provisions and emerging trends, *European Labour Law Journal*, Vol. 13(4), 2022.
- Rosin, Anika: The right of a platform worker to decide whether and when to work: An obstacle to their employment status?, *European Labour Law Journal*, Vol. 13(4), 2022.
- Polajžar, Aljoša: Problematika sodnega odločanja in zakonske regulacije zaposlitvenega statusa Uberjevih voznikov: pravni, filozofski in sociološki vidiki, v *Delavci in delodajalci* št. 1/2023, str. 29–54.
- Senčur Peček, Darja: Franchizing in delovna razmerja, *Delavci in delodajalci*, 2 - 3/2018, str. 233–252.
- Senčur Peček, Darja: Pojem delavca s primerjalnega in EU vidika, *Delavci in delodajalci* št. 2-3/2016, str. 189–216.
- Senčur Peček, Darja: Tristrana delovna razmerja z vidika novejših sodnih praks in potrebnih zakonskih sprememb, *Delavci in delodajalci*, 2-3/2023, str. 175–201.
- van Schadewijk, Matthijs: The notion of employer: Toward a uniform European concept, *ELLJ*, 20021, vol. 12(3).
- Stylogiannis, Charalampos: The effective application of the right to collective bargaining for self-employed (platform) workers: "Not such an easy task," *European Labour Law Journal*, No. 4, 2023.

The Concept of the Employer and the Worker and Challenges of Case Law

Marijan Debelak*

Summary

In recent years, there have been major changes in the field of performing work. The forms and methods of work, cooperation or participation of several persons in performing work, etc. are changing. With these changes, the legal definitions of the concepts of worker and employer are becoming increasingly relevant. The author analyses the concepts of the employee and the employer by presenting the case law of the Court of Justice of the EU, comparative case law and the latest case law of the Supreme Court of the Republic of Slovenia, in which it ruled on high-profile cases of port workers at the Port of Koper. He particularly focuses on platform workers and the demonstration of comparable case law. He points out that organizations that master platforms very quickly change and adjust their algorithms, working conditions, and also take into account the reasons for decisions in cases in which the court has recognised the claimants' position as an employee in a comparison system. Therefore, certain decisions or reasons for court decisions may lose their relevance due to subsequent changes in working conditions. Very interesting is the presentation of Slovenian jurisprudence in the cases of the Port of Koper, which the author analyses in detail.

The Court's decision in cases regarding formal recognition of the employment relationship, which did not extend to the time of the already established employment relationship with a fictitious (formal) employer, has taken into account the current practice in disputes about termination and the existence of an employment relationship, since the labour courts have so far not interfered with the already existing employment relationships of workers. Demolishing the already established and actually realised relationships would retrospectively also lead to major difficulties and potential complications, as problems would arise of returning wages, social benefits, withdrawing and restoring the status of a worker, repaying full wages retroactively, etc. without adequate legal bases regulating these possibilities.

* Marijan Debelak, Master of Law, Supreme Judge Councillor, Supreme Court of the Republic of Slovenia
marijan.debelak@sodisce.si

On the other hand, in making such a decision, the Supreme Court of Justice in case of the Port of Koper took into account that the Port of Koper, as an employer, has already indirectly paid workers a salary and other benefits (via transfers to a formal employer) and is only obliged to pay the difference to the amounts of a correctly determined (higher) salary and other benefits that would have been due to workers if they were also formally employed at the Port of Koper. The author points out that this case is not about a difference in compensation for material damage, as it has been established that the Port of Koper is the actual employer of the claimants.

In conclusion, the author draws attention to the risks related to the presented examples of various new forms of work. He is concerned about how AI will affect employment relationships, as newer business models of working across platforms and other business models do not inspire particular optimism, as they reduce the protection of performers of such works, including their current and expected social rights and their financing. He points out the importance of a stronger role for trade unions in highlighting these problems and representing workers before the courts. The author further calls attention to the importance of the role of the state in regulating new forms of work.