

Delovnopравни vidiki prostega pretoka oseb, storitev in kapitala

DARJA SENČUR PEČEK

Povzetek V prispevku so obravnavana nekatera delovnopravna vprašanja, povezana s prostim gibanjem oseb, storitev in kapitala. Obravnavano je vprašanje opredelitve pojma delavca v smislu prava EU, pri čemer se opredelitev, ki jo je Sodišče EU razvilo v okviru prostega gibanja delavcev, širi tudi na druga področja prava EU. Prispevek obravnava tudi vpliv svobode ustanavljanja in opravljanja storitev na nacionalno kolektivno delovno pravo (predvsem na pravico do stavke in na pravico do kolektivnega dogovarjanja). V zvezi s prostim pretokom kapitala, pa je obravnavano vprašanje nujnosti zaščite delavcev v primeru, da drug subjekt pridobi večinski delež v gospodarski družbi (delodajalcu).

Ključne besede: • prosto gibanje delavcev • pojem delavca • prosto opravljanje storitev • prosto ustanavljanje • pravica do stavke • napoteni delavci • prosti pretok kapitala • varstvo delavcev •

NASLOV AVTORICE: dr. Darja Senčur Peček, redna profesorica, Pravna fakulteta, Univerza v Mariboru, Mladinska ulica 9, 2000 Maribor, e-pošta: darja.sencur-pecек@um.si.

DOI 10.18690/2463-8005.3.2.43-62(2017)

ISSN 2386-0219 tiskana izdaja / 2463-8005 spletna izdaja © 2017 ANALI PAZU^{HD} (Murska Sobota)

Dostopno na <http://hd.anali-pazu.si>

Labour-law issues of the free movement of persons, services and capital

DARJA SENČUR PEČEK

Abstract Article deals with labour-law issues of three fundamental freedoms - free movement of people, services and capital. First of them is the notion of the employee in EU law. The definition of the employee, developed by the Court of justice of the EU in connection with the free movement of workers, is more and more using in other fields of EU law. The second issue is the influence of freedom to establish and to provide services on the national collective labour law (especially on the right to strike and on the collective agreements). In connection with the free movement of the capital, the author deals with the necessity of protection of the employees in situation when capital structure of employer is changed.

Keywords: • free movement of workers • notion of employee • freedom to establish • freedom to provide services • right to strike • posted workers • free movement of capital • employee protection •

CORRESPONDENCE ADDRESS: Darja Senčur Peček, Ph.D., Full Professor, Faculty of law, University of Maribor, Mladinska ulica 9, 2000 Maribor, e-mail: darja.sencur-pecek@um.si.

DOI 10.18690/2463-8005.3.2.43-62(2017)

ISSN 2386-0219 Print / 2463-8005 On-line © 2017 ANALI PAZU^{HD} (Murska Sobota)

Available at: <http://hd.anali-pazu.si>

1. Uvod

Evropska unija¹ je vse od svojega nastanka predvsem ekonomska tvorba, socialna vprašanja pa ostajajo v ozadju. Tudi prva delovnopravna pravila na evropski ravni (enako plačilo za moške in ženske, enakovrednost letnih dopustov) so bila uveljavljena iz ekonomskih razlogov (z namenom izenačenja stroškov v posameznih državah) in ne z namenom dviga socialnih standardov.² Socialna politika³ je bila v pristojnosti držav članic, ki so v času ustanavljanja EU zagotavljale visok nivo socialnih pravic, zato potrebe (pa tudi volje) po njihovi ureditvi na ravni EU ni bilo. Sčasoma je bila EU bolj pripravljena posegati na socialno področje. Okrog leta 1970 so bile sprejete prve direktive, čeprav EU takrat na področju delovnega prava ni imela izrecnih zakonodajnih pristojnosti.⁴ S spremembo Pogodbe leta 1987 jih je pridobila na ozkem področju delovnega prava (delovni pogoji).⁵ S kasnejšimi spremembami (Maastrichtske pogodbe leta 1992 in Amsterdamske pogodbe leta 1998) so bile zakonodajne pristojnosti EU na področju delovnega prava bistveno razširjene. Danes ima EU zakonodajne pristojnosti na večini področij delovnega prava (socialne politike), kot to izhaja iz 153. člena Pogodbe o delovanju EU, t.i. Lizbonske pogodbe (PDEU).⁶ Iz pristojnosti Unije pa so izrecno izvzete plače, pravica združevanja, pravico do stavke ali pravico do izprtja.

Korpus danes veljavnega delovnega prava EU sestavlja nekaj določb PDEU⁷ in Listine EU o temeljnih pravicah,⁸ predvsem pa direktive, ki se nanašajo na varstvo materinstva in starševstva, atipične pogodbe o zaposlitvi (s krajšim delovnim časom, za določen čas, za agencijsko delo), varnost in zdravje pri delu, delovne pogoje (delovni čas, varstvo mladih delavcev, informiranje o delovnih pogojih), pravice delavcev v primeru prestrukturiranja podjetij (sprememba delodajalca, kolektivni odpusti, insolventnost delodajalca) in na kolektivno delovno pravo (informiranje in posvetovanje z delavci). Delovno pravo EU tako ni (in tudi ni bilo zasnovano kot) celovit sistem pravic, ki bi na

¹ Izraz Evropska unija oziroma EU je v članku uporabljen tudi za njene predhodnice – Evropsko gospodarsko skupnost (EGS) in Evropsko skupnost (ES).

² Ti naj bi se avtomatsko zvišali kot posledica večje učinkovitosti zaradi skupnega trga (Rodgers, 2015: 2).

³ Čeprav se tradicionalno s pojmom socialna politika označujejo vsi ukrepi države blaginje (kot so izobraževanja, socialna varnost itd.), se v kontekstu EU socialna politika uporablja kot sinonim za delovno pravo.

⁴ Z direktivami, ki so se nanašale na enako obravnavo delavcev in delavk, varnost in zdravje pri delu in varstvo delavcev v primeru prestrukturiranja je EU dajala skupnemu trgu bolj humano podobo, hkrati pa je preprečevala nepošteno konkurenco med državami.

⁵ Sprejete so bile direktive, ki so zagotavljale minimalno varstvo nosečih delavk, mlajših delavcev in varstvo v zvezi z delovnim časom.

⁶ PDEU- prečiščeno besedilo 2016, UL C 202 (2016).

⁷ PDEU posega na to področje z določbo 157. člena, ki določa načelo enakega plačila za ženske in moške, pa tudi z določbami člena 45 (prosto gibanje delavcev), člena 56 (svoboda zagotavljanja storitev) in člena 18 (prepoved diskriminacije na podlagi državljanstva), ki urejajo področje delovnih razmerij delavcev, ki delo opravljajo v drugi državi članici.

⁸ Predvsem v IV. poglavju z naslovom Solidarnost so določene temeljne pravice na področju dela in socialne varnosti

ravni EU urejala individualna in kolektivna delovna razmerja, in ki bi nadomestila nacionalno ureditev. Klasična delovnoppravna zaščita delavcev ostaja prvenstveno v domeni držav članic.⁹ Na ravni EU so urejena le nekatera področja delovnega prava, ureditev EU pa na teh področjih dopolnjuje nacionalno ureditev. Poleg tega je namen nacionalnih delovnih zakonodaj zaščita delavcev kot šibkejše stranke delovnega razmerja, medtem ko to ni (izključni) razlog za sprejem delovnopravnih pravil na ravni EU. Le-ta so rezultat različnih politik Unije, ki so zasledovale oziroma zasledujejo različne cilje.¹⁰

Pomemben del prava EU predstavljajo pravila, ki urejajo svoboščine notranjega trga. Vanje sodijo tudi pravila, ki se nanašajo na pravni položaj delavcev, ki delo opravljajo v drugi državi članici, bodisi v okviru prostega gibanja delavcev ali kot napoteni delavci v okviru prostega opravljanja storitev. Pravila v zvezi s svoboščinami notranjega trga in z njimi povezane odločitve Sodišča EU pa ne vplivajo samo na položaj delavcev migrantov, ampak na različne načine posegajo tudi v nacionalno delovno pravo in s tem na položaj delavcev, ki delajo v svojih državah. V prispevku bo v tej zvezi obravnavan vpliv opredelitve pojma delavca, ki jo je Sodišče EU razvilo v okviru prostega gibanja delavcev na opredelitev pojma delavca v smislu direktiv, ki urejajo posamezna področja delovnega prava. V nadaljevanju bo predmet obravnave vpliv odločitev EU v zvezi s svobodo ustanavljanja in prostim pretokom storitev na temeljne pravice iz kolektivnega delovnega prava. Zadnja tematika se nanaša na prosto gibanje kapitala, predvsem na vprašanje, ali je pravni položaj delavcev, ki delajo v gospodarskih družbah, katerih lastniška struktura je bila spremenjena, varovan s pravom EU.

2. Pojem delavca v zvezi s prostim gibanjem delavcev in v zvezi z direktivami

Zakonodaja EU pojma delavca ne definira. Čeprav se nekatere določbe ustanovnih pogodb, pa tudi posamezne direktive nanašajo le na delavce, v njih ni najti definicije pojma delavec, pač pa ga je s svojimi odločitvami oblikovalo Sodišče EU (v nadaljevanju Sodišče). Sodišče je pojem delavca sprva oblikovalo v povezavi z eno od temeljnih svoboščin prava EU- prostim gibanjem delavcev.¹¹ V zadevi *Hoekstra* (C-75/63) je zavzelo stališče, da je opredelitev pojma »delavec« v pristojnosti prava EU in ne pravnih ureditev posameznih držav članic. V primeru, da bi pojem delavca opredeljevala nacionalna prava, bi bilo namreč možno, da bi posamezna država članica spremenila, prilagodila pomen tega pojma in s tem poljubno izključila določene kategorije oseb iz zaščite.

⁹ Razlogi so v tem, da imajo nacionalni sistemi delovnopravnega varstva dolgoletno tradicijo, da so sindikalno delovanje in kolektivno dogovarjanje omejeni na države članice in v tem, da so trgi dela še vedno predvsem nacionalni (le majhen delež delavcev migrira iz države v državo).

¹⁰ Takšni cilji so lahko odprava ovir za prosto gibanje, harmoniziranje stroškov in podobno.

¹¹ V 45. členu PDEU je določeno, da je v Uniji zagotovljeno prosto gibanje delavcev, ki vključuje odpravo vsakršne diskriminacije na podlagi državljanstva delavcev držav članic, v zvezi z zaposlitvijo, plačilom in drugimi delovnimi in zaposlitvenimi pogoji.

Glede na to, da so se temeljne svoboščine nanašale na osebe, ki opravljajo pridobitno dejavnosti (v 39. členu PES oziroma 45. členu PDEU določena svoboda gibanja na delavce, v členu 49 PES oziroma 56 PDEU opredeljena svoboda opravljanja storitev in v členu 43 PES oziroma 49 PDEU opredeljena pravica do ustanavljanja pa na samozaposlene), se vprašanje opredelitve pojma delavec v zvezi s prostim gibanjem primarno ni nanašalo na razmejitve med delavci in samozaposlenimi,¹² ampak predvsem na razmejitve med osebami, ki pridobitno opravljajo delo in tistimi, tega ne opravljajo. V tem smislu je mogoče razumeti stališče Sodišča, da je pogoj za opredelitev osebe kot delavca dejstvo, da ta oseba opravlja dejansko in pristno ekonomsko dejavnost, razen če gre za dejavnost tako majhnega obsega, da jo je mogoče šteti za obrobno oziroma postransko.¹³ Kot »pristno in dejansko ekonomsko aktivnost« je Sodišče štelo zelo različne aktivnosti – na primer profesionalno ukvarjanje s športom, dejavnost prostitucije, opravljanje vajeništva, pa tudi delo v verski skupnosti, za katero oseba ni prejemal denarnega plačila, ampak oskrbo,¹⁴ ne pa opravljanja plačanega dela, ki ga je zagotovila država kot del rehabilitacijskega programa odvajanja od drog.¹⁵

V zadevi *Lawrie-Blum* (C-66/85)¹⁶ je Sodišče izpostavilo, da mora biti pojem delavca opredeljen v skladu z objektivnimi kriteriji, ki označujejo delovno razmerje glede na pravice in obveznosti oseb v tem razmerju. Bistvena značilnost delovnega razmerja je v tem, da »določeno časovno obdobje oseba za drugo osebo in po njenih navodilih opravlja delo, ki ima ekonomsko vrednost, in v zameno za to prejme plačilo«.¹⁷ T.i. *Lawrie-Blum* formulo (iz katere izhajajo trije kriteriji za opredelitev delovnega razmerja: delo, ki ga oseba opravlja mora imeti ekonomsko vrednost, delo mora opravljati po navodilih druge stranke (v razmerju podrejenosti) in za delo mora prejeti plačilo) Sodišče uporablja in

¹² To je jasno vidno v primeru *Trojani*, C-456/02, kjer se postavlja vprašanje, ali lahko oseba uveljavlja pravico do prebivanja po členu 39 PES kot delavec ali po členu 43 PES kot samozaposleni.

¹³ Glej sodbo v zadevi *Levin*, C 53/81, točka 17. Sodišče je v tej zadevi odločilo, da je treba za delavko šteti angleško državljanko, ki je bila na Nizozemskem zaposlena part-time kot sobarica, kljub temu, da je bil njen zaslužek manjši od minimalne plače na Nizozemskem (in po nizozemskih merilih ni zadoščal za preživljanje).

¹⁴ Glej zadeve *Walrave in Koch*, C 36/74; *Bosman*, C – 415/93; *Jany*, C – 268/99; *Kurz*, C – 188/00; *Steyman*, C-196/87. V zadnji zadevi je bilo Sodišče mnenja, da kljub temu, da delo v konvencionalnem smislu ni bilo plačano, to ne pomeni, da ni šlo za dejansko ekonomsko dejavnost. *Steymann* je verski skupnosti zagotavljal storitve, ki so imele določeno vrednost, in ki bi jih sicer moral zagotavljati nekdo drug; v zameno za to pa je skupnost poskrbela za njegove materialne potrebe.

¹⁵ Zadeva *Bettray*, C 344/87. Sodišče je razsodilo, da takšno delo ne predstavlja pristne in dejanske ekonomske aktivnosti, ker je bilo delo (zagotovljeno tistim, ki niso mogli sprejeti dela pod normalnimi pogoji) prilagojeno potrebam posameznikov in je bilo namenjeno predvsem njihovi ponovni vključitvi v trg dela. Glej sodbo, točke 17 do 19.

¹⁶ V zadevi se je zastavilo vprašanje ali je kot delavko mogoče opredeliti učiteljico začetnico na praksi, ki je imela po nemškem pravu status začasne javne uslužbenke (*Beamte auf Widerruf*). Upošteva je v sodbi izpostavljene kriterije, je Sodišče priznalo status delavke.

¹⁷ Glej sodbo z dne 3. julija 1986, točka 17.

izrecno citira v vseh svojih po letu 1986 sprejetih sodbah, v katerih se ukvarja s pojmom delavca.

Iz obsežne judikature,¹⁸ ki se nanaša na pojem delavca v zvezi s prostim s prostim gibanjem delavcev izhaja, da je Sodišče pri prepoznavanju elementov delovnega razmerja postavilo nizke kriterije, kar je odraz težnje, da bi se čim širšemu krogu oseb zagotovile pravice, povezane s prostim gibanjem delavcev (zaposlitev in bivanje v drugi državi članici).

Na ostalih, klasičnih delovno-pravnih področjih, ki so na nivoju EU urejena z direktivami, je vrsto let veljalo, da enotnega pojma delavca ni.¹⁹ Direktive praviloma veljajo za delavce, pri tem pa jih večina določa, da se pojem delavca presoja po nacionalnem pravu.²⁰ Le tri direktive tega dostavka ne vsebujejo, kar omogoča Sodišču EU, da opredeli pojem delavca in s tem določi obseg uporabe direktive. Vrsto let je bilo Sodišče EU do tovrstnih opredelitev zadržano, v zadnjih letih pa je pričelo formulo *Lawrie-Blum* uporabljati tudi pri opredelitvi pojma delavca v zvezi s temi direktivam. Zadevi *Kiiski* (C-116/06) in *Danosa* (C-232/09) se nanašata na Direktivo Sveta 92/85/EGS z dne 19. oktobra 1992 o uvedbi ukrepov za spodbujanje izboljšav na področju varnosti in zdravja pri delu nosečih delavk in delavk, ki so pred kratkim rodile ali dojijo,²¹ zadevi *Iseré* (C-428/09) in *Fenoll* (C-316/13) na Direktivo 2003/88/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 4. novembra 2003 o določenih vidikih organizacije delovnega časa,²² zadeva *Balkaya* (C-229/14) pa na Direktivo Sveta 98/59/ES z dne 20. julija 1998 o približevanju zakonodaje držav članic v zvezi s kolektivnimi odpusti.²³

V znani zadevi *Danosa* je Sodišče navedlo, da pojma delavca v smislu Direktive 92/85 »glede na ustaljeno sodno prakso« ni mogoče razlagati različno glede na nacionalne pravne ureditve.²⁴ Gre za zelo vprašljivo stališče, če upoštevamo, da ustaljeno sodno prakso predstavlja ena sama sodba (v zadevi *Kiiski*). Pri vprašanju, ali je direktorico družbe z omejeno odgovornostjo (ki je imela sklenjeno civilnopravno pogodbo) treba šteti za delavko v smislu Direktive 92/85 se je Sodišče naslonilo na znano *Lawrie-Blum* formulo in odločilo, da je odgovor pritrdilen, če predložitveno sodišče ugotovi, da je leta svojo dejavnost nekaj časa opravljala pod vodstvom in nadzorom drugega organa te

¹⁸ Na primer sodbe v zadevah *Trojani*, C-456/02; *Mattern*; C-10/05; *Raccanelli*, C-94/07; *Vatsouras*, C-22/08; *Genc*, C-14/09.

¹⁹ Tudi Komisija EU je v t.i. Zeleni knjigi« z naslovom »Posodabljanje delovnega prava za soočanje z izzivi 21. stoletja« Iz 22. 11. 2006; COM (2006) 708 konč) zavzela stališče, da je reševanje vprašanj, povezanih z opredelitvijo delovnega razmerja v prvi vrsti stvar držav članic.

²⁰ Kljub odkazovanju na nacionalno pravo, pravo EU določa skrajne meje pri opredelitvi kroga varovanih oseb. Glej sklepe predloge v zadevi *O'Brien*, C-393/10, točka 25. Države članice ne smejo samovoljno izključiti nekaterih oseb iz varstva, saj so dolžne zagotoviti rezultat, ki ga nalaga pravo Unije (direktiva). Glej na primer sodbo v zadevi *Del Cerro Alonso*, C-307/05, točka 29.

²¹ UL L 348, 28.11.1992, strani 1–7.

²² UL L 299, 18.11.2003, strani 9–19.

²³ UL L 225, 12.8.1998, strani 16–21.

²⁴ Sodba v zadevi *Danosa*, točka 39.

družbe in je za to dejavnost dobivala plačilo.²⁵ Iz sklepnih predlogov²⁶ izhaja, da je generalni pravobranilec pri presoji, ali je direktorica v razmerju podrejenosti upošteval pogoje, pod katerimi je zaposlena, kakšen nadzor se je izvajal nad njo in pod kakšnimi pogoji je bila lahko odpoklicana. Ugotovil je, da je bila D. Danosa imenovana za tri leta, da je bila pooblaščenca za upravljanje premoženja družbe ter njeno vodenje in zastopanje v odnosih s tretjimi, ter da je bil del družbe. Glede nadzora je ugotovil, da je morala direktorica za vodenje družbe odgovarjati nadzornemu svetu in z njim sodelovati (kot nesporno je bilo ugotovljeno tudi, da je za nadzorni svet pripravila več poročil in pojasnil). Glede odpoklica pa je ugotovil, da lahko družbeniki direktorico odpokličejo že zgolj zaradi izgube zaupanja. Sodišče torej ni presojalo, ali je direktor s pogodbo vezan na navodila družbenikov v zvezi s tekočimi posli oziroma ali družbeniki poslovodji dejansko v takšni meri dajejo navodila, da mu s tem določajo vsebino oziroma organizacijo dela (se pravi navodila, ki so značilna za delovno razmerje), ampak je utemeljitev obstoja delovnega razmerja našlo v korporacijskih razmerjih med organi družbe, ki so značilna za vsako družbo z omejeno odgovornostjo. Videti je, da gre za namensko široko opredelitev. Iz točke 85 sklepnih predlogov izrecno izhaja, da je »ta analiza« (se pravi opredelitev pravnega razmerja direktorice kot delovnega razmerja) »v skladu s ciljem člena 10 Direktive 92/85,« ki varuje nosečo delavko pred odpovedjo pogodbe o zaposlitvi.²⁷

Člana uprave kapitalske družbe (dejansko je šlo za poslovodjo družbe z omejeno odgovornostjo) je Sodišče opredelilo kot delavca tudi v smislu Direktive 98/59 o kolektivnih odpustih.²⁸ V zadevi *Balkaya* je odločilo, da določba 1(1)(a) direktive (ki opredeljuje pojem kolektivni odpust) nasprotuje nacionalni zakonodaji ali praksi, ki iz izračuna števila zaposlenih delavcev, določenega v tej določbi, izključuje člana uprave kapitalske družbe, ki svojo dejavnost opravlja pod vodstvom in nadzorom drugega organa te družbe, za to dejavnost prejema plačilo in nima deležev v tej družbi (1. točka izreka sodbe). Tudi v tej sodbi je Sodišče poudarilo, da je treba pojem »delavec« razlagati

²⁵ Prva točka izreka sodbe.

²⁶ Glej točke 74 do 84.

²⁷ Mogoče je pritrditi stališču (ki izhaja iz 88. in 89. točke sklepnih predlogov), da je direktorica, ki se ji zaradi nosečnosti odpove mandatna pogodba (se pravi civilno-pravna pogodba o opravljanju funkcije), v enakem položaju kot delavka, ki se ji zaradi nosečnosti odpove pogodba o zaposlitvi. V obeh primerih ima izguba zaposlitve lahko negativne posledice za zdravje ženske in otroka (in lahko spodbudi tudi prekinitve nosečnosti). Prav je tudi, da se noseči direktorici, ne glede na pravno naravo njenega pogodbenega razmerja zagotovi varstvo pred odpovedjo pogodbe iz razloga, ki je povezan z njeno nosečnostjo. Dejansko je ta cilj Sodišče doseglo s tem, ko je v 2. točki izreka sodbe odločilo, da se odpoklic direktorice zaradi nosečnosti (ne glede na to, ali se direktorica šteje za delavko) šteje za diskriminacijo na podlagi spola in je v nasprotju s pravom Unije. Iz 1. točke izreka izhajajočo opredelitev direktorja kot delavca v smislu Direktive 92/85 je torej mogoče razumeti kot težnjo po zagotovitvi širšega, delovno-pravnega varstva nosečih direktoric, ki vključuje varstvo pred vsako odpovedjo v času nosečnosti in porodniškega dopusta (ne le pred odpovedjo zaradi nosečnosti).

²⁸ Po tej direktivi mora delodajalec, če v obratu z več kot 20 zaposlenimi odpusti 10 ali več delavcev, upoštevati posebna pravila, ki jih določa direktiva in nacionalno pravo, ki to direktivo implementira.

avtonomno in enotno v pravnem redu Unije,²⁹ in da opredelitev pogodbenega razmerja v nacionalnem pravu ni pomembna za opredelitev z vidika prava Unije,³⁰ ampak je bistveno, ali oseba v konkretnem primeru izpolnjuje objektivne pogoje za delovno razmerje (kot izhajajo iz zadeve *Lawrie-Blum*). Sodišče je pri tem uporabilo argumente iz sodbe *Danosa*. Opredelitev člana uprave v konkretnem primeru kot delavca je po mnenju Sodišča tudi v skladu s ciljem direktive (zagotovitev boljšega varstva delavcem v primeru kolektivnih odpustov).³¹ Pojmov, od katerih je odvisna uporaba te direktive (med njimi je tudi delavec) se ne sme razlagati ozko.³²

V isti zadevi (*Balkaya*) je Sodišče kot delavca v smislu direktive o kolektivnih odpustih štelo tudi »osebo, ki opravlja praktično delo v podjetju v obliki pripravništva (prakse), ne da bi jo plačeval delodajalec, vendar od organa javne oblasti, pristojnega za spodbujanje zaposlovanja, ki to dejavnost priznava, prejema finančno spodbudo za praktično opravljeno delo z namenom pridobivanja ali poglobitve znanja ali dokončanja poklicnega usposabljanja« (točka 2. izreka sodbe).³³ Pri tem se je sklicevalo na ustaljeno sodno prakso (ki se je nanašala na prosto gibanje!), iz katere izhaja, da pojem delavca v pravu Unije zajema osebe, ki opravljajo pripravništvo ali poklicno usposabljanje v določenem poklicu, če to opravljajo v pogojih učinkovite plačljive dejavnosti za delodajalca, v njegovo korist in po njegovih navodilih. Na takšno opredelitev ne vpliva niti dejstvo, da je njihova produktivnost majhna, da delajo omejeno število ur in da prejemajo nizek dohodek. Prav tako ni pomembno, kako se to razmerje opredeljuje v nacionalnem pravu, pa tudi ne dejstvo, da je delo financirano iz javnih sredstev.³⁴ Upošteva je navedena stališča,³⁵ pa tudi upošteva dejstvo, da je pojem delavca enotni pojem Unije, da je pri njegovi opredelitvi treba upoštevati objektivne kriterije, in glede na namen direktive o kolektivnih odpustih,³⁶ je Sodišče štelo osebo na poklicnem usposabljanju za delavko.

V dveh odločitvah se je Sodišče ukvarjalo s krogom oseb, za katere se uporablja direktiva 2003/88 o delovnem času. V novejši zadevi *Fenoll* je Sodišče presodilo, da lahko pojem delavec v smislu Direktive 2003/88 zajema osebo, ki opravlja delo v »centru za pomoč z delom«, v katerega so vključene invalidne osebe na podlagi odločbe posebne komisije,

²⁹ Kar utemelji s tem, da je namen direktive hkrati zagotoviti primerljivo varstvo pravic delavcev v različnih državah članicah in približati stroške, ki jih zaradi tega imajo podjetja v Uniji. Glej sodbo, točki 32 in 33.

³⁰ Glej sodbo, točki 35 in 36.

³¹ Ne gre le za varstvo direktorja (čeprav se tudi njegov položaj, ko gre za malo ali srednje veliko gospodarsko družbo, ne razlikuje dosti od položaja ostalih delavcev v primeru odpustitve), ampak tudi za zagotavljanje varstva v zvezi s kolektivnimi odpusti ostalim delavcem. Spoštovanje pravil v zvezi s kolektivnimi odpusti je (v konkretnem nemškem primeru) odvisno od tega, ali je v obratu zaposlenih 20 delavcev.

³² Glej sodbo, točka 44.

³³ Šlo je za gospo, ki se je pri v gospodarski družbi usposabljala za prekvalifikacijo v poslovno sekretarko, ki jo je financiral zavod za zaposlovanje.

³⁴ Glej odločitve Sodišča, navedene v sodbi *Balkaya*, točke 50 in 51.

³⁵ Ki izhajajo iz odločitev Sodišča, v katerih je to široko priznavalo pravico do prostega gibanja pripravnikom in osebam na usposabljanju.

³⁶ Glej sodbo *Balkaya*, točka 52.

za svoje delo pa prejemajo določeno plačilo. Tako generalni prevobranilec kot Sodišče sta se pri presoji vprašanja, ali je g. Fenoll delavec, sklicevali na kriterije in stališča, zavzeta v »klasični sodni praksi Sodišča v zvezi s prostim gibanjem delavcev«. ³⁷ Ugotovila sta da so ti kriteriji – da gre za dejansko in resnično dejavnost (ki ni tako majhnega obsega, da bi bila samo obrobna in pomožna), da gre za delo v razmerju podrejenosti do druge osebe in da gre za odplačno delo – v konkretnem primeru izpolnjeni. Pri tem sta zavzela tudi stališče, da se zadeva *Fenoll* razlikuje od zadeve *Betray*, v kateri je Sodišče zavrnilo status delavca (v smislu prostega gibanja) osebi, ki je bila vključena v program odvajanja od drog. ³⁸ Sodišče je sicer končno odločitev prepustilo nacionalnemu sodišču, ki naj bi presodilo, ali dela, ki jih je opravljal g. Fenoll, običajno spadajo na trg dela. V tem primeru bi tudi zanj veljala Direktiva 2003/88 in bi bil upravičen do izplačila neizkoriščenega letnega dopusta. ³⁹

Zadnja v nizu sodnih odločitev v zvezi z opredelitvijo pojma delavca je sodba v zadevi *Betriebsrat der Ruhrlandklinik* (C-216/15), ki se nanaša na Direktivo 2008/104/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 19. novembra 2008 o delu prek agencij za zagotavljanje začasnega dela. ⁴⁰ Navedena odločitev pomeni prelomnico, saj se je Sodišče vse doslej omejevalo na tri direktive, ki ne določajo, da se pojem delavca presoja po nacionalnem pravu. Direktiva 2008/104/ES pa izrecno določa, da se pojem delavca nanaša na osebo, ki jo kot tako opredeljuje nacionalno pravo držav članic (člen 3(1)(a), in da direktiva ne posega v nacionalno zakonodajo glede opredelitve pojma delavca (člen 3(2)). Navedenih določb po mnenju Sodišča ni mogoče razlagati tako, da se je zakonodajalec Unije odpovedal temu, da bi sam določil obseg tega pojma v smislu direktive. Tako je Sodišče, sklicujoč se na argumente iz svojih predhodnih odločitev analiziralo položaj osebe, ki sicer po nemškem pravu ni delavec, in ugotovilo značilnosti delovnega razmerja ter ji priznalo status delavca v smislu direktive o agencijskem delu. Glede na argumentacijo Sodišča v tej zadevi je mogoče predvidevati, da bo Sodišče svojo razlago pojma delavca v bodoče podalo tudi v zadevah, ki se nanašajo na ostale direktive (čeprav se te sklicujejo na nacionalni pojem delavca).

Ugotovimo lahko, da je utemeljevanje obstoja delovnega razmerja s kriteriji in stališči, razvitimi v zvezi s prostim gibanjem delavcev, v obravnavanih primerih pripeljalo do

³⁷ Sklepni predlogi, točka 29.

³⁸ Zanimivo je, da generalni pravobranilec, ki sicer utemeljuje obstoj delovnega razmerja s kriteriji, razvitimi v sodni praksi v zvezi s prostim gibanjem, glede vprašanja resnične in konkretne dejavnosti (kot enega od kriterijev) navaja, da je bil ta pogoj razvit za namene prostega gibanja, pri opredelitvi pojma delavca v zvezi z varstvom pri delu, pa ni tako zelo odločilen. Glej sklepne predloge, točka 38.

³⁹ Po francoskem pravu v času konkretnega primera, osebe ki so opravljale delo v centrih za pomoč z delom, po zakonu niso bile upravičene do letnega dopusta, ampak je bilo to prepuščeno »dobri volji« centrov. Od leta 2007 naprej jim je ta pravica priznana z zakonom. G. Fenoll je letni dopust koristil, center mu je tudi priznal pravico do izplačila nekaj dni neizkoriščenega letnega dopusta (v času, ko je opravljal delo), ni pa mu priznal pravice do nadomestila za letni dopust, ki ga ni izkoristil zaradi bolniškega staleža (odločitev je bila v skladu s takratno francosko delovno zakonodajo).

⁴⁰ UL 2008, L 327, str. 9.

širitve pojma delavca na osebe, ki se v nacionalnem pravu niso štete za delavce. V nekaterih primerih je zajelo osebe, ki so po nacionalnih merilih samozaposlene (direktorji), v drugih osebe, ki delo opravljajo na način, ki ne pomeni klasičnega opravljanja organiziranega dela za plačilo (oseba na prekvalifikaciji, invalid v delovnem centru). Obravnavane odločitve, s katerimi je Sodišče določilo domet veljavnosti direktiv, vplivajo tudi na nacionalno pravo. Države članice morajo varstvo, ki ga v skladu z direktivo določajo nacionalni predpisi, zagotavljati vsem osebam, ki jih Sodišče opredeli kot delavce. Ker Sodišče pri presoji statusa oseb ne sledi v nacionalnih pravnih sistemih uveljavljenim kriterijem, ampak selektivno uporablja svoje kriterije, so odločitve nepredvidljive, pogosto pa tudi nerazumljive. Razlaga pojma delavec v skladu s sodno prakso Sodišča tako pomeni velik izziv za delodajalce in nacionalna sodišča

3. Svoboda ustanavljanja in opravljanja storitev v razmerju do nacionalnega delovnega prava

Poleg prostega gibanja delavcev sodita med temeljne svoboščine notranjega trga tudi svoboda ustanavljanja in svoboda opravljanja storitev, ki se nanašata na samozaposlene osebe oziroma delodajalce. V 49. členu PDEU določena pravica do ustanavljanja zajema pravico državljan en države članice, da v drugi državi članici, pod pogoji, ki jih ta država določa za svoje državljane, začne in opravlja dejavnost kot samozaposlena oseba ali ustanovi in vodi podjetje ali njegovo podružnico. Iz 56. člena PDEU izhaja svoboda opravljanja storitev, ki zajema pravico ponudnika storitev, da začasno izvaja svojo dejavnost v državi članici, v kateri se ta storitev opravlja, pod enakimi pogoji, kakršne ta država predpisuje svojim državljanom.

Svoboda ustanavljanja in opravljanja storitev pomenita priložnost za samozaposlene osebe in družbe v nekaterih (predvsem novih) državah članicah, hkrati pa lahko vplivata na trg dela in storitev v drugih (predvsem starejših) državah članicah. Po eni strani državljani države gostiteljice pridobijo boljše in cenejše storitve, po drugi strani pa domači izvajalci storitev izgubljajo posel, domači delavci pa delovna mesta. Poleg tega lahko izvajanje teh svoboščin notranjega trga trči tudi z nacionalnimi pravili delovnega prava v državi gostiteljici. To se je pokazalo v več primerih pred Sodiščem EU, a sprva ni predstavljalo posebnega problema, saj je Sodišče EU uporabljalo princip nediskriminacije. Če nacionalno delovnopravno pravilo ni pomenilo neenake obravnave državljanov drugih držav in državljanov države gostiteljice, ga je Sodišče štelo za skladno s pravom EU.⁴¹ Na tak način so bili tudi delavci države gostiteljice zaščiteni pred zniževanjem pravic.

V zadevi *Säger* (C-76/90) je Sodišče EU prvič uporabilo princip “dostopa do trga” oziroma “omejitveni” princip. Pri presoji skladnosti nacionalnega pravila s pravom EU Sodišče ni štelo za ključno, ali pravilo neenako obravnava domače in tuje delavce, ampak ali tujemu subjektu onemogoča oziroma omejuje možnost dostopa do trga in s tem izvajanje prostega gibanja. To pomeni, da tudi nacionalno pravilo delovnega prava, ki

⁴¹ Glej na primer zadevo *Komisija proti Franciji*, C 167/73.

velja tako za domače kot za tuje delavce, lahko omejuje svobode gibanja. Takšno je bilo po mnenju Sodišča EU v zadevi *Komisija proti Franciji* (C-255/04) pravilo francoskega delovnega prava, po katerem se domneva, da imajo umetniki status delavcev z vidika vključitve v socialna zavarovanja. Tovrstna zakonska določba, ki pomeni omejevanje prostega gibanja bi bila dopustna le, če bi bila opravičljiva in sorazmerna, kar pa v konkretni zadevi po mnenju Sodišča ni bila.

Kako daleč lahko seže uveljavljanje svoboščin notranjega trga pa je postalo jasno po odločitvah Sodišča EU v zadevah *Viking* (C-438/05) in *Laval* (C-341/05) pa tudi *Rüffert* (C-346/06), v katerih je Sodišče EU kot nedopustno omejitev teh svoboščin štelo izvajanje temeljnih pravic delavcev (kot sta pravica do stavke in avtonomija kolektivnega dogovarjanja), ki izhajajo ne le iz nacionalne zakonodaje, ampak tudi iz zavezujočih mednarodnih aktov, ki jih priznava tudi EU. Kako pomembne so bile te zadeve za države članice, kaže podatek, da so v zadevi *Viking* poleg strank in predstavnika Komisije svoja stališča predstavili predstavniki 14 vlad držav članic in Norveške, v zadevi *Laval* pa predstavniki 16 vlad držav članic in Norveške.

3.1. Svoboda ustanavljanja

V zadevi *Viking* je šlo za spor med finsko družbo Viking, ki je opravljala trajektne prevoze med Estonijo in Finsko ter med ITF (Mednarodno federacijo sindikatov transportnih delavcev, s sedežem v Veliki Britaniji) in FSU (Združenje finskih pomorščakov, ki je član ITF). ITF je izvajal politiko boja proti zastavam ugodnosti, ki se med drugim nanaša na to, da imajo le sindikati s sedežem v državi, v kateri se nahaja dejanski lastnik ladje, pravico skleniti kolektivne sporazume glede te ladje. Viking je nameraval spremeniti finsko zastavo ene od ladij (ladje Rosella) za estonsko ali norveško zastavo, da bi lahko sklenil s sindikatom v teh državah kolektivno pogodbo z nižjimi pravicami za delavce kot po finski ureditvi. ITF je z okrožnico pozval svoje člane, naj ne začnejo pogajanj z družbo Viking, čemur so ti sledili, FSU pa je napovedal stavko, s katero je zahteval večjo posadko in ohranitev finske zastave na ladji Rosella. Po pogajanjih se je Viking sicer zavezal k spoštovanju stavkovnih zahtev, a je nato sprožil spor pred angleškim sodiščem, da kolektivni ukrepi FSU in ITF omejujejo svobodo ustanavljanja, zagotovljeno z 49. členom PDEU, Sodišče EU, ki mu je bilo v okviru postopka predhodnega odločanja zastavljenih vrsta vprašanj, je s svojimi odgovori določilo razmerje med temeljnimi socialnimi pravicami in svoboščinami prostega trga v korist slednjih. Iz sodbe Sodišča izhaja naslednje:

a.) Kolektivni ukrepi sindikata (vključno s stavko) niso izvzeti iz uporabe člena 49 PDEU

Sodišče ni sledilo navedbam sindikatov in nekaterih vlad, da sindikati pri izvajanju svojih kolektivnih ukrepov niso podvrženi pravu EU, saj člen 153(5) PDEU pravico združevanja, pravico do stavke in pravico do izprtja izrecno izvzema iz pristojnosti EU. Svojo odločitev je argumentiralo s tem, da »čeprav je res, na področjih, ki ne spadajo v pristojnost Skupnosti, države članice načeloma lahko svobodno določajo pogoje

zadevnih pravic in način njihovega izvrševanja, pa to tudi pomeni, da so te države članice pri izvrševanju teh pristojnosti vseeno zavezane spoštovati pravo Skupnosti."⁴²

Prav tako je tu Sodišče odločilo drugače kot v zadevi *Albany* (C-67/96), kjer je zavzelo stališče, da so kolektivne pogodbe izvzete iz uporabe pravil o konkurenci, z argumentacijo, da bi bili cilji socialne politike Skupnosti, ki jim sledijo kolektivne pogodbe resno ogroženi, če bi socialne partnerje omejeval člen 85(1) PES o konkurenci.⁴³ Čeprav so sindikati zatrjevali, da pravice do kolektivnega dogovarjanja ni mogoče izvajati brez grožnje s kolektivnimi ukrepi, Sodišče temu ni sledilo in razlogovanja iz zadeve *Albany*, s katerim je zaščitilo kolektivno dogovarjanje, ni želelo uporabiti v zvezi s kolektivnimi ukrepi. Prav tako je Sodišče navedlo, da v zvezi s svobodo gibanja ne veljajo enaka pravila kot v zvezi s konkurenčnim pravom.

Tudi argumenta, da je pravica do kolektivnega ukrepanja, vključno s pravico do stavke, temeljna pravica, za katero 49. člen PDEU ne velja, Sodišče ni sprejelo. Kljub temu, da ji je izrecno priznalo status temeljne pravice, ki je sestavni del splošnih načel prava Skupnosti, je hkrati navedlo, da za njeno izvrševanje lahko veljajo nekatere omejitve, saj jih ni mogoče izvrševati, če bi bilo to v nasprotju z nacionalnim pravom ali pravom EU.⁴⁴

b.) Zasebno podjetje se lahko sklicuje na 49. člen PDEU proti sindikatu ali združenju sindikatov

Sodišče je v tej zadevi (in zadevi *Laval*) prvič jasno odločilo, da imajo določbe o svobodi gibanja tudi horizontalni (in ne le vertikalni) neposredni učinek, se pravi, da se zasebni subjekti lahko nanje sklicujejo tudi v medsebojnih razmerjih in ne le proti državi (Hojnik, Knez, 2009: 318). S tem je postavilo sindikate v podoben položaj kot države članice (ki so formalni naslovljenec 49. člena PDEU). Sindikati so torej pri kolektivnem dogovarjanju vezani z določbami PDEU o svobodnem gibanju.

c.) Kolektivni ukrepi (vključno s stavko) pomenijo omejitve svobodnega gibanja, ki so v skladu s pravom EU le, če so upravičeni in sorazmerni

Sodišče je v skladu z že omenjenim principom "dostopa do trga" zaključilo, da so kolektivni ukrepi pomenili omejitve prostega gibanja. Po mnenju Sodišča sta tako ITF kot FSU kršila določbe 49. člena PDEU. Takšna odločitev Sodišča je pomenila pravi šok za delovnopravne strokovnjake (Barnard, 2012: 205). V teoriji delovnega prava namreč velja, da je stavka načeloma zakonita (in le v primeru, da ni izvedena v skladu s pravili nezakonita), glede na odločitev Sodišča pa se (vsaj v primerih, ki vključujejo več držav članic) domneva, da je Stavka nezakonita (in le pod določenimi pogoji zakonita).

Izhajajoč iz svoje predhodne sodne prakse, je Sodišče navedlo, da je omejitev svobode ustanavljanja dopustna le, če se s to omejitvijo zasleduje legitimen cilj, ki je združljiv s Pogodbo in ga upravičujejo nujni razlogi v splošnem interesu. Poleg tega pa mora biti

⁴² Glej sodbo v zadevi *Viking*, točka 40. Ta argument je Sodišče pred tem že večkrat uporabilo (v zadevah v zvezi z neposrednimi davki, socialno varnostjo, izobraževanjem).

⁴³ Glej sodbo v zadevi *Albany*, točke 59-60.

⁴⁴ Glej točko 44 sodbe.

taka omejitev primerna za uresničitev tega cilja in ne sme presegati tega, ker je nujno potrebno za doseg tega cilja.⁴⁵

Zaščita interesov delavcev je po mnenju Sodišča lahko tak legitimen interes, ki načeloma upravičuje omejevanje ene od temeljnih svoboščin, prav tako zaščita interesov delavcev spada med nujne razloge v splošnem interesu. Kolektivni ukrepi so tako po mnenju Sodišča bili upravičeni le, če so bili namenjeni zaščiti delavcev (če so bila delovna mesta in zaposlitveni pogoji delavcev na ladji Rosella resnično ogroženi), kar naj bi ugotovilo nacionalno sodišče (v skladu s strogimi navodili Sodišča). Če bi nacionalno sodišče to ugotovilo, bi moralo presoditi tudi proporcionalnost teh ukrepov. Ta bi bila po mnenju Sodišča podana, če bi nacionalno sodišče ugotovilo, da so bili ti ukrepi primerni za zagotovitev cilja in da niso šli preko tega, kar je bilo nujno za doseg cilja (da torej sindikati niso imeli na voljo drugih sredstev, ki bi manj omejevala svobodo ustanavljanja oziroma ali so jih izčrpali preden so uvedli kolektivne ukrepe). V konkretnem primeru nacionalno sodišče o tem ni odločalo, saj je prišlo do poravnave. Znano pa je, da je ladja Roselle bila kasneje registrirana na Švedskem

Čeprav je stavka z mednarodnimi akti in ustavami držav članic⁴⁶ priznana kot temeljna pravica delavcev in sindikatov, iz sodbe v zadevi *Viking* izhaja, da se mora umakniti svobodi gibanja. V zadevah mednarodnim elementom se stavka šteje za nezakonito, dokler je sindikati ne upravičijo in dokažejo, da je bila proporcionalno sredstvo. Kot kažejo stališča Sodišča, je lahko opravičljiva le v primeru, da so bila ogrožena delovna mesta ali zaposlitveni pogoji, ne pa tudi v primeru, ko bi želeli sindikati z njo doseči izboljšanje pogojev (kar je sicer tradicionalno predmet stavke). Prav tako se bo štela za proporcionalno le, če bo uporabljena kot skrajno sredstvo (če so sindikati pred tem izčrpali vsa druga sredstva, možna po nacionalni zakonodaji). Poleg z nacionalnim pravom določenih pogojev za zakonitost stavke, so tako dodatni pogoji določeni s pravom EU (Barnard, 2012: 207).

3.2. Prosto opravljanje storitev in napoteni delavci

Svoboda opravljanja storitev, zagotovljena s 56. členom PDEU vključuje tudi pravico ponudnika storitve, da začasno napoti svoje delavce (bodisi državljane EU ali državljane tretjih držav) v drugo državo članico, da tam opravljajo delo v okviru izvajanja storitev. To je jasno vse od odločitve Sodišča v zadevi *Rush Portuguesa* (C-113/89).

V zvezi z napotnimi delavci se je kot ključno pokazalo vprašanje, katero pravo naj se uporablja za ureditev njihovega delovnopravnega položaja – pravo države gostiteljice ali pravo države izvora, ki je delodajalcu bolj znano, pogosto pa mu zaradi nižjega nivoja delavskih pravic omogoča tudi konkurenčno prednost v primerjavi s ponudniki v državi gostiteljici (Davies, 2012: 93). Uredba Rim I,⁴⁷ ki vsebuje pravila glede uporabe prava v pogodbenih obligacijskih razmerjih, omogoča delavcu in delodajalcu, do določita pravo,

⁴⁵ Sodba *Viking*, točka 75.

⁴⁶ Tudi s slovensko.

⁴⁷ Uredba (ES) št. 593/2008 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 17. junija 2008 o pravu, ki se uporablja za pogodbeno obligacijska razmerja, UL EU L 177, str. 6.

ki se bo uporabilo, če tega ne storita, pa se uporabi pravo države, v kateri delavec običajno opravlja delo,⁴⁸ kar je v primeru napotениh delavcev praviloma pravo države izvora. Države gostiteljice so praviloma zainteresirane za to, da bi se njihovo pravo uporabilo tudi za napotene delavce, s čimer bi se izenačil položaj domačih in napotениh delavcev in preprečil socialni dumping. Sodišče EU je v že omenjeni zadevi *Rush Portuguesa* sicer odločilo, da pravo EU državam gostiteljicam ne preprečuje širitve njihove zakonodaje oziroma kolektivnih pogodb na napotene delavce, v kasnejših zadevah pa je od te odločitve delno odstopilo in dopustnost uporabe prava države gostiteljice presojalo v skladu s principom iz zadeve *Säger*. Praviloma je ugotovilo, da zahteve, ki jih je država članica postavila ponudniku storitev pomenijo omejitve svobode opravljanja storitev, ki je lahko upravičena s ciljem zaščite napotениh delavcev, a le v primeru, da napoteni delavec enakovredne zaščite ne uživa že po domači zakonodaji⁴⁹ in pod pogojem, da je zahteva sorazmerna. Medtem ko je bogata sodna praksa Sodišča v zvezi z administrativnimi oziroma procesnimi zahtevami, postavljenimi s strani držav gostiteljic še vedno aktualna, pa je treba starejše odločitve glede dopustnosti uporabe materialnega prava (se pravi vsebine pravic napotениh delavcev) presojati v skladu z direktivo, sprejeto leta 1996.

Gre za Direktivo 96/71/ES Evropskega parlamenta in Sveta o napotitvi delavcev na delo v okviru opravljanja storitev,⁵⁰ ki je bila sprejeta na podlagi ugotovitve, da je »za uveljavljanje čezmejnega opravljanja storitev potreben obstoj lojalne konkurence in ukrepov, ki varujejo spoštovanje pravic delavcev«. ⁵¹ Za razliko od sodbe *Rush Portuguesa*, v kateri Sodišče državam gostiteljicam dopušča uporabo vseh ali nekaterih pravil na napotene delavce na svojem območju, jim direktiva uporabo nekaterih (v direktivi določenih) pravil izrecno nalaga. Država gostiteljica mora poskrbeti, da bo delodajalec iz druge države članice svojim delavcem, napotениm na njeno ozemlje, zagotovil minimalne pogoje za delo in zaposlitev, kot veljajo v državi gostiteljici (ne glede na to, katera zakonodaja se sicer uporablja za delovno razmerje napotene delavca). Med minimalne pogoje za delo in zaposlitev se po direktivi uvršča maksimalni delovni čas in minimalni počitek, minimalni plačani letni dopust, minimalne urne postavke, tudi za nadurno delo, pogoji za posredovanje dela delavcev, zdravje, varnost in higiena pri delu, varnostni ukrepi glede pogojev za delo in zaposlitev za noseče ženske ali ženske, ki so pred kratkim rodile, za otroke in mlade in enako obravnavanje moških in žensk in druge določbe o nediskriminiranju. Ti minimalni pogoji morajo biti napotениm delavcem zagotovljeni, če so v državi gostiteljici določeni z zakonom ali drugim predpisom, v primeru izvajanja storitev v gradbeništvu pa tudi v primeru, če so opredeljeni v kolektivni pogodbi, ki je razglašena za splošno uporabno (v skladu s pogoji iz člena 3(8) direktive).⁵²

⁴⁸ Glej 8. člen Rim I.

⁴⁹ V tem primeru je dodatna zaščita s strani države gostiteljice nepotrebna in s tem nezakonita. Glej na primer zadevo *Arblade*, C-369/96.

⁵⁰ UL ES L 18, 21. 1. 1997, stran 1.

⁵¹ Preambula direktive, točka 5.

⁵² Države članice lahko v skladu z drugo alinejo člena (3)(10) uporabo minimalnih pogojev, določenih v kolektivnih pogodbah, ki imajo splošno veljavo (pod pogoji iz člena (3)(8) zahtevajo tudi za napotene delavce v drugih panogah

Za države gostiteljice je bilo v zvezi z direktivo pomembno predvsem vprašanje, ali so področja (delovni čas, urna postavka itd.) v členu 3 navedena taksativno, ali pa pomenijo minimalni standard, ki ga lahko države članice nadgradijo. Medtem ko so se delovni pravniki zavzemali za razlago določbe 3 kot minimalnega standarda (in to utemeljevali predvsem z določbo (3)/7) direktive in sodbo v zadevi *Rush Portuguesa*), so pristaši enotnega trga določbo razlagali kot maksimum, in to argumentirali z določbo 56. člena PDEU in (8)(2) uredbe Rim I, ki določata uporabo prava države izvora, ne države gostiteljice (Barnard, 2012: 222). Odločitev glede navedne dileme je sprejelo Sodišče v zadevah *Laval* in *Rüffert*, v katerih je dalo prav zagovornikom skupnega trga.

V zadevi *Laval* je šlo za latvijsko družbo, ki je dobila posel obnove šole na Švedskem in je zato na Švedsko napotila 35 svojih delavcev. Družbo *Laval* je zavezovala kolektivna pogodba, ki jo je sklenila z latvijskim sindikatom (in po kateri so imeli delavci 40% nižje plače kot primerljivi švedski delavci). Švedski sindikat gradbeništva je začel kolektivna pogajanja, da bi družba *Laval* pristopil k že sklenjeni kolektivni pogodbi za gradbeništvo.⁵³ Ta je to zavrnil, predvsem zato, ker so bile v tej kolektivni pogodbi določena dodatna plačila, ki so presegala minimalne pogoje dela in zaposlitve, opredeljene v členu 3 direktive. Švedski sindikat gradbeništva je začel izvajati kolektivne ukrepe zoper družbo *Laval*,⁵⁴ druge sindikalne organizacije pa so napovedali solidarnostne kolektivne ukrepe. Čeprav so bili ti kolektivni ukrepi po švedskem pravu dopustni, je *Laval* pred švedskim delovnim sodiščem uveljavljal nezakonitost teh kolektivnih ukrepov (zaradi neskladnosti s členom 56 PDEU in direktivo).

Podobno kot v zadevi *Viking*, je Sodišče odločilo, da se v zvezi s kolektivnimi ukrepi uporablja pravo EU, in da člen 56 PDEU velja tudi za sindikate, nato pa ugotovilo, da kolektivni ukrepi pomenijo omejitev svobode gibanja in so nezakoniti, razen če jih je mogoče upravičiti in so proporcionalni. Medtem ko je Sodišče uporabo kolektivnih ukrepov za zaščito delavcev v državi gostiteljici pred socialnim dumpingom štelo kot razlog javnega interesa, pa je hkrati zavzelo stališče, da bi se lahko šteli za upravičene le, če bi šlo za pogoje dela in zaposlitve iz direktive. Kolektivni ukrepi pa so se izvajali v zvezi s kolektivno pogodbo, ki je določala dodatna plačila, ki v členu (3)(1) direktive niso navedena.

Sindikati so se sklicevali na člen (3)(7) direktive,⁵⁵ ki so ga (tako kot teoretiki delovnega prava) razumeli tako, da lahko država gostiteljica na njegovi podlagi na napotene delavce razširi tudi druga pravila delovnega prava. Iz sodbe v zadevi *Laval*, pa tudi v zadevi

⁵³ Švedska zakonodaja minimalne plače zakonsko ne določa, prav tako na Švedskem ni uveljavljen sistem razširjene veljavnosti kolektivne pogodbe, pač pa se sindikati pogajajo o višini plače s posameznim delodajalcem v kraju, kjer se delo opravlja.

⁵⁴ Šlo je za blokado gradbišča, preprečitev dobave blaga, postavitve stakovne straže in prepoved vstopa latvijskim delavcem na gradbišče.

⁵⁵ Člen (3)(7) določa, da določbe odstavkov 1 do 6 člena 3 direktive (ki določajo obveznost zagotavljanje pogojev za delo in zaposlitev v skladu s pravili države gostiteljice) ne onemogočajo za delavce ugodnejših pogojev za delo in zaposlitev.

Rüffert⁵⁶ izhaja drugačna razlaga. Po stališču Sodišča, se navedena določba nanaša na situacijo, ko izvajalec storitve v državi gostiteljici prostovoljno sklene kolektivno pogodbo, s katero napotenim delavcem zagotovi boljše delovne in zaposlitvene pogoje. Prav tako se lahko določba nanaša na situacijo, ko so zakonodaja ali kolektivne pogodbe v državi izvora ugodnejše kot v državi gostiteljici in se lahko uporabljajo za napotene delavce. Sodišče pa je jasno izpostavilo, da določba ne dopušča državi gostiteljici, da bi za napotene delavce zahtevala uporabo višjih delovnih in zaposlitvenih standardov (nad členom (3)(1)). Po tej razlagi Sodišča tudi švedski sindikati v zadevi *Laval* višjih zahtev za latvijske delavce niso mogli utemeljiti s to določbo.

Minimalni delovnopравни standardi (iz člena (3)(1) direktive za napotene delavce veljajo le, če so v državi gostiteljici urejeni z zakonom, v primeru izvajanja storitev v dejavnosti gradbeništva pa tudi če so urejeni s kolektivnimi pogodbami, ki so “razglašene za splošno uporabne” v skladu s členom (3)(8) direktive. Vprašanje razlage tega člena je bilo aktualno tako v zadevi *Laval* kot Rüffert, saj minimalna plača na Švedskem in v Nemčiji ni (bila) urejena z zakonom. Sodišče je ozko razlagalo to določbo in s tem omejilo uporabo minimalnih standardov iz direktive na napotene delavce.

V prvem odstavku člena (3)(8), ki se nanaša na države, v katerih je uveljavljen sistem razširjene veljavnosti kolektivnih pogodb (kot je Nemčija)⁵⁷ je določeno, da se za “kolektivne pogodbe, ki so razglašene za splošno uporabne” štejejo kolektivne pogodbe, ki jih morajo spoštovati vsa podjetja na določenem geografskem območju ali poklicu ali panogi. Sodišče je naveden odstavek razložilo v nemški zadevi *Rüffert*. Šlo je za to, da je nemški zakon o javnih naročilih nalagal pogodbenikom in podizvajalcem, da napotenim delavcem zagotovijo najmanj plačo, kot izhaja iz kolektivne pogodbe, ki velja v kraju, kje se izvaja storitev. Ker pa kolektivna pogodba v konkretni zadevi (kolektivna pogodba za gradnjo in javna dela) ni bila razglašena za splošno uporabno (ni imela razširjene veljavnosti), je Sodišče odločilo, da se urne postavke iz te kolektivne pogodbe ne morejo uporabiti za napotene (poljske) delavce.

Drugi odstavek člena (3)(8) se nanaša na države, ki nimajo sistema razširjene veljavnosti kolektivnih pogodb (kot je Švedska). Kot izhaja iz tega odstavka, “imajo države članice možnost, da izhajajo iz kolektivnih pogodb, ki imajo splošni učinek za vsa podobna podjetja na določenem geografskem območju in poklicu ali panogi ali iz kolektivnih pogodb, sklenjenih med najbolj reprezentativnimi organizacijami delodajalcev in delavcev na nacionalni ravni, in ki se jih uporablja na ozemlju cele države.” Švedska ni izbrala nobene od teh možnosti. Sodišče v zadevi *Laval* sicer ugotavlja, da države članice lahko na nacionalni ravni prosto izberejo sistem določitve pogojev za delo in zaposlitev, ki ni izrecno naveden med sistemi, predvidenimi z direktivo, a le če ta ne ovira opravljanja storitev med državami članicami.⁵⁸ V nadaljevanju pa je Sodišče odločilo, da zato, ker Švedska minimalne plače nima določene z zakonom, niti s sistemom kolektivnih pogodb, kot izhaja iz člena (3)(8) direktive, ne more zahtevati od podjetij kot je *Laval*, da se

⁵⁶ Glej sodbo v zadevi *Laval*, točka 80, Rüffert, točka 33.

⁵⁷ Mednje sodi tudi Slovenija.

⁵⁸ Glej sodbo v zadevi *Laval*, točka 68.

vključijo v kolektivno pogajanje na podjetniški ravni v kraju, kjer se opravlja delo in napotenim delavcem zagotavljajo tako izpogajane plače.

Ker v zadevi *Laval* pogoji zaposlitve, ki so jih zahtevali sindikati, niso bili določeni v skladu direktivo, po stališču Sodišča tudi kolektivni ukrepi za njihovo uveljavitev niso bili upravičeni (zato se vprašanje proporcionalnosti niti ni zastavilo). Upoštevaje razlage Sodišča, je švedsko sodišče naložilo švedskim sindikatom plačilo okrog 240.000 eurov na račun škode, ki je nastala družbi *Laval*.

Sodišče EU (ki je v preteklosti pogosto sprejemalo odločitve, s katerimi je prispevalo k varstvu pravic delavcev) je v sodbah v zadevah *Laval*, *Viking* in *Rüffert* svoboščinam prostega trga dalo prednost pred pravico do sindikalnega delovanja, kolektivnega dogovarjanja in stavke. Sodbe so naletele na številne odzive - Evropskega parlamenta, Evropske komisije, vlad članic, sindikalnih organizacij, nadzornih organov pri Mednarodni organizaciji dela (MOD) in Svetu Evrope ter dejansko celotne delovnopravne akademske skupnosti. Ta si je enotna v tem, da pravo EU ne bi smelo postavljati dodatnih omejitev tem pravicam, ki izhajajo iz ustavne tradicije in nacionalne zakonodaje držav članic, pa tudi iz zavezujočih mednarodnih pogodb (kot so Evropska konvencija o človekovih pravicah, Evropska socialna listina in Konvenciji MOD št. 87 in 89), kot jih razlagajo nadzorni organi, predvsem Odbor za sindikalno svobodo pri MOD, Evropski odbor za socialne pravice pri Svetu Evrope in Evropsko sodišče za človekove pravice (Kresal Šoltes, 2015: 274; Kresal Šoltes, 2009: 466).

Kakšne so posledice odločitev Sodišča EU je jasno vidno iz primera *British Airline Pilots Association (BALPA)*, v katerem je sindikat preklical načrtovano stavko zaradi groženj uprave, da bo pred angleškim sodiščem uveljavljala nezakonitost napovedane stavke (sklicujoče se na argumente iz sodb Sodišča EU v zadevah *Laval* in *Viking*) in od sindikata zahtevala povračilo škode v višini 100 milijonov funtov, ki bi družbi nastala z enodnevno stavko. Na podlagi pritožbe sindikata je zadevo obravnaval Odbor neodvisnih izvedencev pri MOD, v postopku pa se je angleška vlada sklicevala na to, da omejitev stavke ne izhaja iz nacionalne zakonodaje, ampak iz obveznosti Velike Britanije, da uporabi pravila EU o svobodi gibanja, kot izhajajo iz sodb *Laval* in *Viking*. Odbor MOD je zavzel stališče, da takšna grožnja z odškodninsko odgovornostjo sindikata, ki lahko pomeni njegov bankrot, dejansko pomeni nezmožnost izvajanja sindikalne dejavnosti, kot jo zagotavljajo konvencije MOD.

Zadeva *Laval* je vplivala na švedske sindikate, ki po tej sodbi niso izvedli niti ene kolektivne akcije v kolektivnih pogajanjih s tujimi podjetji, posledično pa je radikalno zmanjšalo število kolektivnih pogodb s tujimi podjetji (ILCO, 2011: 187; ILO, 2013: 196). Švedska, Nemčija in druge države so pod vplivom prava EU kot ga razlaga Sodišče EU tudi spremenile nacionalno zakonodajo v zvezi s kolektivnimi pogajanjimi in pravico sindikatov do kolektivnih ukrepov. Švedski zakon iz leta 2010, t.i. *Lex Laval* po mnenju Evropskega odbora za socialne pravice nesorazmerno omejuje pravico do kolektivnih pogajanj glede tujih napotenih delavcev ter pomeni prepovedano diskriminacijo na podlagi nacionalnosti (ker napotenim delavcem ne omogoča enake obravnave kot

domačim delavcem), s tem pa krši Evropsko socialno listino. Tudi Odbor neodvisnih izvedencev MOD poudarja, da pomeni švedski zakon resno grožnjo za uresničevanje sindikalne svobode, kot jo zagotavlja Konvencija MOD št. 87 (Kresal Šoltes, 2015: 274).

4. Prosti pretok kapitala in pravni položaj delavcev

Tudi izvajanje prostega pretoka kapitala, svoboščine, zagotovljene s 63. členom PDEU vpliva na pravni položaj delavcev, še posebej kadar gre za nakup lastniškega deleža oziroma delnic gospodarske družbe v drugi državi članici.

Podobno kot v primeru drugih svoboščin notranjega trga, je tudi v razmerju med nacionalnimi pravili, ki ščitijo delavce in prostim pretokom kapitala Sodišče EU uporabilo princip iz sodbe *Säger* (princip dostopa do trga). V tej zvezi je pomembna zadeva *Volkswagen* (C-112/05), kjer je nemški zakon o privatizaciji družbe Volkswagen državi in deželi zagotovil večji vpliv pri upravljanju te družbe, kot bi po splošnih pravilih izhajal iz njune kapitalske udeležbe. Sodišče je ugotovilo, da bi te določbe lahko odvrčale investitorje iz drugih držav članic in zato pomenijo kršitev prostega gibanja kapitala. Nemška vlada je želela dokazati opravičljivost teh ukrepov (med drugim tudi) s ciljem varovanja interesov delavcev, a ni mogla izkazati njihove primernosti in potrebnosti za doseg tega cilja. Tako ni mogla pojasniti, zakaj morata država in dežela ohraniti kapitalski delež v družbi, da bi zaščitili pravice delavcev; prav tako pa ni mogla pojasniti, zakaj je njuna večja udeležba pri upravljanju potrebna za ohranitev delovnih mest delavcev.

V zvezi s prostim pretokom kapitala pa kaže opozoriti tudi na vprašanje pravnega položaja delavcev v gospodarski družbi, katere večinski delež odkupi oziroma prevzame vlagatelj iz druge države članice. Tako v primeru, ko gre za odkup deleža gospodarske družbe v državni lasti (privatizacija) kot v primeru ko gre za delež (ali delnice) družbe v lasti zasebnih družbenikov, bo sprememba lastniške strukture in posledično posloводства praviloma vplivala na pravice delavcev.

V primeru, ko si gospodarska družba pripoji gospodarsko družbo iz druge države članice (ali iz iste države), pa tudi v primeru, ko odkupi del podjetja (na primer obrat) od gospodarske družbe iz druge države članice (ali iz iste države), so delavci varovani s pravili, ki jih določa Direktiva 2001/23/ES o zbliževanju zakonov držav članic glede varstva pravic delavcev v primeru prenosov podjetij, obratov ali delov podjetij ali obratov⁵⁹ in z nacionalnimi pravili, s katerimi je bila direktiva implementirana. Direktiva izhaja iz tega, da ima prenos podjetja ali dela podjetja od enega na drugi pravni subjekt pomemben vpliv na delavce, ki delajo v podjetju ali delu podjetja, ki se prenaša, zato je treba predvideti varovanje delavcev in zagotoviti ohranitev njihovih pravic. V tej zvezi direktiva spodbuja države članice k usklajevanju nacionalnih zakonodaj, s katerimi se to varstvo določa.

⁵⁹ OJ L 082; 22. 3. 2001.

Direktiva se uporablja za vsak prenos podjetja, obrata ali dela podjetja ali obrata na drugega delodajalca, ki je posledica pravnega prenosa ali združitve (glej člen (1)(1)(a)). Za prenos v smislu te direktive se šteje prenos gospodarske enote, ki ohrani svojo identiteto, se pravi organiziranega skupka virov, katerega cilj je opravljanje gospodarske dejavnosti, ne glede na to, ali je ta dejavnost glavna ali stranska (glej (1)(1)(b)). Posledica prenosa podjetja ali dela podjetja na drugega nosilca podjetja je, da prvi nosilec podjetja (prenosna družba) preneha biti nosilec pravic, obveznosti in odgovornosti v zvezi s podjetjem, drugi nosilec podjetja (prevzemna družba) pa postane nosilec pravic, obveznosti in odgovornosti. Prenosna družba tako preneha biti tudi delodajalec v odnosu do delavcev podjetja ali dela podjetja, ki se prenaša, delodajalec pa postane prevzemna družba. Gre torej za spremembo identitete delodajalca, zaradi česar je potrebno delavcem zagotoviti posebno varstvo.

Medtem ko imata pogodbeni prenos podjetja ali dela podjetja na drugo pravno osebo, pa tudi združitve za posledico, da se identiteta delodajalca spremeni, v primeru spremembe lastniške strukture delodajalca (zaradi nakupa delnic oz. deležev, prevzema gospodarske družbe) do tega ne pride. Čeprav je po pridobitvi deleža ali delnic oziroma po prevzemu gospodarske družbe, večinski ali edini družbenik te gospodarske družbe spremenjen, je to še vedno ista gospodarska družba, isti delodajalec. Zaradi tega ti primeri ne sodijo v okvir direktive.

Čeprav v primeru spremembe v lastništvu gospodarske družbe ne pride do spremembe delodajalca, pa ima lahko ta sprememba ravno tako velik vpliv na položaj delavcev (tako kot ga ima sprememba delodajalca). Večinski družbenik lahko preko nove uprave načrtuje in izvede različne spremembe v poslovanju družbe, različne reorganizacije, ki bodo prizadele delavce te družbe. A kljub temu, da je v prvih osnutkih predhodnice Direktive 2001/23/ES najti določbo, da se direktiva uporablja tudi za primere prevzemov, do katerih pride s pridobitvijo delnic, v veljavni direktivi te določbe ni, prav tako o tem vprašanju še ni odločalo Sodišče EU. Najti pa je stališča teorije o tem, da bi kazalo veljavnost direktive razširiti tudi na primere prevzemov.⁶⁰ Tudi sama menim, da bi delavcem v primeru spremembe lastništva gospodarske družbe, v kateri delajo kazalo zagotoviti smiselno enako varstvo kot jo delavcem v primeru spremembe delodajalca zagotavlja Direktiva 2001/23/ES.

5. Sklep

Ugotoviti je mogoče, da se pojem delavca, ki ga je Sodišče EU razvilo v okviru prostega gibanja delavcev vedno bolj uporablja tudi za opredelitev pojma delavca v smislu direktiv EU. S tem Sodišče EU posega tudi v določitev kroga oseb, ki se jim zagotavlja delovnopravno varstvo na področjih, ki jih nacionalno pravo ureja v skladu z direktivami. Glede na nejasne kriterije Sodišča, to pomeni pravno negotovost za delodajalce. Druga ugotovitev se nanaša na svobodo ustanavljanja in ustanovitve sedeža. Pravo EU v zvezi s tema svoboščinama, kot ga je razložilo Sodišče EU v zadevah *Viking*, *Laval* in

⁶⁰ Barnard, stran 591.

Rüffert je bistveno poseglo v nacionalno ureditev in izvajanje pravice do sindikalnega delovanja, kolektivnega pogajanja in stavke, hkrati pa omogočilo diskriminacijo napotenih delavcev in delavcev države gostiteljice. Upati je, da bo predlog spremembe Direktive 96/71/ES prinesel ustrežnejše rešitve.

Kar se tiče prostega pretoka kapitala, pa kaže izpostaviti potrebo po zagotovitvi določene oblike varstva za delavce v primeru, da drug subjekt pridobi večinski delež v gospodarski družbi (delodajalcu). Direktiva 2001/23/ES jih namreč ne varuje.

Literatura

- Barnard C. (2012). *EU Employment Law*. Fourth Edition, Oxford University Press.
- Davies A. C. L. (2012). *EU Labour Law*. Elgar European Law.
- Hojnik J., Knez R. (2009). *Notranji trg EU*. Pravna fakulteta Maribor.
- ILO (2011). *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*. ILC 100/III/1A. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_151556.pdf.
- ILO (2013). *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*. ILC 102/III/1A. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_205472.pdf.
- Kresal Šoltes K. (2015). Sindikalna svoboda z vidika omejevanja gospodarskih svoboščin in prepovedi diskriminacije – nazaj na začetek? *Delavci in delodajalci* 15 (2–3): 263–288.
- Kresal Šoltes K. (2009). Primera Laval in Viking z vidika slovenske pravne ureditve avtonomije kolektivnega pogajanja. *Delavci in delodajalci* 9 (4): 465–488.
- Rodgers L. (2015). Immunity and the public/private boundary in EU employment law. *European Labour Law Journal* 6 (1): 48–71.