



**UNIVERZA V MARIBORU
PРАВNA FAKULTETA**

MAGISTRSKO DELO

**Presoja skladnosti avstrijskega pristopa k urejanju instituta
napotenih delavcev s pravom EU**

Marec, 2018

Ana Strmšnik



**UNIVERZA V MARIBORU
PRAVNA FAKULTETA**

MAGISTRSKO DELO

**Presoja skladnosti avstrijskega pristopa k urejanju instituta
napotnih delavcev s pravom EU**

Marec, 2018

**Avtorica: Ana Strmšnik
Mentorica:izr. prof. dr. Janja Hojnik**

Zahvala

*Zahvaljujem se dr. Janji Hojnik za sprejeto mentorstvo, prijaznost in pomoč pri izdelavi
magistrskega dela.*

Iz srca hvala tudi družini in bližnjim. Olajšali ste mi marsikateri izziv.

1	UVOD	1
1.1	Cilj magistrskega dela	4
1.2	Predpostavke in omejitve.....	5
1.3	Predvidene metode raziskovanja	5
1.4	Kratek opis poglavij.....	5
2	PРАВNA UREDITEV NAPOTENIH DELAVCEV	6
2.1	Uvodno o institutu napotnih delavcev v avstrijski pravni ureditvi.....	8
2.2	Zakon o preprečevanju plačilnega in socialnega dumpinga	11
3	PРАВICE NAPOTENIH DELAVCEV	14
3.1	Pravo, ki se uporabi za napotene delavce	14
3.1.1	Ureditev vsebine pravic v kolektivnih pogodbah.....	15
3.2	Plačilo napotnega delavca	18
3.2.1	Plačilo za delo v avstrijski pravni ureditvi.....	19
3.2.2	Plačilo delavcev napotnih v Avstrijo	20
3.2.3	Sestavni elementi minimalnega plačila za delo napotnih delavcev.....	22
3.3	Pravica do letnega dopusta	26
3.3.1	Pravica do letnega dopusta napotnih delavcev.....	26
3.3.2	Pravica do letnega dopusta delavcev na področju gradbeništva	28
3.4	Pravica do upoštevanja delovnega časa	30
3.5	Ostali pogoji za delo in zaposlitev napotnih delavcev	31
3.6	Sklepno o pravicah napotnih delavcev.....	34
4	UPRAVNE ZAHTEVE IN NADZORNI UKREPI	35
4.1	Predhodna prijava napotnih delavcev	36
4.2	Napotitev državljanov tretjih držav	38
4.3	Hramba dokumentacije	41
4.4	Imenovanje kontaktne osebe	45
4.5	Inšpekcijski pregledi.....	49
5	KAZENSKKE SANKCIJE IN OSTALI UKREPI	51
5.1	Denarne kazni in kazen prepoved opravljanja storitev	52
5.1.1	Sorazmernost kazenskih sankcij	53
5.2	Odgovornost naročnika	57
5.3	Plačilo varščine in prekinitvev plačevanja.....	59
6	SKLEP	63
7	SEZNAM LITERATURE	66

POVZETEK

Magistrsko delo obravnava ureditev instituta napotenih delavcev v avstrijski pravni ureditvi v primerjavi z ureditvijo, ki izhaja iz zakonodaje EU. V Avstriji je področje napotenih delavcev urejeno v okviru Zakona o preprečevanju plačilnega in socialnega dumpinga (v nadaljevanju: LSD-BG), ki določa pogoje za delo in zaposlitev napotenih delavcev, nadzorne in upravne ukrepe za spremljanje izvrševanja teh pravil ter kazenske sankcije in ostale ukrepe za primere kršitev. Zakon predstavlja implementacijo Direktive 96/71/ES in Direktive 2014/67/EU, ki predstavljata krovna predpisa za ureditev instituta napotenih delavcev v EU. Direktiva 96/71/ES določa splošni regulativni pravni okvir za napotitve znotraj EU, ne usklajuje pa materialne vsebine prisilnih predpisov, ki jih je potrebno za čas napotitve upoštevati v državi gostiteljici. Vsebina prisilnih predpisov se določa v skladu z zakonodajo države gostiteljice. Z namenom presoje, ali je Avstrija pri implementaciji zakonodaje EU presegla začrtan okvir, ki izhaja iz prava EU, in pretirano omejila prost pretok storitev med državami članicami ureditev instituta, kot izhaja iz LSD-BG, umestim v širši pravni okvir in ga primerjam z ureditvijo, ki izhaja iz predpisov EU. Institut je v magistrskem delu obravnavan v treh sklopih, ki se medsebojno povezujejo in dopolnjujejo: pravice napotenih delavcev, upravne zahteve in nadzorni ukrepi ter kazenske sankcije in varnostni ukrepi.

Ugotavljam, da napotitve predstavljajo zelo kompleksen institut, pri katerem je potrebno za zakonito in korektno izvedbo v praksi dobro poznavanje zakonodaje EU, zakonodaje države sedeža delodajalca in države gostiteljice. Zaradi specifičnih in raznolikih ureditev delovnopravne, socialne in davčne zakonodaje držav članic je področje prepleteno s številnimi pravnimi vprašanji. Ker so pravna pravila, ki jih je potrebno upoštevati za čas napotitve pogosto razdrobljena po številnih pravnih predpisih, nejasna in nedoločna, lahko pri napotitvah nastajajo številne težave.

V magistrskem delu zaključujem, da LSD-BG pri implementaciji pravic in pogojev za delo in zaposlitev izhaja iz Direktive 96/71/ES. Pravice, ki se denimo nanašajo na delovni čas, letni dopust ter varnost in zdravje pri delu, so v večji meri na ravni EU harmonizirane, zato do večjih odstopanj pri ureditvah s strani držav članic in spoštovanju pri napotitvi ne bi smelo prihajati. Večina težav se nanaša na določitev sestavin plačila za delo napotenih delavcev, saj ostaja področje določitve koncepta plačila za delo v pristojnosti držav članic. Več vprašanj v zvezi s skladnostjo s pravom EU pa izhaja iz ureditve nadzornih ukrepov in kazenskih sankcij, ki izhajajo iz LSD-BG. Glede na usmeritve, ki izhajajo iz Direktive 2014/67/EU, se namreč zdi, da številni ukrepi iz LSD-BG, kot so denimo visoke denarne kazni, ukrep plačila varščine in ukrep prekinitve plačevanja, niso sorazmerni cilju, ki ga zasledujejo.

Ključne besede: Napoteni delavci, napotitev delavcev v Avstrijo, LSD-BG, oviranje prostega pretoka storitev, Direktiva 96/71/ES, Direktiva 2014/67/EU

ABSTRACT

The present master's thesis deals with the construct regulation of posted workers in Austrian legal arrangement in comparison with the EU arrangements. In Austria, the scope of posted workers is arranged within the framework of the Anti-Wage and Social Dumping Act (hereinafter: LSD-BG), which establishes work conditions and employment of posted workers, control and administrative measures for monitoring the implementation of such measures as well as criminal penalties and other measures used in cases of infringement. This act represents the implementation of Directive 1996/71/EC and Directive 2014/67/EU, which represent the main measures for the construct regulation of posted workers in the EU. The Directive 1996/71/EC establishes the general regulatory legal framework for posting of workers within the EU, however, it does not coordinate the material content of mandatory provisions, needed to be taken into account during the time of posting in the host country. The content of mandatory provisions is established in accordance with the legislation of the host country. I will place the construct regulation, resulting from LSD-BG, in a broader legal framework and compare it to the arrangement resulting from EU regulations in order to assess whether Austria went beyond the indicated framework, deriving from the EU law, with the implementation of the EU legislation and set excessive restrictions on free movement of services between the Member States. In this master's thesis, the construct is discussed in three sections, which interconnect and complement each other – the rights of posted workers; administrative requirements and control measures; and criminal penalties and safety measures.

I establish that the postings represent a complex construct and that good knowledge of the EU legislation, the legislation of the country in which the employer's head office is located as well as the legislation of the host country is needed in order to legally and correctly implement it in practice. Due to specific and varied regulations of labour, social and tax legislation of the Member States, this sphere evokes numerous legal issues. As legal rules needed to be taken into account during the posting are frequently fragmented between various legal acts and are at the same time unclear and undefined, they can lead to many problems in regards to posting.

In this master's thesis, I conclude that LSD-BG derives from the Directive 1996/71/EC when it comes to the implementation of rights and conditions of work and employment. The rights relating to working hours, annual holidays and health and safety at work are mainly harmonised at EU level, which is why no notable deviations of Member States regulations in respect to those rules should appear when it comes to posting of workers. The majority of problems is related to the definition of pay components for work of posted workers, as the scope of the definition of payment concept stays in jurisdiction of the Member States. More questions related to the compliance with the EU law emerge from the regulation of control measures and criminal penalties, resulting from LSD-BG. In the light of guidance coming from the Directive 2014/67/EU, it might seem that several measures of LSD-BG, such as, for example, high

penalty payments, payment security measures and payment suspension measures are not proportionate to the set objective.

Keywords: Posted workers, posting of workers to Austria, LSD-BG, impediment to the free movement of services, Directive 1996/71/EC, Directive 2014/67/EU

1 UVOD

Številna slovenska podjetja, ki začasno opravljajo svoje storitve s pomočjo napotenih delavcev v Avstriji, menijo, da Avstrija z zapletenimi postopki in birokratskimi ovirami odvrča in preprečuje opravljanje storitev tujim ponudnikom na njenem ozemlju. Ponudniki storitev, ki želijo v okviru določb PDEU¹ o prostem opravljanju storitev začasno izvajati storitve s pomočjo svojih zaposlenih v Avstriji, morajo za čas napotitve napotenim delavcem zagotavljati določene delovnopravne pogoje in pravice v skladu z avstrijsko zakonodajo. Področje napotenih delavcev je v Avstriji urejeno v okviru Zakona o preprečevanju plačilnega in socialnega dumpinga,² ki se uporablja od 1.1.2017. LSD-BG določa pogoje za delo in zaposlitev, ki se uporabljajo za napotene delavce, ne glede na pravo, ki se sicer uporablja za pogodbo o zaposlitvi. Gre za pogoje za delo in zaposlitev, ki izhajajo iz Direktive 96/71/ES o napotitvi delavcev na delo v okviru opravljanja storitev.³ Direktiva 96/71 je vzpostavila splošni regulativni okvir za napotitve znotraj EU, ni pa uskladila materialne vsebine prisilnih predpisov, ki jih je potrebno za čas napotitve upoštevati v državi gostiteljici, temveč je za ureditev te vsebine, napotila na nacionalno zakonodajo in prakso države gostiteljice.⁴ Države članice so bile zavezane k sprejemu potrebnih določb za uskladitev z Direktivo 96/71⁵ ter k sprejemu ustreznih ukrepov za primere neupoštevanja teh določb.⁶ Zastavlja pa se vprašanje, ali je Avstrija pri implementaciji zakonodaje EU res preseгла začrtani okvir, ki izhaja iz prava EU in pretirano omejila prost pretok storitev med državami članicami.

Kot potencialne ovire prostemu pretoku storitev se denimo izpostavljajo zahteve po hrambi številne dokumentacije vezane na napotene delavcev, ki mora biti prevedena v nemški jezik, zagotavljanje plačila za delo upošteva ustrezne kriterije za razvrstitev v tarifne razrede, obveznost vplačevanja prispevkov v sklad BUAK, dodatne obveznosti, ki so povezane z napotovanjem državljanov tretjih držav ter visoke kazni in ostali ukrepi, ki so predpisani v primeru ugotovljenih kršitev. LSD-BG zadevnih področij ne ureja v celoti, temveč predvsem glede vsebinske določitve pogojev za delo in zaposlitev napotuje na uporabo ostalih pravnih predpisov in kolektivnih pogodb. Denimo glede obsega in plačila za delo ter dovoljenega delovnega časa je potrebno upoštevati določila kolektivne pogodbe, dopust in ostale pravice pa se urejajo v zakonih in drugih predpisih.⁷

¹ Pogodba o delovanju Evropske unije (PDEU), UL C 202 (2016), 7.6.2016, v nadaljevanju PDEU.

² Lohn und Sozialdumping Bekämpfungsgesetz (LSD-BG), BGBl. I Nr. 64/2017, v nadaljevanju LSD-BG.

³ Direktiva 96/71/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 16. decembra 1996 o napotitvi delavcev na delo v okviru opravljanja storitev, UL L št. 18, 21.1.1997, v nadaljevanju Direktiva 96/71.

⁴ Glej člen 3(1) Direktive 96/71.

⁵ Glej člen 7 Direktive 96/71: »Države članice sprejmejo zakone in druge predpise, potrebne za uskladitev s to direktivo.«

⁶ Glej člen 5(1) Direktive 96/71: »Države članice sprejmejo ustrezne ukrepe za primere neupoštevanja teh določb«

⁷ Glede sklicevanja na ureditev v kolektivnih pogodbah glej denimo 3. odstavek 3. člena LSD-BG in 5. člen LSD-BG, glede sklicevanja na ostale pravne predpise pa 4. člen LSD-BG.

Ker obveznost upoštevanja določenih pravic in pogojev za delo in zaposlitev države gostiteljice izhaja iz Direktive 96/71, v magistrskem delu ureditev pravnega položaja napotnih delavcev iz LSD-BG umestim v širši pravni okvir zakonodaje EU. Zanima me, kakšna je opredelitev minimalnega plačila za delo, kot izhaja iz Direktive 96/71, in ali lahko države članice od tujih ponudnikov storitev zahtevajo, da napotnim delavcem izplačujejo plačo, ki se izračuna na podlagi razvrstitve v tarifni razred kolektivne pogodbe države gostiteljice. Prav tako me zanima, ali lahko države gostiteljice od tujih ponudnikov storitev zahtevajo, da ti vplačujejo v posebne sklade, v primeru Avstrije v sklad BUAK, če v državi sedeža delodajalca ne poznajo podobnih skladov. Predmet obravnave so tudi ostali pogoji za delo in zaposlitev za čas napotitve: pravica do plačanega letnega dopusta, pravica do spoštovanja delovnega časa in prostih dni ter pravila o varnosti in zdravja pri delu.

Pravila o pogojih za delo in zaposlitev, ki jih je potrebno spoštovati v državi gostiteljici, so brez posebne teže, če ni vzpostavljenih nadzornih mehanizmov za njihovo spoštovanje. Direktiva 96/71 je v členu 5 obvezala države članice, da sprejmejo ustrezne ukrepe za primere nespoštovanja pravil, ki izhajajo iz direktive. Nadzorni ukrepi morajo biti sorazmerni in sposobni dosegati zastavljene cilje, brez da bi omejili svobodo opravljanja storitev bolj, kot je potrebno.⁸ Kasneje je bila sprejeta še Direktiva 2014/67/EU o izvrševanju direktive 96/71/ES,⁹ ki primeroma navaja nekatere nadzorne ukrepe in upravne zahteve, za katere meni, da so primerni za zagotavljanje učinkovitega spremljanja skladnosti z določili o napotnih delavcih.¹⁰

Ker zakonodaja EU državam članicam ne prepoveduje uporabe ustreznih ukrepov za nadzor nad spoštovanjem določb prisilnih predpisov za čas napotitve, če pri tem najdejo pravo ravnovesje med potrebo po zaščiti delavcev in nadzornimi ukrepi, v magistrskem delu preučujem, ali so ti pogoji izpolnjeni pri nadzornih ukrepih, ki izhajajo iz LSD-BG: predhodna prijava napotnih delavcev,¹¹ s katero se pristojne organe seznanijo o bistvenih podatkih o napotitvi; obveznost hranjenja dokumentacije na kraju opravljanja dela;¹² obveznost prevoda dokumentacije v nemški jezik; obvezna določitev kontaktne osebe, ki predstavlja vez med podjetjem, ki delavce napoti in pristojnimi nadzornimi organi.¹³

Zadnje poglavje magistrskega dela je namenjeno obravnavi sankcij in ostalih ukrepov, ki so predpisani za primere kršitve pravil iz LSD-BG. Zaradi višine denarnih sankcij (od 1.000,00 EUR do 10.000,00 EUR na posameznega delavca) in možnosti izreka prepovedi opravljanja storitev v Avstriji do pet let se namreč zastavlja vprašanje, ali so sankcije primerne za doseg

⁸ Tako: Sporočilo Komisije, Smernice o napotitvi delavcev na delo v okviru opravljanja storitev, Bruselj, 4.4.2006 COM(2006) 159 konč., v nadaljevanju Sporočilo Komisije COM(2006), str. 3.

⁹ Direktiva 2014/67/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 15. maja 2014 o izvrševanju Direktive 96/71/ES o napotitvi delavcev na delo v okviru opravljanja storitev in spremembi Uredbe (EU) št. 1024/2012 o upravnem sodelovanju prek informacijskega sistema za notranji trg (uredba IMI), UL L 159, 28.5.2014, str. 11, v nadaljevanju Direktiva 2014/67.

¹⁰ Glej člen 9 Direktive 2014/67.

¹¹ 19. člen LSD-BG.

¹² 21. in 22. člen LSD-BG.

¹³ 23. člen LSD-BG.

cilja in sorazmerne teži prekrška. Enak kaznovalni okvir je namreč predpisan za vse kršitve, ne glede na težo posameznega prekrška. Ker sankcije ne upoštevajo posebnih okoliščin vsakega posameznega primera, lahko tujim ponudnikom storitev zaradi manjše administrativne napake (kot je denimo en manjkajoči dokument), znatno otežijo opravljanje storitev v Avstriji, saj lahko denarna kazen znaša veliko več kot denimo pogodbeno vrednost naročila.

Vprašljiva je tudi skladnost ureditve varnostnih ukrepov, ki se lahko izrečejo, če obstaja utemeljen sum o upravnem prekršku. Plačilo varščine do najvišje zagrožene kazni se lahko naloži bodisi izvajalcu ali naročniku v Avstriji.

Ker je Avstrija ena izmed držav članic EU, ki sprejme največ napotenih delavcev,¹⁴ je delovanje avstrijskega zakonodajalca na tem področju usmerjeno predvsem k zagotovitvi ustrezne pravne podlage za enako plačilo med domačimi in napotenimi delavci. Napoteni delavci namreč pogosto delajo za bistveno nižje plačilo od lokalnih delavcev, kar lahko privede do socialnega dumpinga in nelojalne konkurence med domačimi in tujimi podjetji.¹⁵ Čeprav so napotitve izrednega pomena za prost pretok storitev, pa mnoge države članice, posebno še stare, menijo, da liberalizirani notranji trg pomeni grožnjo nacionalnemu delovnemu pravu.¹⁶ Ukrepi, ki jih sprejmejo države članice v zvezi z napotenimi delavci, lahko hitro postanejo sredstvo za zaščito domačega delovnega trga. Z LSD-BG naj bi poleg poštene konkurence med podjetji dosegli še zagotovitev poenotenega trga dela in enakih plačilnih pogojev za vse delavce, ki se nahajajo na ozemlju Avstrije.¹⁷

Zastavlja pa se vprašanje, kje so meje ukrepov boja proti socialnemu dumpingu in kakšnih ukrepov se lahko države gostiteljice poslužijo, da ostanejo v dovoljenih okvirih prava EU. Odločitve Sodišča EU v zadevah *Viking*,¹⁸ *Laval*¹⁹ in *Rüffert*²⁰ namreč izkazujejo, da je primarni namen Direktive 96/71 v zaščiti prostega pretoka storitev znotraj EU in ne uresničevanje ciljev socialne politike. Ukrepe, ki so kot v Avstriji sprejeti predvsem z namenom preprečitve socialnega in plačilnega dumpinga kot sredstvom za zaščito pravic delavcev, je potrebno posledično presojati zelo previdno, saj predstavljajo izjemo določbam PDEU o prostem pretoku

¹⁴ Najpomembnejša država prejemnica je Nemčija, v katero je bilo leta 2015 napotenih več kot 400 000 delavcev, sledita pa ji Francija (približno 180 000 napotitev) in Belgija (približno 160 000 napotitev). Avstrija je med državami prejemnicami na četrtem mestu. Več: Pacolet Jozef, De Wispelaere Frederic, *Posting of workers, Report on A1 portable documents issued in 2015*, European Commission, 2016, str. 9-10.

¹⁵ Povzeto po: Barnard Catherine, *The Substantive Law of the EU, the Four Freedoms*, Oxford University Press, 2016, str. 423.

¹⁶ Povzeto po: Barnard Catherine, *EU Employment Law, fourth edition*, Oxford University Press, 2012, str. 189.

¹⁷ Povzeto po: Rihs Georg, Schweinhammer Wolfgang, *LSD-BG – ein Überblick aus vergaberechtlicher Perspektive*, *Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht*, 2/2017, str. 54.

¹⁸ Zadeva C-438/05, *International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union proti Viking Line ABP and OÜ Viking Line Eesti*, ECLI:EU:C:2007:772.

¹⁹ Zadeva C-341/05, *Laval un Partneri Ltd proti Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, ECLI:EU:C:2007:809.

²⁰ Zadeva C-346/06, *Dirk Rüffert proti Land Niedersachsen*, ECLI:EU:C:2008:189.

storitev.²¹ Pri sprejemu uskladihvenih zakonodaj bi države članice morale upoštevati določbe PDEU in splošna načela prava EU.²²

Ker je bil LSD-BG sprejet predvsem z namenom zagotovitve enakega plačila med napotnimi in domačimi delavci in s tem zagotovitvijo poštene konkurence med podjetji,²³ bo za odgovor na vprašanje, ali Avstrija ovira prost pretok storitev in ali so ovire lahko opravičljive, in kot takšne skladne s pravom EU, pomembno tehtanje interesov med načelom svobode opravljanja storitve kot temeljno svoboščino iz PDEU, ter bojem proti plačilnemu in socialnemu dumpingu kot sredstvom za zaščito pravic delavcev.

1.1 Cilj magistrskega dela

Temeljni cilj magistrskega dela predstavlja analiza avstrijske pravne ureditve napotnih delavcev v luči prava EU. Z namenom presoje ali Avstrija z zahtevami in ukrepi glede napotnih delavcev dejansko ovira prost pretok storitev v EU, magistrska naloga obravnava določene vidike instituta v avstrijski pravni ureditvi v primerjavi z ureditvijo, ki izhaja iz zakonodaje EU. Izpostavi in preuči težave, ki pri napotitvah nastajajo.

V magistrskem delu želim prikazati tudi kompleksnost instituta napotnih delavcev v praksi. Za zakonito izveden postopek napotitve je namreč potrebno podrobno poznavanje zakonodaje EU, zakonodaje države članice napotitve in zakonodaje države članice gostiteljice. Zaradi specifičnih in raznolikih ureditev delovnopravne, socialne in davčne zakonodaje držav članic je področje prepleteno s številnimi nerešenimi pravnimi vprašanji.

Teze, ki so bile predmet raziskave in so se potrdile ali ovrgle, so naslednje:

1. Avstrija s strogimi formalnimi obveznostmi glede napotnih delavcev ovira prost pretok storitev znotraj EU.
2. Vseh ukrepov in zahtev v zvezi z delavci napotnimi v Avstrijo ni mogoče opravičiti iz objektivnih razlogov, zato ovire niso zakonite.
3. Postopki napotitev delavcev v tujino so kompleksni, zato se podjetja v praksi v zvezi z napotitvijo delavcev srečujejo s številnimi izzivi. Postopki se od države do države razlikujejo in so prepleteni z nerešenimi vprašanji z različnih pravnih področij. Izzivi so posledica pomanjkanja ključnih informacij povezanih z napotitvijo, razdrobljenostjo in nejasnostjo pravnih pravil, neznanjem jezika države gostiteljice ipd.

²¹ Povzeto po: Barnard, 2016, str. 424.

²² Glej denimo zadeva C-341/05, Laval, tč. 60.

²³ Povzeto po: Ministerialentwurf, 11.3.2016, 189/ME NR 25. GP, URL:

https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/ME/ME_00189/fname_515724.pdf (25.2.2018).

1.2 Predpostavke in omejitve

V magistrskem delu se osredotočam na ureditev področja napotenih delavcev v Avstriji. V luči prava EU so obravnavani pogoji za delo in zaposlitev napotenih delavcev, nadzorni ukrepi in upravne zahteve ter kazenske sankcije, ki izhajajo iz avstrijske zakonodaje in predpisov. Z namenom zaokrožene obravnave instituta so obravnavana teoretična izhodišča, pravo EU, avstrijska zakonodaja ter sodna praksa Sodišča EU.

V magistrskem delu niso zajeti primeri čezmejnega posredovanja delovne sile, torej čezmejne napotitve agencijskih delavcev in napotitve znotraj podjetij.

1.3 Predvidene metode raziskovanja

Za preučitev pravne podlage in teoretičnih izhodišč sem uporabila deskriptivno metodo s študijem domače in tuje literature. S pomočjo primerjalne metode sem preučila, ali so pravna pravila LSD-BG skladna s pravom EU.

1.4 Kratek opis poglavij

Magistrsko delo je vsebinsko razdeljeno na štiri večje sklope, ki se medsebojno povezujejo in dopolnjujejo. Prvi sklop predstavlja krajši vpogled v pretekle pristope k urejanju področja napotenih delavcev v Avstriji, oris pravnega okvirja zakonodaje EU in zakonodaje Avstrije s področja napotenih delavcev, slednje predstavlja izhodišče za nadaljnjo obravnavo instituta. Drugi sklop obravnava analizo in preučitev pravic in pogojev za delo ter zaposlitev napotenih delavcev, kot izhajajo iz LSD-BG, Direktive 96/71 in sodne prakse Sodišča EU. Zadnja dva sklopa pa sta namenjena predstavitvi in analizi nadzornih in kazenskih ukrepov, ki izhajajo iz LSD-BG v luči prava EU.

2 PRAVNA UREDITEV NAPOTENIH DELAVCEV

Napoteni delavci so delavci, ki za omejen čas opravljajo delo na ozemlju države članice, ki ni država, v kateri običajno delajo.²⁴ Prava podlaga za njihovo pravico do gibanja znotraj EU ne izhaja iz pravice do prostega gibanja oseb (člen 45 PDEU), temveč iz pravice do prostega opravljanja storitev (člen 56 PDEU).²⁵ Ponudniki storitev namreč lahko čezmejno opravljajo storitve s pomočjo vseh svojih zaposlenih, ki so bodisi državljani EU ali državljani tretjih držav ki jih z namenom izpolnitve naročila, začasno napotijo v drugo državo članico (državo gostiteljico).²⁶ Da je podlaga za gibanje delavcev izvajalca storitve člen 56 PDEU in ne člen 45 PDEU, je Sodišče EU odločilo v zadevi *Rush Portuguesa*.²⁷ Kot je pojasnjeno v nadaljevanju, je status napotnih delavcev pomemben za določitev prava, ki se uporablja za delovno razmerje napotnih delavcev. Gre zlasti za vprašanje pravic napotnih delavcev, napotnih v drugo državo članico z namenom opravljanja storitve.²⁸

Temeljni sekundarni akt, ki podrobneje ureja področje napotnih delavcev na ravni EU, je Direktiva 96/71, ki je vzpostavila splošni regulativni okvir za napotitve znotraj EU s ciljem uskladitve uresničevanja temeljne svoboščine družb za zagotavljanje čezmejnih storitev v skladu s členom 56 PDEU s potrebo po zagotovitvi ozračja poštene konkurence in spoštovanja pravic delavcev.²⁹ Z namenom dosege navedenih ciljev direktiva določa jedro obveznih predpisov v splošnem interesu EU, ki jih je potrebno uporabljati za napotene delavce v državi gostiteljici.³⁰ Pravila, naštetá v členu 3(1) Direktive 96/71, morajo biti v državi članici gostiteljici urejena v okviru zakona ali prisilnega predpisa. V primeru gradbenih storitev pa se lahko navedena pravila urejajo tudi v okviru kolektivnih pogodb.³¹

Direktiva 96/71 se razlikuje od drugih ukrepov socialne politike EU, saj ne usklajuje materialne vsebine prisilnih predpisov minimalne zaščite, temveč področje samo koordinira. Če imajo države gostiteljice nacionalna pravila, ki se nanašajo na zadeve, naštete v členu 3(1) Direktive 96/71, so zavezane, da razširijo njihovo uporabo tudi na napotene delavce, če takšnih pravil nimajo, ta zaveza ne obstaja. Ker so nekatera področja iz člena 3(1) zajeta v okviru

²⁴ Člen 2 Direktive 96/71.

²⁵ Glej denimo: tč. 2 preambule Direktive 2014/67: »Pri napotitvi delavcev je treba razlikovati med to svobodo in prostim gibanjem delavcev, ki vsebuje pravico vsakega državljaná, da se preseli v drugo državo članico, da bi tam delal in prebival, ter varstvo pred diskriminacijo pri zaposlovanju, plačilu in drugih pogojih dela in zaposlitve v primerjavi z državljani zadevne države članice.«

²⁶ Povzeto po: Barnard, 2012, str. 214.

²⁷ Zadeva C-113/89, *Rush Portuguesa Ld^a* proti Office national d'immigration, ECLI:EU:C:1990:142, tč. 18.

²⁸ Glej denimo: Hojnik Janja, Knez Rajko, *Svoboščine notranjega trga EU*, GV založba, Ljubljana, 2015, str. 321.

²⁹ Tako tč. 5 preambule Direktive 96/71.

³⁰ Povzeto po: Predlog Direktive Evropskega parlamenta in Sveta o spremembi Direktive Evropskega parlamenta in Sveta 96/71/ES z dne 16. decembra 1996 o napotitvi delavcev na delo v okviru opravljanja storitev, Strasbourg, 8.3.2016, COM(2016) 128 final, str. 2-3.

³¹ Povzeto po: Barnard, 2012, str. 218.

harmonizacijske zakonodaje EU (delovni čas, enaka obravnava), bi države članice praviloma morale imeti ustrezno zakonodajo ki bi pokrivala celotno področje.³²

Leta 2014 je bila sprejeta Direktiva 2014/67, ki je Direktivo 96/71 vsebinsko dopolnila. Cilj Direktive 2014/67 je bil v izboljšanju in okrepitvi načina izvajanja, uporabe in izvrševanja Direktive 96/71 v praksi.³³ V ta namen direktiva vzpostavlja skupni okvir sklopa ustreznih določb, ukrepov in nadzornih mehanizmov, ki so potrebni za boljše in enotnejše izvajanje, uporabo in izvrševanje Direktive 96/71, vključno z ukrepi, ki se nanašajo na preprečevanje in kaznovanje in zlorabe pravil.³⁴

Ker lahko podjetja na podlagi določil o prostem pretoku storitev v tujini storitve opravljajo zgolj začasno ali občasno, Direktiva 2014/67 vsebuje seznam meril, ki so v pomoč pri presoji obstoja dejanske povezave med delodajalcem in državo članico sedeža ter se lahko uporabijo tudi za presojo, ali oseba ustreza opredelitvi napotnega delavca ali ne.³⁵ Da se ponudnikom storitev ne bi naložilo preveliko in nepotrebno upravno breme, direktiva v preambuli pojasnjuje, da so dejanski elementi, na podlagi katerih se ugotavlja, ali je napotitev prava, naštetih primeroma, zlasti se ne bi smelo zahtevati, da so pri vsaki napotitvi izpolnjeni vsi.³⁶

Merila in ostali instrumenti, ki so predstavljeni v Direktivi 2014/67, so namenjeni boju proti goljufijam, izogibanjem in zlorabi instituta napotnih delavcev. Pomembne pa so tudi določbe, ki krepijo upravno sodelovanje med državami članicami, in določbe, ki obravnavajo podjetja, ki so t.i. poštni nabiralniki. Za magistrsko delo so posebej pomembne določbe o nadzornih ukrepih, ki jih lahko države članice uporabijo pri spremljanju skladnosti upoštevanja delovnih pogojev napotnih delavcev.³⁷

Države članice so bile na podlagi Direktive 96/71 in Direktive 2014/67 zavezane k sprejemu uskladih zakonodaj s področja napotnih delavcev. Določiti so morale pogoje za delo in zaposlitev napotnih delavcev na njenem ozemlju³⁸ in sprejeti ustrezne ukrepe za spoštovanje navedenih pravil.³⁹ Ker pravica do napotitve temelji na določbah PDEU prostega pretoka storitev, morajo države članice pri sprejemu uskladih zakonodaj ostati v okvirih prava EU in posledično s pravili in ukrepi ne smejo omejevati prostega pretoka storitev.⁴⁰ Ukrepi, ki jih

³² *Ibidem*, str. 221.

³³ Tako: Predlog direktive Evropskega parlamenta in Sveta o izvrševanju Direktive 96/71/ES o napotitvi delavcev na delo v okviru opravljanja storitev, Bruselj, 21.3.2012, COM(2012) 131 final, str. 11.

³⁴ Glej: člen 1 Direktive 2014/67.

³⁵ Glej: člen 4 Direktive 2014/67.

³⁶ Tako Direktiva 2014/67 v preambuli, tč. 5.

³⁷ Upravne zahteve in nadzorni ukrepi so urejeni v členu 9 Direktive 2014/67.

³⁸ Upošteva pogoje za delo in zaposlitev, kot izhajajo iz člena 3 Direktive 96/71.

³⁹ Glej: člen 5 Direktive 96/71 in člen 9 Direktive 2014/67.

⁴⁰ Glej: člen 9(1) Direktive 2014/67: »Države članice lahko uvedejo samo upravne zahteve in nadzorne ukrepe, potrebne za zagotavljanje učinkovitega spremljanja skladnosti z obveznostmi iz te direktive in Direktive 96/71/ES, če so te zahteve in ukrepi upravičeni in sorazmerni v skladu s pravom Unije.«

države članice sprejmejo v okviru uskladitvenih zakonodaj, pa lahko hitro postanejo sredstvo za zaščito domačega trga dela na račun prikritih diskriminacij tujih ponudnikov storitev.

V skladu z ustaljeno sodno prakso se v zvezi z opravljanjem storitev ne zahteva le odprave kakršne koli diskriminacije na podlagi državljanstva proti ponudnikom storitev, ki imajo sedež v drugi državi članici, ampak tudi odprava kakršne koli omejitve, čeprav se brez razlikovanja uporablja za domače in tuje ponudnike storitev, če bi omejitve lahko prepovedovale, ovirale ali zmanjševale privlačnost dejavnosti ponudnika s sedežem v drugi državi članici.⁴¹ Svobodo opravljanja storitev kot eno izmed temeljnih načel PDEU je tako mogoče omejiti samo s pravili, ki jih upravičujejo prevladujoče zahteve v javnem interesu in veljajo za vse osebe in podjetja, ki delujejo na ozemlju države, v kateri se storitev opravlja pod pogojem, da teh interesov ne zagotavljajo pravila, ki veljajo za ponudnika take storitve v državi članici, kjer ima sedež.⁴²

V nadaljevanju tega poglavja na kratko predstavim zgodovino urejanja instituta napotnih delavcev v avstrijski pravni ureditvi z namenom prikaza razvoja pravil o preprečitvi plačilnega in socialnega dumpinga, ki so danes urejena v enotnem zveznem zakonu LSD-BG.

2.1 Uvodno o institutu napotnih delavcev v avstrijski pravni ureditvi

Avstrija je ena izmed držav članic EU, ki sprejme največ napotnih delavcev. Leta 2015 je bilo na njeno ozemlje napotnih več kot 100 000 delavcev, kar jo uvršča na četrto mesto med državami članicami gostiteljicami.⁴³ Ker je v celoti izkoristila možnost 7-letnega prehodnega obdobja na področju prostega gibanja delavcev, ki je bilo dogovorjeno znotraj pristopnih pogajanj novih držav članic EU leta 2004,⁴⁴ je število napotitev na njeno ozemlje pričelo naraščati po letu 2011 ob sprostitvi trga dela in storitev.⁴⁵

Pred sprostitvijo trga dela in storitev v letu 2011 so v Avstriji poznali tri oblike dovoljenj za začasno opravljanje storitev na njihovem ozemlju, ki so bile urejene v sklopu Zakona o

⁴¹ Glej denimo: združeni zadevi C-369/96 in C-376/96, Arblade in drugi, ECLI:EU:C:1999:575, tč. 33, zadeva C-165/98 Mazzoleni in ISA, ECLI:EU:C:2001:162, tč. 22, zadeva C-515/08, Kazenski postopek zoper Vítorja Manuela dos Santosa Palhoto in druge, ECLI:EU:C:2010:589, tč. 29 in zadeva C-577/10, Komisija proti Belgiji, ECLI:EU:C:2012:841, tč. 38.

⁴² Glej združeni zadevi C-369/96 in C-376/96, Arblade, tč. 34, zadevo C-165/98, Mazzoleni in ISA, tč. 25, zadevo C-515/08, dos Santos Palhota, tč. 45 in zadevo C-577/10, Komisija proti Belgiji, tč. 44.

⁴³ Več: Pacolet, 2016, str. 9-10.

⁴⁴ Povzeto po: George Adam, Government plans seven-year transitional period for workers from central and eastern Europe, 7.3.2004, URL: <https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/articles/government-plans-seven-year-transitional-period-for-workers-from-central-and-eastern-europe> (27.02.2018)

⁴⁵ V raziskavi, ki je bila izvedena leta 2012 je bilo ugotovljeno, da se je delež napotitev v Avstriji v letu 2011 v primerjavi z letom 2010 povečal za približno 20 odstotkov. Močno povečanje je bilo zaznavno na področju gradbeništva, kjer se je delež napotitev v obdobju od maja 2011 do oktobra 2011 povečal iz 41 odstotkov na 76 odstotkov. Delež delavcev, ki so opravljali gradbena dela, se je povečal iz 46 odstotkov (od maja do oktobra 2010) na 72 odstotkov (od maja do oktobra 2011). Več: Riesenfelder Andreas, Schelepa Susanne, Wetzel Petra, Monitoring der Arbeitsmarktöffnung - Auswirkungen auf Beschäftigungsformen und auf Lohndumping, L&R Sozialforschung, 2012, str. 4 -5 in str. 103.

zaposlovanju tujcev.⁴⁶ Za liberalizirane napotitve je bilo potrebno pri Zveznem ministrstvu za finance,⁴⁷ in sicer na Centralni koordinacijski točki za nadzor ilegalnega zaposlovanja,⁴⁸ pridobiti potrdilo o napotivi v EU. Za opravljanje zaščitene dejavnosti⁴⁹ je bilo potrebno pridobiti dovoljenje za napotitev na Zavodu za zaposlovanje,⁵⁰ na področju gradbeništva in sorodnih panog pa je bilo predhodno potrebno pridobiti delovno dovoljenje na zavodu za zaposlovanje, ki se je izdalo v primeru, da za dotično področje ni bilo na voljo domačih iskalcev zaposlitve.⁵¹

Prvo ureditev na področju preprečevanja socialnega in plačilnega dumpinga je Avstrija sprejela maja leta 2011 kot posledico odprtja notranjega trga za osem novih držav članic.⁵² Namen ureditve je bil zagotoviti delavcem tujih podjetij, ki bi začasno opravljali storitve na avstrijskem ozemlju, minimalne plače po avstrijskih standardih (načelo enakega plačila za enako delo) in s tem preprečiti morebitno nelojalno konkurenco tujih podjetij. Leta 2015 se je področje zaostri kot posledica vstopa romunskih in bolgarskih državljanov na avstrijski notranji trg. Z reformo se je poostil nadzor nad plačami napotenih delavcev, preverjati se je začelo, ali delodajalci pravilno uvrščajo napotene delavce po kolektivnih pogodbah in jim s tem zagotovijo ustrezno plačilo za opravljeno delo. Predmet preverjanj so postali tudi različni dodatki (nadure, nočno delo) ter izplačilo 13. in 14. plače po avstrijski zakonodaji. Predpisane kazni v primeru kršitev so bile enako visoke, če delodajalec ni zagotovil dokazil o izplačilih plače, kot če delavcem ni zagotavljal plačila v skladu z avstrijsko zakonodajo.⁵³ Za nadzor nad spoštovanjem zakona je postala zadolžena finančna policija, ki je bila ustanovljena s strani ministrstva za finance, inšpektorat za delo pa je dobil razširjene pristojnosti, preverjati je lahko pričel, ali so izplačila napotenim delavcem izvedena v skladu s kolektivni pogodbami.⁵⁴

Zaradi velikega števila napotitev je Avstrija pogosto spreminjala pravila za čezmejno poslovanje z napotenimi delavci s poudarkom na uzakonitvi ustrezne pravne podlage za zagotovitev enakega plačila med napotenimi in domačini delavci. Najprej se je vsebina

⁴⁶ Ausländerbeschäftigungsgesetz, AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975.

⁴⁷ Nem. Bundesministerium für Finanzen.

⁴⁸ Nem. Die Kontrolle der illegalen Arbeitnehmerbeschäftigung.

⁴⁹ Vrtnarske storitve, obdelovanje in predelovanje naravnih kamnov, proizvodnja kovinskih konstrukcij in njihovih delov oz. konstrukcij iz lahke kovine, zaščitne službe (varovanje), čiščenje stavb, inventarja in prevoznih sredstev ter nega na domu in socialno varstvo brez nastanitve.

⁵⁰ Nem. Arbeitsmarktservice oz. AMS.

⁵¹ Republika Slovenija, Ministrstvo za zunanje zadeve, Čezmejno opravljanje storitev z napotenimi delavci v Avstriji po 1.5.2011, 28. 4. 2011, URL:

http://www.mzz.gov.si/medijsko_sredisce/novica/archive/2011/4/select/sporocilo_za_javnost/article/141/28707/ (23.02.2018).

⁵² Češka, Estonija, Madžarska, Latvija, Litva, Poljska, Slovaška in Slovenija.

⁵³ Allinger Bernadette, Austria: Updated law against wage and social dumping comes into force, URL: <https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/articles/austria-updated-law-against-wage-and-social-dumping-comes-into-force> (23.02.2018).

⁵⁴ Allinger Bernadette, Austrian labour market opens for new Member States, 7.7.2011, URL: <https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/articles/austrian-labour-market-opens-for-new-member-states> (23.12.2017)

Direktive 96/71 implementirala v okvir Zakona o usklajevanju delovnopравниh pogodb,⁵⁵ področje napotениh delavcev s strani agencij za začasno posredovanje delovne sile pa v okvir Zakona o posredovanju delovne sile.⁵⁶ Z zadnjo revizijo so bile vse določbe v interesu oblikovanja jasnejše strukture prenesene v okvir samostojnega zveznega zakona LSD-BG, ki se je pričel uporabljati s 1.1.2017.⁵⁷

Načelo enakega plačila za enako delo zahteva po spoštovanju pravic in pogojev za delo in zaposlitev v skladu z avstrijskimi predpisi ter številni nadzorni ukrepi za preverjanje spoštovanja teh pravil je v Avstriji veljalo že od leta 2011 na podlagi določil o preprečevanju plačilnega in socialnega dumpinga,⁵⁸ ki so bila urejena v sklopu zakona AVRAG.⁵⁹ Ureditev, ki izhaja iz LSD-BG, zato ne predstavlja čisto novega pristopa k ureditvi položaja napotениh delavcev v Avstrijo, kljub vsemu pa zakon uvaja nekatere novosti, vezane predvsem na kršitev pravil.

LSD-BG je bil sprejet s ciljem pospešitve in izboljšanja čezmejnega upravnega pregona kršitev zaradi česar so bile določene nove upravne kazni v povezavi s plačilnim dumpingom.⁶⁰ Kot izhaja iz predloga zakona, naj bi novi ukrepi in zahteve imeli splošni preventivni učinek na tuja in domača podjetja, da izpolnjujejo predpise o plačah v skladu z avstrijsko zakonodajo in zaposlenim izplačujejo pripadajočo plačo.⁶¹ LSD-BG naj bi torej zagotovil ustrezno pravno podlago za boj proti plačilnemu in socialnemu dumpingu s strani tujih podjetij ter s tem zaščitil tako pravice delavcev kot avstrijski trg dela.⁶²

V skladu z ustaljeno sodno prakso se praviloma ukrepi, ki omejujejo svobodo opravljanja storitev, ne morejo upravičiti z ekonomskimi cilji, kot je denimo cilj zaščite nacionalnih podjetij.⁶³ Vendar Sodišče EU meni, da namen zakonodajalca, ki se razbere iz političnih razprav pred sprejetjem zakona, ne more biti odločilen za presojo, ali država članica upravičeno omejuje prost pretok storitev ali ne. Nalogo, da preveri ali obstaja upravičen cilj, ima nacionalno sodišče.⁶⁴

⁵⁵ Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, AVRAG, BGBl, Nr. 459/1993.

⁵⁶ Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, AÜG, BGBl, Nr. 196/1988.

⁵⁷ Povzeto po: Ministerialentwurf, 2016, str. 3.

⁵⁸ Nem. Bestimmungen zur Bekämpfung von Lohn- und Socialdumping, LSDB-G.

⁵⁹ Glej denimo: Rihs, Schweinhammer, 2017, str. 55, ali Gerhartl Andreas, Anwendbares Arbeitsrecht bei Auslandsbezug und Eingriffsnormen am Beispiel des LSD-BG, RdW, 11/2016.

⁶⁰ Povzeto po: Ministerialentwurf, 2016, str. 4-5.

⁶¹ Povzeto po: Ministerialentwurf, 2016, str. 3.

⁶² Povzeto po: Schnitter Julia, Das Lohn- und Socialdumping-Bekämpfungsgesetz Die wichtigsten Neuerungen in überblick, Ecolex, 8/2016, str. 656.

⁶³ Glej denimo zadevo 352/85 Bond van Adverteerders and others proti Nizozemski, ECLI:EU:C:1988:196, tč. 34 in zadevo C-389/95 Syndesmos ton en Elladi Touristikon kai Taxidiotikon Grafeion proti Ypourgos Ergasias, ECLI: ECLI:EU:C:1997:282, tč. 23.

⁶⁴ Glej združene zadeve C-49, 50, 52, 54, 68 in 71/98, Finalarte Sociedade de Construção Civil Ldª, ECLI: ECLI:EU:C:2001:564, tč. 41-2.

Pravo EU pa državam članicam dopušča, da določene zahteve in ukrepe glede tujih ponudnikov storitev utemeljijo na neekonomskih razlogih, denimo zaščititi delavcev, zlasti napotениh delavcev.⁶⁵ Utemeljeni interesi so načeloma tudi tisti, ki so namenjeni ohranjanju dobrih odnosov na domačem trgu dela. Kljub vsemu je potrebno trditve držav članic, da so določila nacionalne zakonodaje utemeljena s cilji zaščite delavce, preučiti še posebej previdno, saj so določbe Direktive 96/71 v prvi vrsti namenjene zaščititi prostega pretoka storitev in ne zaščititi pravic delavcev.⁶⁶

2.2 Zakon o preprečevanju plačilnega in socialnega dumpinga

LSD-BG velja za delovna razmerja, ki temeljijo na pogodbi zasebnega prava, agencijske delavce, delavce, za katere se uporablja zakon o delu na domu, in napotene delavce.⁶⁷ Zakon je v določenem obsegu zajel tudi napotitve kmetijskih in gozdarskih delavcev.⁶⁸ Ocenjevalno merilo za presojo, ali gre v konkretnem primeru za delovno razmerje, čezmejne napotitev ali posredovanje delovne sile, je presoja dejanskih okoliščin in ne morebitna zunanja pojavnost oblika dejanskega stanja (torej morebitna drugačna opredelitev razmerja s strani strank).⁶⁹

LSD-BG napotениh delavcev za namene uporabe zakona ne opredeljuje, temveč se poslužuje negativnega pristopa in izrecno določa, v katerih primerih ne gre za napotitev.⁷⁰ Iz uporabe zakona so denimo izključene kratkotrajne napotitve omejenega obsega,⁷¹ napotitve delavcev znotraj koncernov v omejenem obsegu do dva meseca, če je namen napotitve usposabljanje ali izobraževanje,⁷² napotitve mobilnih delavcev ali članov osebja⁷³ ter dejavnosti v okviru mednarodnih izobraževalnih programov na univerzah.⁷⁴ Ker se delavci v teh primerih ne obravnavajo kot napoteni, zanje ni potrebno izpolnjevati formalnih zahtev, ki so predpisani z LSD-BG, prav tako delavci v teh primerih niso predmet kontrole povezane s plačo.⁷⁵

⁶⁵ Povzeto po: Barnard, 2012, str. 214.

⁶⁶ Povzeto po: Craig Paul, De Búrca Gráinne, EU law, text, cases, and materials, Oxford University Press, 2015, str. 835.

⁶⁷ Za osebno veljavnost glej 1. odstavek 1. člena LSD-BG.

⁶⁸ Glej 3. odstavek 1. člena LSD-BG: 3. člen (pravica do minimalne plače) in 6. člen (določila za čezmejno posredovanje delovne sile) sta uporabna le, če se navezujeta na napotitev kmetijskih in gozdarskih delavcev.

⁶⁹ Glej 2. člen LSD-BG.

⁷⁰ Povzeto po: Kühtheubl Stefan, Waidmann Teresa, Aller guten Dinge sind drei? Das (wieder) neue Lohn- und Socialdumping Bekämpfungsgesetz, Zeitschrift für Arbeits und Socialrecht, 2016/53, str. 321.

⁷¹ Izjeme so navedene v 5. odstavku 1. člena LSD-BG. Pri kratkotrajnih napotitvah gre predvsem za primere, v katerih se delavci sicer nahajajo na ozemlju Avstrije, vendar tam ne opravljajo kakšne ekonomske aktivnosti (poslovni sestanki, udeležba na sejnih, izobraževanja, udeležba na kulturnih prireditvah ipd.).

⁷² Glej 6. odstavek 1. člena LSD-BG: v tem primeru napotitve ne smejo presežati dveh mesecev v koledarskem letu.

⁷³ Glej 7. točko 5. odstavka 1. člena LSD-BG: Področje transporta je izključeno samo v primeru, da se delo opravlja v okviru tranzitnega prometa in je kraj opravljanja dela zunaj Avstrije.

⁷⁴ Glej 9. točko 5. odstavka 1. člena LSD-BG.

⁷⁵ Povzeto po: Ministerialentwurf, 2016, str. 3.

V nekoliko omejenem obsegu se določbe uporabljajo za primere montaže, zagona in servisa določenih naprav s strani tujih ponudnikov storitev. Montažni privilegij pa ne velja za področje gradbeništva, kjer se določila o pogojih za delo in zaposlitev uporabljajo od prvega dne dela v Avstriji.⁷⁶

Analiza ureditve osebne veljavnosti LSD-BG izkazuje, da podlaga za opredelitev področja uporabe zakona izhaja iz Direktive 96/71, ki določa, da se direktiva uporablja za podjetja s sedežem v kateri od držav članic, ki v okviru čezmejnega opravljanja storitev napotijo svoje zaposlene na ozemlje druge države članice.⁷⁷ Napotitev se lahko izvede v kateri izmed naslednjih oblik: (a) napotitev na podlagi sklenjene pogodbe z naročnikom; (b) napotitev znotraj povezanih podjetij; (c) napotitev delavcev s strani agencij za začasno posredovanje delovne sile na ozemlje druge države članice.⁷⁸ Direktiva opredeljuje pravico do drugačnega pristopa v primeru montaže (ni potrebno upoštevati predpisov države gostiteljice glede pravice do letnega dopusta in minimalne plače) in prav tako iz privilegija montaže izvzema področje gradbeništva.⁷⁹

Iz področja uporabe LSD-BG so v večji meri izvzeti primeri, v katerih se delavci sicer nahajajo na ozemlju Avstrije, vendar v tem času tam ne opravljajo ekonomskih dejavnosti. Navedena ureditev je smiselna. Ker se napoteni delavci znotraj EU gibljejo na podlagi določil PDEU o prostem pretoku storitev in je ena izmed podlag za uporabo določb PDEU o prostem opravljanju storitev prav gospodarska narava storitev,⁸⁰ je jasno, da ne moremo delavcev obravnavati kot napotenih v primeru, da v državi članici gostiteljici ne opravljajo ekonomskih dejavnosti. Prav tako Direktiva 96/71 določa, da lahko države članice predvidijo, da je mogoče odstopanje od uporabe pravil o napotenih delavcih, če je obseg dela, ki ga je potrebno opraviti, zanemarljiv, vendar morajo opredeliti merila, ki jih mora izpolnjevati delo, da ga je mogoče šteti za zanemarljivo.⁸¹

Čeprav LSD-BG iz področja uporabe izrecno izključuje zgolj mobilne delavce na področju transporta in čezmejno izvajanje storitev pomorščakov, pa velja izpostaviti, da v okvir njegove uporabe prav tako ne morejo biti zajeti ostali mobilni delavci, ki običajno opravljajo delo v več

⁷⁶ Montažni privilegij opredeljuje 5. odstavek 3. člena LSD-BG, kjer je določen obseg del, ki so zajeta v okvir montažnega privilegija. V teh primerih delavcem ni potrebno zagotavljati plače po avstrijski zakonodaji. 6. odst. 3. člena LSD-BG nadalje določa, da je na področju gradbeništva napotenim delavcem zagotavljati minimalno plačilo in morebitna druga plačila, ki izhajajo iz kolektivne pogodbe, od prvega dne zaposlitve v Avstriji.

⁷⁷ Glej: člen 1(1) Direktive 96/71.

⁷⁸ Glej: člen 1(3) Direktive 96/71.

⁷⁹ Glej člen 3(2) Direktive 96/71, kjer je določeno, da se določila o minimalnem plačanem letnem dopustu in minimalni urni postavki ne uporabljajo v primerih montaže in/ali prve vgradnje, če je ta sestavni del pogodbe o dobavi blaga in je nujna za to, da se dobavljeno blago pripravi za uporabo (...), vendar samo v primeru, če napotitev ne traja več kot osem dni.

⁸⁰ "Odločilni dejavnik za to, da je dejavnost zajeta na področju uporabe določb Pogodbe o svobodi opravljanja storitev, je njen gospodarski značaj: dejavnost se namreč ne sme opravljati brez protidajatve. Vendar glede tega ni nujno, da tisti, ki opravlja storitev, sledi cilju ustvarjanja dobička." Tako denimo Sodišče EU v zadevi C-281/06, Hans-Dieter Jundt in Hedwig Jundt proti Finanzamt Offenbur, ECLI:EU:C:2007:816, tč. 32, 33.

⁸¹ Glej člen 3(5) Direktive 96/71.

državah članicah. Ureditev iz Direktive 96/71 se namreč ne uporablja za delavce, katerih narava dela v tujini ni zgolj začasna, temveč delo običajno opravljajo v več državah članicah (denimo v primeru montaž, servisov ipd.).⁸²

Podlaga za razlikovanje med napotnimi in mobilnimi ali multinacionalnimi delavci izhaja iz pravil EU o koordinaciji sistemov socialne varnosti. Slednjo ureja Uredba 883/2004/ES,⁸³ ki skupaj z Izvedbeno uredbo 987/2009⁸⁴ posodoblja koordinacijo sistemov socialne varnosti.

Uredbi določata, da za delavce ki se gibljejo znotraj EU, velja zakonodaja o socialni varnosti ene same države članice, načeloma tiste, v kateri opravljajo delo (*lex loci laboris*). Če se delavec zaradi dela preseli v drugo državo, se zanj uporabi sistem socialne varnosti te nove države. Za vse druge osebe se uporablja zakonodaja države članice stalnega prebivališča (*lex domicilii*). Obstajajo pa izjeme od tega splošnega pravila, ki za določitev zakonodaje socialne varnosti ne upoštevajo merila kraja zaposlitve zaposlenega.⁸⁵ Takšno izjemo predstavljajo napoteni delavci v smislu člena 12 Uredbe 883/2004 in mobilni delavci v smislu člena 13 Uredbe 883/2004.⁸⁶

Ker LSD-BG predstavlja implementacijo Direktive 96/71, lahko ureja samo položaj delavcev, ki se znotraj EU gibljejo kot napoteni delavci na podlagi člena 12 Uredbe 883/2004, ne pa tudi položaja mobilnih delavcev v smislu člena 13 Uredbe 883/2004. Posledično je mogoče zaključiti, da so iz področja uporabe LSD-BG poleg primerov, ki jih izrecno našteva, izključeni tudi primeri delavcev, ki v Avstriji opravljajo dejavnost (ne samo transportno dejavnost) na podlagi člena 13 Uredbe 883/2004.

⁸² Tako denimo: Hojnik Janja, Pravni status multinacionalnih delavcev v EU, Pravna praksa, 39-40, 2017, str. 13.

⁸³ Uredba (ES) št. 883/2004 Evropskega Parlamenta in Sveta z dne 29. aprila 2004 o koordinaciji sistemov socialne varnosti, UL L 200, 7.6.2004, str. 1-49.

⁸⁴ Uredba (ES) št. 987/2009 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 16. septembra 2009 o določitvi podrobnih pravil za izvajanje Uredbe (ES) št. 883/2004 o koordinaciji sistemov socialne varnosti, UL L 284, 30.10.2009, str. 1-42.

⁸⁵ Povzeto po: Evropska Komisija, Praktični vodnik o zakonodaji, ki se uporablja v Evropski uniji (EU), Evropskem gospodarskem prostoru (EGP) in Švici, 2013, str. 5.

⁸⁶ Natančneje glede pravnega statusa multinacionalnih delavcev glej: Hojnik, 2017, str. 13.

3 PRAVICE NAPOTENIH DELAVCEV

3.1 Pravo, ki se uporabi za napotene delavce

Kolizijska pravila za določitev materialnega prava, po katerem je treba presojeti delovnopravna razmerja s čezmejnimi elementom, ureja Uredba 593/2008 o pravu, ki se uporablja za pogodbeno obligacijska razmerja.⁸⁷ Ker je delavec v delovnem razmerju šibkejša stranka, ga je potrebno zavarovati z določbami o pristojnosti ter z določbami o uporabi materialnega prava, ki so zanj ugodnejša kot splošna pravila.⁸⁸ Kolizijsko pravilo za določitev merodajnega prava za individualne pogodbe o zaposlitvi je urejeno v členu 8 Uredbe Rim I.

Temeljno načelo, ki izhaja iz Uredbe Rim I, je načelo avtonomije strank, ki velja tudi za pogodbe o zaposlitvi. Za presojo delovnega razmerja se torej praviloma uporabi pravo, ki ga izbereta delodajalec in delavec. Da pa ne bi prišlo do krišitev pravic delavcev, Uredba Rim I varuje delavca z dodatkom, da izbira prava delavca ne sme prikrajšati za zaščito, ki mu jo zagotavljajo določbe, od katerih ni dovoljeno odstopati z dogovorom, po pravu, ki bi se uporabilo, če pogodbeni stranki prava ne bi izbrali.⁸⁹ Za delavca bodo torej ne glede na pravo, ki sta ga stranki izbrali, veljale kogentne določbe delovnopravne zakonodaje prava države, ki bi se sicer uporabilo za presojo delovnega razmerja.⁹⁰

Če stranki prava ne izbereta, se uporabi pravo države, v kateri delavec običajno opravlja svoje delo (*lex loci laboris*). Za primer napotnih delavcev je določena izjema od tega splošnega pravila. Če namreč delavec začasno opravlja delo tudi v drugi državi članici, se ne šteje, da se je država in s tem veljavno pravo spremenilo.⁹¹ To pomeni, da se za delovno razmerje napotnega delavca še vedno uporablja pravo druge države, praviloma pravo države sedeža delodajalca. Ker pa je potrebno zagotoviti lojalno konkurenco do drugih ponudnikov storitev v državi gostiteljici, to ne velja absolutno. Pravo, ki se uporablja za delovno razmerje napotnega delavca, se mora umakniti uporabi prisilnih norm, ki izhajajo iz prava države, kamor je delavec napoten.⁹²

Četudi je Sodišče EU v zadevi *Rush Portuguesa* državam članicam dalo možnost (ne pa tudi obveze), da razširijo vso delovnopravno zakonodajo na vse zaposlene, ki se nahajajo na njenem ozemlju, se je kasneje od tega pristopa nekoliko odmaknilo. Načelo enake obravnave med napotnimi in domačimi delavci se kasneje ni uresničilo. Leta 1980 so namreč države članice

⁸⁷ Uredba (ES) št. 593/2008 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 17. junija 2008 o pravu, ki se uporablja za pogodbeno obligacijska razmerja (Rim I), UL L 177, 4.7.2008, str.6-16, v nadaljevanju Uredba Rim I.

⁸⁸ Povzeto po: Galič Aleš, Kolizijskopravna pravila v delovnih sporih, Delavci in delodajalci, 2-3, 2013, str. 302-3.

⁸⁹ Člen 8(1) Uredbe Rim I.

⁹⁰ Povzeto po: Galič, 2013, str. 306.

⁹¹ Člen 8(1) Uredbe Rim I.

⁹² Povzeto po: Hojnik, Knez, 2015, str. 207-8.

podpisale Konvencijo o pravu, ki se uporablja za pogodbene obveznosti,⁹³ predhodnico Uredbe Rim I, ki je kot uredba določala izjemo pri spremembi veljavnega prava za napotene delavce. Leta 1996 pa je bila po šestih letih intenzivnih političnih razprav sprejeta Direktiva 96/71, ki je določila, v kakšnem obsegu se lahko za napotene delavce uporablja zakonodaja države gostiteljice⁹⁴

Napoteni delavci so tako v skladu z Direktivo 96/71 ne glede na pravo, ki se sicer uporablja za njihovo delovno razmerje, upravičeni do pogojev dela in zaposlitve države gostiteljice, ki se nanašajo na: (a) maksimalni delovni čas in minimalni počitek; (b) minimalni plačani letni dopust; (c) minimalne urne postavke, tudi za nadurno delo; (d) pogoje za posredovanje dela delavcev; (e) zdravje, varnost in higiena pri delu; (f) varnostni ukrepi glede pogojev za delo in zaposlitev za noseče ženske ali ženske, ki so pred kratkim rodile, za otroke in mlade; (g) enako obravnavanje moških in ženskih in druge določbe o nediskriminiranju.⁹⁵

Ker Direktiva 96/71 ni uskladila materialne vsebine prisilnih predpisov minimalne zaščite, lahko države članice ob upoštevanju določb PDEU in splošnih načel prava EU, to vsebino prosto opredelijo.⁹⁶ Vsebina pravil mora biti praviloma urejena v okviru zakona ali drugega prisilnega predpisa, v primeru gradbenih storitev pa se lahko navedena pravila urejajo tudi v okviru kolektivnih pogodb.⁹⁷

Iz podlage glede pogojev za delo in zaposlitev za čas napotitve iz Direktive 96/71 izhajajo tudi LSD-BG, ki določa, da ima napoteni delavec, ne glede na to, katero pravo se sicer uporablja za njegovo delovno razmerje, za čas napotitve pravico do minimalne plače, letnega dopusta in maksimalnega delovnega časa ter počitkov v skladu z avstrijsko zakonodajo.⁹⁸

3.1.1 Ureditev vsebine pravic v kolektivnih pogodbah

V avstrijski pravni ureditvi se veliko pravic in obveznosti, ki izhajajo iz delovnih razmerij, ureja v okviru kolektivnih pogodb, ki se sklepajo po posameznih strokah. Ker se lahko pogodbe o zaposlitvi v Avstriji sklenejo ustno, se za natančnejšo ureditev delovnega razmerja stranke uporabljajo določila ustrezne kolektivne pogodbe. Posledično imajo kolektivne pogodbe v Avstriji enak učinek kot zakoni, določbe kolektivne pogodbe neposredno zavezujejo stranke pogodbe. Najpomembnejša vsebina, ki se ureja v kolektivnih pogodbah, je plačilo za delo,

⁹³ Konvencija o uporabi prava v pogodbenih obligacijskih razmerjih, na voljo za podpis 19. Junija 1980 v Rimu, UL L 169, 8.7.2015, str. 10-22.

⁹⁴ Poveto po: Houwerzijl Mijke, European Union law and Dutch labour law: The employment protection of posted temporary services workers, VIII World congress of labour and security law, Paris, 2006, str. 4-5, URL: <http://isssl.org/wp-content/uploads/2013/01/NetherlandsEnglish-Houwerzijl.pdf> (27.02.2018) in Barnard, 2012, str. 215.

⁹⁵ Člen 3(1) Direktive 96/71.

⁹⁶ Tako v zadevi C-341/05, Laval, cit. v op. št. 19, tč. 60.

⁹⁷ Glej: Barnard, 2012, str. 221.

⁹⁸ Delovnopravne pravice za čas napotitve so določene v 1. podpoglavju 2. poglavja LSD-BG.

zajeta pa so tudi druga področja, kot denimo dovoljen delovni čas, pravica do letnega dopusta, odpovedni roki, povračila stroškov ipd.⁹⁹

Kolektivne pogodbe se sklepajo po gospodarskih panogah, večina za ozemlje celotne Avstrije, nekatere za posamezne zvezne dežele. Sklenejo se na podlagi pogajanj med avstrijskimi gospodarskimi zbornicami na strani delodajalcev in sindikati na strani delavcev. Zaradi obveznega članstva delodajalcev v zbornicah skoraj vsako podjetje zavezuje kolektivna pogodba. Posledično kolektivne pogodbe zavzemajo vse zaposlene pri delodajalcih, ne glede na to, ali so delavci člani podpisnikov ali ne.¹⁰⁰

Z namenom zaščite delavca kot šibkeje stranke v delovnem razmerju je delodajalec po sklenitvi delovnega razmerja zavezan, da delavca obvesti o bistvenih pogojih, pravicah in obveznostih, ki izhajajo iz delovnega razmerja. V ta namen mora delodajalec v Avstriji delavcu izdati t.i. delovni karton,¹⁰¹ ki vsebuje vse relevantne podatke v zvezi z delovnim razmerjem, tudi navedbo kolektivne pogodbe, ki se uporablja za delavca in višino plačila za delo.¹⁰² Obveznost držav članic, da sprejmejo ustrezne predpise, s katerimi zavežejo delodajalce, da zaposlene obvestijo o pogojih, ki se nanašajo na delovno razmerje, izhaja iz Direktive 91/533/EGS o obveznosti delodajalca, da zaposlene obvesti o pogojih, ki se nanašajo na pogodbo o zaposlitvi ali delovno razmerje.¹⁰³ Pisni dokument z navedbo vseh relevantnih podatkih v zvezi z zaposlitvijo je pomemben tudi v primeru napotitev, saj nadzornemu organu omogoča prvi vpogled v ureditev pravic in pogojev napotени delavcev in prvo oceno, ali so pravila spoštovana ali ne.

Ker v Avstriji ni enotnega zakona, ki bi urejal celotno področje individualnega delovnega prava in zaradi prevladujočega urejanja bistvenih vsebin v kolektivnih pogodbah, se tudi večina vsebine pogojev za delo in zaposlitev napotени delavcev ureja s kolektivni pogodbami, ne glede na dejavnost, ki jo napoteni delavci opravljajo.

Da se določene vsebine kolektivnih pogodb uporabljajo za vse napotene delavce, neodvisno od dejavnosti, ki jo ti opravljajo, izkazuje jezikovna razlaga 3. odstavka 3. člena LSD-BG v povezavi s 6. odstavkom 3. člena LSD-BG, ki se nanaša na plačilo za delo napotени delavcev. 3. odstavek 3. člena LSD-BG določa, da je v Avstrijo napoten delavec upravičen do plačila za delo po avstrijskih predpisih, 6. odstavek pa v tem kontekstu nadaljuje, da za zaposlene na področju gradbeništva slednje velja od prvega dne zaposlitve v Avstriji.¹⁰⁴ Na podlagi

⁹⁹ Povzeto po: Löschingg Günther, Arbeitsrecht, 12.Auflage, OGB Verlag, 2015, str. 77, 105, 94, 126 in Risak E. Martin, Labour law in Austria, Kuwer law international, 2010. str. 41 in 103.

¹⁰⁰ Collective bargaining, Austria, URL: <https://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Countries/Austria/Collective-Bargaining> (05.02.2018).

¹⁰¹ Nem. Dienstzettel.

¹⁰² Glej denimo: Löschingg, 2015, str. 256-8 in Gerhartl Andreas, Der Dienstzettel, ARD, 4/2017, str. 4-5

¹⁰³ Direktiva Sveta z dne 14. oktobra 1991 o obveznosti delodajalca, da zaposlene obvesti o pogojih, ki se nanašajo na pogodbo o zaposlitvi ali delovno razmerje 91/533/EGS, U L 288, 18.10.1991, str. 32 – 35.

¹⁰⁴ Podobno tudi 5. člen LSD-BG, ki ureja pravico delavcev do upoštevanja delovnega časa in prostih dni po kolektivni pogodbi.

navedenega lahko sklenemo, da se je z LSD-BG razširila uporaba kolektivnih pogodb glede določitve vsebine pravic in pogojev za delo in zaposlitev na vse delavce, ki so napoteni na ozemlje Avstrije.

Za razliko od LSD-BG, Direktiva 96/71 praviloma dovoljuje urejanje materialne vsebine pravic napotениh delavcev v kolektivnih pogodbah, če gre za katero izmed gradbenih dejavnosti, ki so navedene v Prilogi Direktive¹⁰⁵ in je kolektivna pogodba razglašena za splošno veljavno.¹⁰⁶

Države članice lahko razširijo uporabo kolektivnih pogodb tudi na druge dejavnosti, če zagotovijo enako obravnavo med domačimi in tujimi podjetji.¹⁰⁷ Če države članice poznajo sistem razglasitve kolektivnih pogodb za splošno veljavne, se bo lahko za napotene delavce uporabila zadevna kolektivna pogodba zgolj v primeru, da bo razglašena za splošno veljavno, kar pomeni, da jo morajo spoštovati vsa podjetja na zadevnem geografskem območju in poklicu ali panogi.¹⁰⁸

Če države članice ne poznajo sistema razglasitve kolektivnih pogodb za splošno veljavne, lahko izhajajo iz kolektivnih pogodb, ki imajo splošen učinek za vsa podobna podjetja na zadevnem geografskem območju in poklicu ali panogi ali iz kolektivnih pogodb, ki so sklenjene med najbolj reprezentativnimi organizacijami delodajalcev in delavcev na nacionalni ravni.¹⁰⁹

Kakšne posledice lahko imajo različni sistemi veljavnosti kolektivnih pogodb na napotene delavce, se je izkazalo v zadevi *Rüffert*.¹¹⁰ Podjetje s sedežem na Poljskem je izvajalo gradbena dela pri izgradnji zapora v Nemčiji. Gradnja se je izvedla na podlagi javnega razpisa, pogodba o naročilu pa je vsebovala zavezo spoštovanja kolektivnih pogodb, natančneje zavezo, da morajo na gradbišču zaposleni delavci prejemati najmanj takšno plačo, ki izhaja iz kolektivne pogodbe za gradnjo in javna dela. Ob nadzoru se je ugotovilo, da poljski delavci prejemajo zgolj 46,57 odstotkov predpisane minimalne plače.¹¹¹ Zastavilo se je vprašanje, ali je bilo poljsko podjetje zavezano k spoštovanju zadevne kolektivne pogodbe, kajti zadevna kolektivna pogodba ni bila razglašena za splošno veljavno, v Nemčiji pa je bil uveljavljen sistem za razglasitev kolektivnih pogodb za splošno veljavne. Naročnik storitve, ki je zaradi domnevne kršitve odpovedal naročilo, je zatrjeval, da je potrebno kljub temu, da kolektivna pogodba ni razglašena za splošno veljavno, šteti kolektivno pogodbo za splošno veljavno v smislu drugega pododstavka člena 3(8) Direktive 96/71.¹¹² Sodišče EU je odločilo, da se navedeno določilo ne more uporabiti, ker je namenjeno le državam članicam, ki ne poznajo sistema razglasitve

¹⁰⁵ Denimo: izkopi, zemeljska dela, gradnja v ožjem pomenu besede, montaža in demontaža montažnih elementov, napeljave in instalacije ipd.

¹⁰⁶ 2. alineja člena 3(1) Direktive 96/71.

¹⁰⁷ Glej 2. odstavek člena 3(1) Direktive 96/71.

¹⁰⁸ 1. pododstavek člena 3(8) Direktive 96/71.

¹⁰⁹ Glej 2. pododstavek člena 3(8) Direktive 96/71.

¹¹⁰ Zadeva C-346/06 *Rüffert*, cit. v op. št. 20.

¹¹¹ Povzeto po: Barnard, 2012, str. 225 in zadeva *Rüffert*, tč. 10-11.

¹¹² Glej: zadeva Zadeva C-346/06, *Rüffert*, cit. v op. št. 20, tč. 26.

kolektivnih pogodb za splošno veljavne. Ker kolektivna pogodba ni bila razglašena za splošno veljavno, delodajalec ni bil zavezan k izplačilu minimalne plače v višini, kot je predvidevala pogodba.¹¹³

V Avstrijski pravni teoriji nekateri avtorji zastopajo stališče, da so v Avstriji vse kolektivne pogodbe, ki so sklenjene s pomočjo zastopnika na strani delodajalca splošno veljavne, saj so zaradi obveznega članstva v eni izmed gospodarskih zbornic vsi avstrijski delodajalci tako ali drugače zavezani k uporabi kolektivnih pogodb, zato ni zadržkov, da uporabe kolektivnih pogodb ne bi smeli razširiti na napotene delavce v smislu Direktive 96/71.¹¹⁴ Če pa gre za kolektivne pogodbe, ki temeljijo na podlagi prostovoljnega pristopa delodajalcev, pa je zastopano večinsko stališče, da takšne kolektivne pogodbe ne morejo imeti splošno zavezujočega učinka in se posledično ne morejo razširiti na napotene delavce.¹¹⁵

Ob upoštevanju večinskega stališča, da Avstrija pozna sistem razglasitve kolektivnih pogodb za splošno veljavne, lahko zaključim, da lahko razširi uporabo kolektivnih pogodb tudi na napotene delavce, ne glede na dejavnost, ki jo opravljajo, saj Direktiva 96/71 ne nasprotuje razširitvi uporabe kolektivnih pogodb za napotene delavce tudi ostale na dejavnosti, ki ne predstavlja eno izmed gradbenih dejavnosti, ki so našteje v prilogi direktive, pod pogojem, da je kolektivna pogodba razglašena za splošno veljavno in da je zagotovljena enaka uporaba za domača in tuja podjetja.

3.2 Plačilo napotene delavca

Pravica do plačila za delo je ena izmed temeljnih pravic, ki izhajajo iz delovnega razmerja in je za delavce velikega pomena. Direktiva 96/71 tuje ponudnike storitev zavezuje, da napotnim delavcem za čas napotitve zagotovijo minimalne urne postavke v višini, kot izhaja iz zakonodaje države gostiteljice. Koncept minimalnih urnih postavk napotnih delavcev je torej opredeljen z nacionalno zakonodajo in/ali prakso države članice, na katere ozemlje je delavec napoten. Navedena določba preprečuje, da bi podjetja s sedežem v drugih državah članicah glede teh zadev, s tem ko bi uporabila za svoje delavce pogoje za delo in zaposlitev, ki veljajo v matični državi članici, v okviru čezmejnega opravljanja storitev izvajala nelojalno konkurenco nasproti podjetjem države članice gostiteljice, če je raven socialnega varstva višja v tej zadnji državi članici.¹¹⁶ Ker Direktiva ne skuša doseči usklajevanja sistemov določitve pogojev za delo in zaposlitev v državah članicah, lahko države na nacionalni ravni prosto

¹¹³ *Ibidem*, tč. 30.

¹¹⁴ Bauer Corina, Maßnahmen zur Bekämpfung des Lohn- und Sozialdumpings unter Einbeziehung der aktuellen LSDB-G Novelle 2014, Diplomarbeit, 2014, str. 51, cit. po: Holzer Wolfgang, Friedrich Michael, Die Auslegung von § 7 AVRAG aus europarechtlicher Sicht. Kollektivvertragliche Pensionsregelung als kollektivvertragliches Entgelt im Sinne des § 7 AVRAG?, ASoK 2002.

¹¹⁵ Povzeto po: Bauer, 2014, cit. po: Felten Elias, Maßnahmen zur Einhaltung der Mindestlohnbedingungen nach dem neuen Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, 2011.

¹¹⁶ Tako Sodišče EU v zadevi C-341/05, Laval, cit. v op. št. 19, tč. 75.

izberejo sistem, ki ni izrecno naveden med sistemi, določenimi v direktivi, če ta sistem ne ovira opravljanja storitev med državami članicami.¹¹⁷

V EU prevladujeta dva sistema določitve minimalnega plačila za delo, in sicer določitev v okviru zakona ali v okviru kolektivne pogodbe.¹¹⁸ Slednji sistem, torej sistem določitve minimalnega plačila za delo v okviru kolektivne pogodbe, je značilen tudi za Avstrijo. Plače, določene v kolektivnih pogodbah, predstavljajo minimalne plače, kar pomeni, da se lahko delodajalec in delavec dogovorita tudi za višje, ne pa tudi nižje plačilo od plačila, ki izhaja iz kolektivne pogodbe.¹¹⁹ Višina minimalnega plačila za delo je odvisna od razvrstitve v ustrezni tarifni razred v kolektivni pogodbi, ki se opravi na podlagi različnih kriterijev, kot so denimo izobrazba, delovna doba, izkušnje ipd.¹²⁰

Da lahko države članice določijo minimalno plačo napotnih delavcev na podlagi urne postavke, ki temelji na uvrstitvi delavcev v plačilne razrede, kot je določeno v upoštevni kolektivni pogodbi države članice gostiteljice, je Sodišče EU potrdilo v novejši zadevi *Sähköalojen*.¹²¹

3.2.1 Plačilo za delo v avstrijski pravni ureditvi

Avstrijska delovnopravna ureditev ne vsebuje splošne definicije plačila za delo, vendar iz sodne prakse in teorije izhaja, da plačilo (*Entgelt*) zajema vsa plačila, ki jih zaposleni prejmejo v zameno za opravljeno delo. *Entgelt* je širši izraz, s katerim se označuje celotno plačilo za delo, do katerega je delavec upravičen.

Osnovna plača (v primeru uslužbencev poimenovana *Gehalt* in v primeru delavcev poimenovana *Lohn*)¹²² je pogosto povečana za druge redne ali izredne dajatve, ki so odvisne od dejanske izpolnitve pogojev. Osnovni plači se lahko dodajo različne nagrade (*Prämien*, v Sloveniji del plače za delovno uspešnost), dodatna plačila (*Züschlag*) in dodatki (*Zulage*). Dodatki in dodatna plačila so urejeni v kolektivnih pogodbah in se določijo denimo za posebne pogoje dela, ki izhajajo iz razporeditve delovnega časa (nadurno delo, nočno delo, delo v nedeljo in na praznike), zaradi posebnih obremenitev pri delu ali neugodnih vplivov okolja

¹¹⁷ *Ibidem*, tč. 68.

¹¹⁸ Povzeto po: Lhernould Jean-Philippe, Coucheir Michael, Fisker Sandra, G. Madsen Peter, Voss Eckhard, Study on wage setting systems and minimum rates of pay applicable to posted workers in accordance with Directive 96/71/EC in a selected number of Member States and sectors, European Commission, 2016, str. 14, v nadaljevanju: Study on wage systems.

¹¹⁹ Povzeto po: Risak, 2010, str. 103.

¹²⁰ Entgelt und Entgeltbestandteile, URL: https://www.wko.at/service/arbeitsrecht-sozialrecht/Entgelt_und_Entgeltbestandteile.html (17.02.2018).

¹²¹ Zadeva C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto* proti *Elektrobudowa Spółka Akcyjna*, ECLI: EU:C:2015:86, tč. 45.

¹²² Zaposleni se v Avstriji razvrščajo v dve glavni skupini: delavci (*Arbeiter*, blue collar workers) in uslužbenci (*Angestellte*, white collar workers). Kolektivne pogodbe se sklepajo ločeno za vsako kategorijo zaposlenih. Glej: Löschigg, 2015, str. 180-193.

(dodatek za težko delo, dodatek za delo v hrupu, dodatek za delo na višini ipd.). Kolektivne pogodbe lahko urejajo tudi druga plačila (*Sonderezahlungen*) tj. božičnica (13. plača) in regres (14. plača).¹²³ Delavec ima pravico do izplačila navedenih elementov, če to določa kolektivna pogodba in so izpolnjeni pogoji za izplačilo. Za razliko od slovenske ureditve, ki določa obveznost delodajalca, da povrne delavcu vse stroške povezane z delom (predvsem stroške malice in prevoza na in iz dela),¹²⁴ pa v Avstriji delavec nima z zakonom določene pravice do povračila stroškov v zvezi z delom.¹²⁵

Plačilo za delo je lahko v kolektivnih pogodbah določeno bodisi v določenem znesku za koledarsko obdobje (praviloma mesec), upošteva povprečno število delovnih ur, ali pa je določena minimalna urna postavka, ki jo je potrebno izplačati glede na tarifni razred. Poleg minimalne urne postavke pa je potrebno delavcu izplačati še ostale sestavine rednega plačila za delo, ki izhajajo iz kolektivne pogodbe, denimo dodatke in nagrade.¹²⁶

3.2.2 Plačilo delavcev napotenih v Avstrijo

3. odstavek 3. člena LSD-BG določa, da ima od delodajalca s sedežem v državi članici EU, državi Evropskega gospodarskega prostora ali tretji državi v Avstrijo napoten delavec, ne glede na pravo, ki se uporabi za delovno razmerje, pravico do plače, ki je določena bodisi v zakonu, uredbi ali kolektivni pogodbi, in sicer v višini, kot pripada primerljivim delavcem primerljivih delodajalcev.¹²⁷ Če so v teh aktih predvidena posebna izplačila, jih mora delodajalec napotenemu delavcu izplačati, in sicer v sorazmernem delu za tekoče plačilno obdobje.¹²⁸ Če napoteni delavci opravljajo gradbena dela, velja navedeno od prvega dne zaposlitve v Avstriji.¹²⁹

Določilo LSD-BG, da pripada napotenim delavcem plačilo za delo v višini, kot pripada primerljivim delavcem primerljivih delodajalcev, nedvomno pomeni, da napoteni delavci niso upravičeni samo, kot se zmotno domneva v praksi, do minimalne urne postavke in morebitnega plačila za nadurno delo po avstrijski zakonodaji, temveč jim pripadajo vsi elementi plačila za delo, ki izhajajo iz kolektivne pogodbe. LSD-BG prav tako izrecno določa, da napotenim delavcem pripadajo tudi posebna izplačila, tj. regres in božičnica po avstrijski zakonodaji, in sicer v sorazmernem delu za vsak mesec dela. Na tem mestu je zakonodajalec ubral strožji pristop in določil splošno obveznost delodajalcev, da za čas napotitve na ozemlje Avstrije

¹²³ Povzeto po: Löschnigg, 2015, str. 340.

¹²⁴ Glej: 130. člen Zakona o delovnih razmerjih (ZDR-1), Uradni list RS, št. 21/13, s spremembami in dopolnitvami, v nadaljevanju ZDR-1: "Delodajalec mora delavcu zagotoviti povračilo stroškov za prehrano med delom, za prevoz na delo in z dela ter povračilo stroškov, ki jih ima pri opravljanju določenih del in nalog na službenem potovanju."

¹²⁵ Glej: Löschnigg, 2015, str. 328.

¹²⁶ *Ibidem*, str. 334.

¹²⁷ 3. odstavek 3. člena LSD-BG.

¹²⁸ 4. odstavek 3. člena LSD-BG.

¹²⁹ Gradbena dela so denimo dela, ki služijo postavitvi, popravilu, vzdrževanju, adaptaciji ali rušenju zgradb, še posebej izkopi, zemeljska dela ipd. Glej 6. odstavek 3. člena LSD-BG.

napotenim delavcem za opravljeno delo zagotovijo enako plačilo, kot bi ga prejeli lokalni delavci (načelo enakega plačila za enako delo).

Načelo enakega plačila za enako delo iz trenutne ureditve Direktive 96/71 ne izhaja, saj člen 3 Direktive 96/71 določa zgolj, da je potrebno napotenim delavcev zagotoviti minimalno plačo države gostiteljice, v plačilo pa niso vključeni ostali dodatki, do katerih so upravičeni lokalni delavci (denimo božičnica, dodatki za delovno dobo in ostali dodatki). Vendar je Komisija marca leta 2016 predstavila Predlog revizije Direktive 96/71,¹³⁰ katere glavni element se nanaša na spremembo plačila napotenih delavcev. Določilo Direktive 96/71, ki določa, da so napoteni delavci upravičeni do minimalne urne postavke države gostiteljice, v Predlogu nadomešča s sklicevanjem na *plačilo za delo*, s čimer bi se v Direktivi 96/71 uvedlo načelo enakega plačila za enako delo.¹³¹ Posledično se sprememba nanaša tudi na uporabo kolektivnih pogodb za napotene delavcev v vseh sektorjih (ne samo v gradbenem, kot je načeloma predvideno sedaj). Pravila za določitev plačila za delo, ki se uporabljajo za lokalne delavce in so določena v pravu ali splošno uporabnih kolektivnih pogodbah, se bodo glede na Predlog uporabljale za vse napotene delavce, ne glede na delo, ki ga bodo opravljali.¹³²

Spremembe Direktive 96/71 za Avstrijo ne bodo imele posebnega pomena, saj je Avstrija že z LSD-BG uvedla načelo enakega plačila za enako delo in že sedaj predvideva izplačilo posebnih dodatkov in bonusov na področju vseh dejavnosti.

Veliko težav v zvezi z zagotavljanjem plačila za delo je administrativne narave.¹³³ Da ne pride do plačilnega in socialnega dumpinga, morajo tuji ponudniki storitev, ki napotijo delavce v Avstrijo, najprej izbrati pravo kolektivno pogodbo. Slednje ni enostavno, saj je v Avstriji veljavnih več kot 450 kolektivnih pogodb.¹³⁴ Vse kolektivne pogodbe niso sklenjene za ozemlje celotne Avstrije, temveč je veljavnost nekaterih omejena na posamezno zvezno deželo. Podjetjem lahko iskanje prave kolektivne pogodbe čezmejno izvajanje storitev administrativno oteži, saj morajo v izogib visokim globam zaradi prenizko izplačane plače in ostalih elementov ne samo izbrati ustrezno kolektivno pogodbo, temveč tudi delavce ustrezno razvrstiti v pravilne tarifne razrede. Ker je razvrstitev vezana na sistem izobraževanj in usposabljanj, ki jih poznajo v Avstriji, slednje lahko predstavlja težavo pri ustreznem razvrščanju tujim ponudnikom storitev, ki morajo napotenega delavca v ta sistem primerljivo razvrstiti. Glede na prakso in sistem izobraževanj, ki jih poznajo v državi sedeža delodajalca, lahko tuja podjetja nezavedno napotene delavce razvrstijo drugače, kot bi jih denimo razvrstili primerljivi delodajalci v Avstriji. Do plačilnega in socialnega dumpinga tako ne bo vedno prišlo naklepno. Kot je

¹³⁰ Predlog Direktive Evropskega parlamenta in Sveta o spremembi Direktive Evropskega parlamenta in Sveta 96/71/ES z dne 16. decembra 1996 o napotitvi delavcev na delo v okviru opravljanja storitev, COM(2016), 128 final.

¹³¹ Glej: *Ibidem*, str. 2 in str. 7.

¹³² *Ibidem*, str. 7.

¹³³ V teoriji se ovire povezane z napotitvami delijo na: ekonomske, socialne in regulatorne. Med slednje se uvrščajo tudi administrativne ovire. Glej: IDEA ECORYS, 2011, str. 140.

¹³⁴ Der Kollektivvertrag regelt Ansprüche, die nicht im Gesetz stehen, URL:

<https://www.arbeiterkammer.at/beratung/arbeitsrecht/Arbeitsvertraege/Kollektivvertrag.html> (24.02.2018).

obravnavano v poglavju o kazenskih sankcijah, pa so posledice kršitev vedno enake. Kot izhaja iz že omenjene zadeve *Sähköalojen*¹³⁵ bi morala biti pravila v zvezi z uvrstitvijo delavcev v plačne razrede, ki veljajo v državi gostiteljici, pregledna, kar pomeni, da morajo biti dostopna in jasna. Za presojo, ali so navedeni pogoji izpolnjeni, pa je pristojno nacionalno sodišče.¹³⁶

Nedvomno nejasnost in razdrobljenost pravnih pravil tujim ponudnikom storitev otežujejo opravljanje storitev v Avstriji, po drugi strani pa je iz vidika zaščite pravic delavcev nujno, da se ta pravila spoštujejo. Če podjetja sama niso večča branja pravnih predpisov, potrebujejo strokovno pomoč, kar jim predstavlja dodatno finančno breme. Težava, ki izhaja iz določitve plačila za delavce napoten v Avstrijo, tako izhaja predvsem iz pomanjkanja ključnih informacij. Tudi v Direktivi 2014/67 se ugotavlja, da je eden izmed razlogov, da ponudniki storitev ne uporabljajo veljavnih pravil, v težavah pri dostopu do informacij o pogojih za zaposlitev.¹³⁷ Države članice bi tako morale zagotoviti razpoložljivost in dostopnost do informacij o pogojih za zaposlitev na njihovem ozemlju, ne samo ponudnikom storitev, temveč tudi napotenim delavcem.¹³⁸ S tem namenom bi morali v državah članicah vzpostaviti enoten vir informacij (enotno uradno spletno mesto namenjeno napotitvam), kjer bi jasno in natančno navajali povezave do ustreznih virov informacij.¹³⁹

Enotno uradno spletno mesto, namenjeno napotitvam v Avstriji, je vzpostavljeno.¹⁴⁰ Vsebuje ključne informacije, ki so pomembne pri napotitvah tako iz vidika delodajalcev kot iz vidika delavcev. Glede na vprašanja, ki se v zvezi z napotitvami pojavljajo v praksi, na tem mestu izpostavljene težave glede določitve elementov plačila za delo in ustrezno razvrstitvijo v tarifni razred se lahko sklepa, da morda informacije niso dovolj kakovostne. Ker so te informacije ključne za izvajalce storitev, da lahko napotenim delavcem zagotavljajo pogoje za delo in zaposlitev v skladu z avstrijsko pravno ureditvijo, bi bilo potrebno razmisliti, kako jih dopolniti in izboljšati.

3.2.3 Sestavni elementi minimalnega plačila za delo napotenih delavcev

A vendar iz področja plačila za delo izhaja pomembno pravno vprašanje: kateri elementi plačila za delo, ki so dejansko izplačani s strani delodajalca, se lahko upoštevajo kot del plače, ki je za napotene delavce predpisana s strani države gostiteljice.

Zaradi različnih sistemov določanja plač med državami članicami je torej potrebno višino plačila za delo napotnega delavca presojati iz vidika zahtev države članice gostiteljice in iz

¹³⁵ Zadeva C-396/13, *Sähköalojen*, cit. v op. št. 121.

¹³⁶ *Ibidem*, tč. 44.

¹³⁷ Tako Direktiva 2014/67 v preambuli, tč. 18.

¹³⁸ Tako tudi Direktiva 2014/67 v členu 4(3).

¹³⁹ Na spletnem mestu Tvoja Evropa so zbrane neposredne povezave za informacije o napotitvah v države članice. URL: https://europa.eu/youreurope/citizens/work/work-abroad/posted-workers/index_sl.htm (19.02.2018).

¹⁴⁰ Glej: Die Entsendeplattform, URL: http://www.entsendeplattform.at/cms/Z04/Z04_0/home (25.02.2018)

vidika dejansko izplačane plače s strani delodajalca, saj se lahko zgolj na ta način doseže dejanska enaka obravnava med domačimi in napotenimi delavci. Na podlagi zahtev države sedeža delodajalca se lahko napotenim delavcem izplačajo določene sestavine plačila za delo, do katerih delavci niso upravičeni na podlagi zakonodaje države gostiteljice in *vice versa*.

Denimo primerjalnopravno med Slovenijo in Avstrijo, delavci zaposleni v Avstriji po zakonu niso upravičeni do povračila stroškov v zvezi z delom (prehrana, prevoz),¹⁴¹ prav tako se čas odmora ne všteva v delovni časa in zato tudi ni plačan. Nasprotno pa ZDR-1 določa, da mora delodajalec delavcem povrniti tako stroške prehrane kot stroške prevoza na in z dela, odmor pa se všteva v delovni čas in je zato predmet plačila.¹⁴² Medtem ko je slovenski delodajalec zavezan izplačati regres na podlagi zakona,¹⁴³ je v Avstriji izplačilo regresa praviloma odvisno od kolektivne pogodbe in torej ni avtomatično.¹⁴⁴

Ker LSD-BG glede plačila posebnih izplačil, ki izhajajo iz kolektivne pogodbe (božičnica in regres), ne ureja nobenih izjem in določa, da je potrebno navedeno izplačati alikvotno za vsako tekoče obdobje napotitve,¹⁴⁵ je potrebno navedeno delavcem izplačati tudi v primeru, kadar bo napotitev krajša, denimo samo nekaj dni in ne glede na to, da bo denimo delavcu kasneje izplačan celotni regres v skladu z zakonodajo države sedeža delodajalca. Upoštevanje navedenega lahko posledično pomeni, da je potrebno z namenom, da se zadosti tako zahtevam države gostiteljice kot države sedeža delodajalca, napotenemu delavcu izplačati oboje, skupna višina izplačila napotenemu delavcu pa lahko znaša več, kot bi denimo prejel primerljivi delavec v Avstriji.

Direktiva 96/71 izrecnega odgovora na vprašanje, katere sestavne elemente plačila je potrebno obravnavati kot del koncepta minimalnega plačila napotenim delavcem, ne daje. V členu 3(1)(c) določa, da so napoteni delavci upravičeni do minimalne urne postavke kot tudi postavke za nadurno delo v višini, kot izhaja iz predpisov države gostiteljice. Člen 3(7) vsebuje nekaj pojasnil, in sicer določa, da se šteje, da so posebni dodatki, ki sodijo k napotitvi, del minimalne plače, razen, če so izplačani kot povračilo stroškov, ki nastanejo zaradi napotitve, denimo potni stroški in stroški za prehrano in stanovanje.¹⁴⁶ Kljub vsemu pa zadnji odstavek člena 3(1) določa, da je v Direktivi koncept minimalnega plačila za delo opredeljen z nacionalno zakonodajo in/ali prakso države članice, na ozemlje katere je delavec napoten.

Zanimivo je, da angleški prevod Direktive 96/71 v zvezi s plačilom za delo uporablja dva različna izraza, in sicer: »*minimum rates of pay*«,¹⁴⁷ ki ga slovenski prevod direktive prevaja

¹⁴¹ Glej: Löschnigg, 2015, str. 328 in 2. člen Arbeitszeitgesetz (AZG), BGBl. Nr. 461/1969, v nadaljevanju AZG.

¹⁴² Glej 130. in 142. člen ZDR-1.

¹⁴³ Glej 131. člen ZDR-1.

¹⁴⁴ Glej: Gerhartl Andreas, Sonderzahlungen im Arbeitsrecht, ARD, 4/2016.

¹⁴⁵ Glej 4. odstavek 3. člena LSD-BG.

¹⁴⁶ Glej 2. odstavek člena 3(7) Direktive 96/71.

¹⁴⁷ Tako v členu 3(1)(c) angleške verzije Direktive 96/71.

kot minimalna urna postavka, in »*minimum wage*«, torej minimalna plača.¹⁴⁸ Ni pa povsem jasno, ali je dejansko potrebno v kontekstu uporabe direktive razlikovati med obema izrazoma ali uporabiti oba izraza brez razlikovanja. Za razliko od slovenske ureditve, ki izraz »*mimimum rates of pay*« prevaja kot minimalno urno postavko, ki skladno z našo zakonodajo predstavlja del minimalne plače, ki v tem kontekstu predstavlja širši pojem, je v angleškem prevodu ravno obratna situacija, »*minimum rates of pay*« v razmerju do minimalne plače predstavlja širši in ne ožji pojem.¹⁴⁹ Tudi nemški prevod Direktive se poslužuje dveh izrazov: »*Mindestlohnsätze*«, v členu 3(1)(c) in »*Mindestlohns*« v členu 3(7) Direktive 96/71.

Glede na določilo zadnjega odstavka člena 3(1) Direktive 96/71, ki določa, da se minimalno plačilo napotnih delavcev določi na podlagi zakonodaje ali prakse države gostiteljice, se zastavi vprašanje, ali so države članice pri opredelitvi obsega plačila napotnih delavcev povsem svobodne oziroma ali morebiti obstajajo kakšne omejitve, ki bi jih pri določitvi obsega plačila morale upoštevati.

Kot je navedlo Sodišče EU v zadevi *Isbir*¹⁵⁰ opredelitev sestavnih elementov plače napotnih delavcev sodi na področje prava države članice, če ta opredelitev ne povzroča omejevanja svobodnega opravljanja storitev med državami članicami.¹⁵¹ Države članice pri opredeljevanju obsega minimalnega plačila napotnih delavcev torej niso povsem svobodne, saj morajo pri tem ostati znotraj okvirjev zakonodaje EU.

Razlaga minimalnega plačila napotnih delavcev in njegovih sestavnih elementov je velikega pomena, saj lahko ima različne posledice. Če je sprejeta ozka razlaga, zaščita napotnih delavcev ni primerna, ker ne zaslužijo toliko, kot bi morali, posledično pa to pomeni nepošteno konkurenco podjetjem iz države gostiteljice. Če pa se poslužimo širše razlage v smislu popolnega upoštevanja zakonodaje države gostiteljice, ne glede na morebitna dodatna izplačila, do katerih so napoteni delavci upravičeni na podlagi zakonodaje države sedeža delodajalca, pa lahko slednje zopet privede do nepoštene konkurence, v tem primeru zaradi prednosti lokalnih podjetij države gostiteljice.¹⁵²

Vprašanje, katera so tista dopolnila in dodatki, ki jih mora država članica upoštevati kot sestavni del minimalne plače pri preverjanju, ali je bila slednja pravilno izplačana, si je Sodišče EU zastavilo v zadevi *Komisija proti Nemčiji*.¹⁵³ Komisija je kritizirala nemško zakonodajo, ker ta ni priznavala kot sestavine minimalne plače določenih dodatkov, ki so bili izplačani napotnim

¹⁴⁸ *Ibidem*, člen 3(7) Direktive 96/71.

¹⁴⁹ Tako: Houwerzijl Mijke, van Hoek Aukje, Complementary study on the legal aspects of the posting of workers in the framework of the provision of services in the European Union, University of Amsterdam, 2011, str. 61.

¹⁵⁰ Zadeva C-522/12, Tefik Isbir proti DB Services GmbH, ECLI:EU:C:2013:711.

¹⁵¹ *Ibidem*, tč. 37.

¹⁵² Povzeto po: Lhernould Jean-Philippe, Coucheir Michael, Fisker Sandra, G. Madsen Peter, Voss Eckhard, Study on wage setting systems and minimum rates of pay applicable to posted workers in accordance with Directive 96/71/EC in a selected number of Member States and sectors, European Commission, 2016, str. 37, v nadaljevanju: Study on wage systems.

¹⁵³ Zadeva C-341/02, Komisija proti Nemčiji, ECLI:EU:C:2005:220.

delavcem (konkretno izplačilo 13. in 14. plače, vplačila in izplačila iz skladov za dopuste ter dodatke za posebne pogoje dela). Sodišče EU je odločilo, da povišanj in dodatkov, ki jih zakonodaja ali nacionalna praksa države članice, na katere ozemlje je delavec napoten, ne opredeljujeta kot sestavnih delov minimalne plače in ki spreminjajo razmerje med storitvijo delavca na eni strani in protidajatvijo, ki jo ta prejema, na drugi, na podlagi določb Direktive ni mogoče šteti za sestavne dele minimalne plače.¹⁵⁴ Prav tako je Sodišče EU menilo, da v primeru, da delavec opravi dodatno delo ali delo opravi v posebnih pogojih, delodajalec to dodatno storitev temu delavcu plača, ne da bi se to plačilo upoštevalo pri izračunu minimalne plače.¹⁵⁵

Iz te sodbe torej izhaja, da se 13. in 14. plača lahko vštejeta v minimalno plačo napotnega delavca, če se izplačujeta redno, sorazmerno, dejansko in nepreklicno v obdobju, ko je bil delavec napoten.¹⁵⁶ Ni pa mogoče v minimalno plačo všteti dodatka za nadurno delo in dodatkov za posebne pogoje dela (dodatki za težko delo, umazano delo), saj ti spreminjajo razmerje med storitvijo delavca na eni strani in protidajatvijo, ki jo prejme.¹⁵⁷

Nadalje se je denimo v zadevi *Isbir*¹⁵⁸ postavilo vprašanje, ali se lahko kot sestavni deli minimalne plače štejejo določeni osebni prejemki, ki jih izplačuje delodajalec. V konkretni zadevi je bil T. Isbir zaposlen v dejavnosti čiščenja zgradb. Menil je, da prejema prenizko urno postavko glede na kolektivno pogodbo, ki velja za podjetje. Podjetje temu ni oporekalo, vendar je menilo, da je Isbir prejemal višje plačilo za opravljeno delo, saj je prejemal tudi zneske, ki bi jih po mnenju podjetja morali šteti kot del minimalne plače, in sicer pavšalna izplačila in prispevke za povečanje premoženja. Sodišče EU je tako v postopku predhodnega odločanja moralo presoditi, ali se navedeni osebni prejemki lahko štejejo za sestavni del minimalne plače ali ne. Sodišče EU je potrdilo stališče iz zadeve *Komisija proti Nemčiji*, da se za sestavni del minimalne plače štejejo elementi osebnega prejemka, ki ne spreminjajo razmerja med storitvijo delavca na eni strani in protidajatvijo, ki jo ta prejme za to storitev, na drugi.¹⁵⁹ Za sestavni del minimalne plače pa se ne štejejo prispevki ki služijo povečanju premoženja napotnega delavca.¹⁶⁰

V že omenjeni zadevi *Sähköalojen*¹⁶¹ pa je bilo Sodišču EU prepuščeno odločanje o vprašanju, ali so lahko del minimalne plače napotnega delavca dnevnice, povračila stroškov za stanovanje ter boni za prehrano. Sodišče EU je odločilo, da se dnevnice, katerih namen ni povračilo stroškov v zvezi z delom, temveč socialna zaščita napotnih delavcev, po Direktivi 96/71 lahko štejejo za del minimalne plače, vendar pod enakimi pogoji, kot so izplačane lokalnim delavcem

¹⁵⁴ *Ibidem*, tč. 39.

¹⁵⁵ *Ibidem*, tč. 40.

¹⁵⁶ *Ibidem*, tč. 31.

¹⁵⁷ *Ibidem*, tč.39.

¹⁵⁸ Zadeva C-522/12, *Isbir*, cit. v op. št. 150.

¹⁵⁹ *Ibidem*, tč. 46.

¹⁶⁰ *Ibidem*, tč. 43.

¹⁶¹ Zadeva C-396/13, *Sähköalojen*, cit. v op. št. 121.

v primeru njihove napotitve v državi članici gostiteljici. Povračilo potnih stroškov napotениh delavcev se lahko všteje v minimalno plačo, če ne gre za nadomestilo dejanskih stroškov, ki so nastali v zvezi z napotitvijo. Povračila stroškov za stanovanje in dodatki za prehrano pa se po mnenju Sodišča v minimalno plačo ne morejo všteti.¹⁶²

Sodišče EU je torej imelo več priložnosti za določitev vsebine sestavnih elementov plačila za delo, kot izhaja iz člena 3 Direktive 96/71, vendar je v vseh primerih ostalo pri usmeritvah, ki temeljijo na pravilu, da se v minimalno plačilo za delo napotениh delavcev ne morejo všteti elementi, ki spreminjajo razmerje med storitvijo delavca in protidajatvijo, ki jo ta prejme v zameno.

Kljub temu, da so usmeritve Sodišča EU koristne za nadaljnjo razpravo glede določitve sestavnih elementov plačila za delo napotениh delavcev, ki upošteva raznolikost ureditve plačila za delo v državi gostiteljici in državi sedeža delodajalca, pa ne rešujejo vseh težav, ki se pri tem pojavljajo. V številnih primerih je namreč še vedno težko presoditi, ali se lahko določena sestavina plačila za delo všteje v minimalno plačilo napotенega delavca ali ne.¹⁶³ Navedena problematika glede nejasnosti sestavnih elementov plačila za delo pa ima neposreden vpliv tudi na delodajalce, ki so lahko zaradi tega zavezani plačati napotениm delavcem več, kot bi pripadalo primerljivim lokalnim delavcem primerljivih delodajalcev.¹⁶⁴

3.3 Pravica do letnega dopusta

3.3.1 Pravica do letnega dopusta napotениh delavcev

Naslednja pravica, ki jo LSD-BG ureja v zvezi z napotениmi delavci, je pravica do letnega dopusta. V 2. odstavku 4. člena LSD-BG je določeno, da če imajo napotени delavci v skladu z zakonodajo države članice napotitve pravico do krajšega dopusta, kot bi jo imeli v skladu z avstrijsko zakonodajo, imajo za čas napotitve pravico do letnega dopusta v skladu z Zakonom o dopustih,¹⁶⁵ delavci s področja gradbeništva pa imajo pravico do letnega dopusta v skladu z Zakonom o dopustu in odpravnini gradbenih delavcev.¹⁶⁶

Po končani napotitvi delavci obdržijo pravico do razlike med morebitno daljšo pravico do dopusta po avstrijskem pravu in pravico do krajšega dopusta v skladu z zakonodajo države napotitve.¹⁶⁷ Pravico do morebitnega daljšega dopusta po avstrijski zakonodaji pridobijo delavci na področju gradbeništva s prvim dnem napotitve v Avstrijo.¹⁶⁸

¹⁶² Glej: *Ibidem*, tč. 46-63.

¹⁶³ Glej: Study on wage systems, str. 39-41.

¹⁶⁴ Podrobno o problematiki plačila za delo napotениh delavcev glej študijo: Study on wage systems, cit. v op. št. 149.

¹⁶⁵ Urlaubsgesetz (UrlG), BGBl. Nr. 390/1976, v nadaljevanju UrlG.

¹⁶⁶ Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz (BUAG), BGBl. Nr. 414/1972, v nadaljevanju BUAG.

¹⁶⁷ 2. odstavek 4. člena LSD-BG.

¹⁶⁸ 4. odstavek 4. člena LSD-BG.

Navedeni člen LSD-BG predstavlja implementacijo pravila Direktive 96/71, ki določa, da imajo delavci za čas napotitve pravico do minimalnega plačanega letnega dopusta, ki izhaja iz predpisov države gostiteljice.¹⁶⁹ Navedena določba v primeru napotenih delavcev ne bi smela predstavljati večjih težav in odstopanj, saj je področje letnega dopusta na ravni EU harmonizirano z Direktivo 2003/88.¹⁷⁰ Direktiva 2003/88 določa, da morajo države članice sprejeti potrebne ukrepe, s katerimi vsakemu delavcu zagotovijo pravico do plačanega letnega dopusta najmanj štirih tednov, v skladu s pogoji za upravičenost in dodelitev letnega dopusta, ki jih določa nacionalna zakonodaja ali praksa.¹⁷¹

V UrlG je določeno, da ima delavec pravico do 25 delovnih dni letnega dopusta, če ima manj kot 25 let delovne dobe, in 30 dni, če ima več kot 25 let delovne dobe. Delavec je v osnovi upravičen do pet oziroma šest tednov plačanega letnega dopusta na leto (odvisno od tega, ali dela pet ali šest dni na teden). Prvo leto zaposlitve pa pridobi pravico do polnega letnega dopusta po šestih mesecih dela.¹⁷²

Primerjalnopravno gledano ZDR-1 delavcem zagotavlja minimalni plačani letni dopust v trajanju štirih tednov, vendar se lahko daljše trajanje letnega dopusta določi s kolektivno pogodbo ali pogodbo o zaposlitvi.¹⁷³ Za razliko od ureditve v Avstriji imajo delavci v skladu z ZDR-1 pravico do plačanega letnega dopusta v minimalnem trajanju 20 dni na leto, če je njihovo delo razporejeno na pet dni v tednu, vendar jim pripadajo tudi dodatni dnevi, če izpolnjujejo pogoje, ki so določeni v ZDR-1. Prav tako je njihov letni dopust lahko daljši, če tako določa kolektivna pogodba ali če se tako dogovorijo v pogodbi o zaposlitvi. ZDR-1 za razliko od UrlG pravico do polnega letnega dopusta ne veže na določeno dobo po sklenitvi delovnega razmerja, temveč določa, da delavec pridobi pravico do letnega dopusta s sklenitvijo delovnega razmerja.¹⁷⁴ Upošteva dodatne pogoje, ki jih izpolnjuje delavec, ali kriterije, ki so določeni v kolektivni pogodbi lahko delavcu v skladu s slovensko zakonodajo pripada pravzaprav več letnega dopusta kot po avstrijski zakonodaji. Navedeno izkazuje, da pri pravici do letnega dopusta ne bo prišlo nujno do uporabe avstrijske zakonodaje. Slednja se bo uporabila samo tedaj, ko bo delavcu priznavala več dopusta kot zakonodaja, ki se uporabi za delovno razmerje napotenega delavca (praviloma zakonodaja sedeža delodajalca).

¹⁶⁹ Glej člen 3(1)(c) Direktive 96/71.

¹⁷⁰ Direktiva 2003/88/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 4. novembra 2003 o določenih vidikih organizacije delovnega časa, UL L 299, 18.11.2003, str. 9–19.

¹⁷¹ Člen 7 Direktive 2003/88.

¹⁷² Povzeto po: Löschnigg, 2015, str. 494 in Risak, 2010, str. 94.

¹⁷³ Glej 2. odstavek 159. člena in 1. odstavek 160. člena ZDR-1.

¹⁷⁴ Glej 1. odstavek 159. člena ZDR-1.

3.3.2 Pravica do letnega dopusta delavcev na področju gradbeništva

Posebna ureditev letnega dopusta je v avstrijskih predpisih predvidena za delavce na področju gradbeništva. Ker je za gradbeno stroko previdena večja fluktuacija, sezonsko delo in vmesne prekinitve dela (denimo zaradi slabega vremena), so v Avstriji z namenom zaščite pravice do celotnega letnega dopusta gradbenih delavcev področje letnih dopustov gradbenih delavcev uredili v posebnem zakonu BUAG. Različna delovna razmerja, ki jih delavec sklene med referenčnim letom, se obravnavajo kot en zaposlitveni odnos pod pogojem, da gre za eno izmed dejavnosti, ki so zajete v okvir zakona BUAG.¹⁷⁵ Ta fikcija delavcu omogoča, da tekom referenčnega leta pridobi polno pravico do letnega dopusta z delom pri različnih delodajalcih ali z vmesnimi prekinitvami, ter da to pravico izkoristi pri trenutnem delodajalcu, ne glede na to, koliko časa je pri delodajalcu zaposlen. Delodajalci so zaradi porazdelitve finančnih bremen med različnimi delodajalci zavezani plačevati mesečne prispevke za financiranje prihodnjega regresa za delavce v sklad za dopust in odpravnine gradbenih delavcev.¹⁷⁶ Višina dnevnega prispevka je odvisna od urne postavke delavca, tedenskega delovnega časa in faktorja, katerega višino določi Zvezno ministrstvo za delo, socialne zadeve in zaščito potrošnikov.¹⁷⁷ Regres se delavcem izplača neposredno iz sklada.

Posebna ureditev pravice do letnega dopusta na področju gradbeništva velja tudi za napotene delavce, kar izhaja iz 5. odstavka 4. člena LSD-BG. Navedeni člen določa, da se za delavce, za katere se uporablja ureditev iz členov 33d do 33i BUAG, ne uporabljajo določbe o pravici do letnega dopusta iz UrlG, ki se sicer uporablja za ostale napotene delavce. Napoteni delavci, ki opravljajo katero izmed dejavnosti, ki so izrecno urejene v 2. členu BUAG, so torej upravičeni do letnega dopusta v skladu s tem zakonom, tuji ponudniki storitev pa so prav tako kot delodajalci s sedežem v Avstriji zavezani, da odvajajo prispevke v sklad BUAK.¹⁷⁸

Ali je lahko zahteva držav članic, na podlagi katere so tuji ponudniki storitev zavezani plačevati prispevke v posebne sklade na področju gradbeništva, skladna s pravom EU, je Sodišče EU presojalo v okviru združenih zadev *Finalarte*.¹⁷⁹ V konkretnem primeru je Nemčija od delodajalcev, ki so bili stranke v postopku o glavni stvari, od katerih jih je osem imelo sedež na Portugalskem in eden v Združenem kraljestvu, na podlagi takrat veljavne zakonodaje zahtevala, da ti delodajalci vplačujejo v nemški sklad, ki je namenjen financiranju pravice do dopusta gradbenih delavcev. Tri podjetja (*Finalarte*, *Portugaia and Engil*) so pričela s postopkom pred nemškim sodiščem, ker so bila mnenja, da pravo EU ne dovoljuje razširitve takšne obveznosti na tuje ponudnike storitev, ostala podjetja pa so bila v istem času tožena pred

¹⁷⁵ Povzeto po: Löschnigg, 2015, str. 512.

¹⁷⁶ Sklad za dopust in odpravnine gradbenih delavcev, v nadaljevanju BUAK.

¹⁷⁷ URL: https://www.buak.at/cms/BUAK/BUAK_4.5.2.10/entsendung-nach-oesterreich/languages/employers/slowenisch (27.02.2018).

¹⁷⁸ Glej člene: 33d – 33i BUAG.

¹⁷⁹ Združene zadeve C-49, 50, 52, 54, 68 in 71/98, *Finalarte*, cit. v op. št. 64.

tem sodiščem s strani sklada, ker niso izpolnila obveznosti vplačila prispevkov za napotene delavce.¹⁸⁰

Nacionalno sodišče je postavilo vprašanje za predhodno odločanje Sodišču EU. Nacionalno sodišče je zanimalo, ali lahko razširitev sheme počitniških skladov na delodajalce s sedežem v tujini, ki napotijo delavcev v Nemčijo, da tam opravijo storitev, predstavlja kršitev prava EU.¹⁸¹

Sodišče EU je odločilo, da člena 56 in 60 PDEU državam članicam ne preprečujeta, da razširijo nacionalna pravila, ki se nanašajo na vplačevanje v sklade za dopust, tudi na napotene delavce, če sta izpolnjena dva pogoja: (i) napoteni delavci ne uživajo podobne stopnje zaščite v državi sedeža delodajalca, tako, da uporaba nacionalne zakonodaje države gostiteljice pravzaprav prispeva k njihovi socialni zaščiti, ter (ii) ta pravila s strani države gostiteljice so sorazmerna z zasledovanim ciljem javnega interesa.¹⁸²

Sodišče EU je predložitvenemu sodišču naložilo, da preveri, ali sta v primeru Nemčije navedena pogoja izpolnjena. To sodišče je moralo tudi preveriti, ali zadevna nemška ureditev na področju plačanih dopustov dejansko daje dodatno varstvo delavcem, ki jih napotijo ponudniki storitev s sedežem zunaj Nemčije, in ali je bila uporaba navedene ureditve sorazmerna z dosego cilja socialnega varstva delavcev.¹⁸³

Iz te sodne prakse lahko sklenemo, da je zahteva, ki tujim ponudnikom storitev nalaga vplačevanje prispevkov v sklad BUAK za napotene delavce, skladna s pravom EU, če: delavci ne uživajo primerljive zaščite v državi sedeža delodajalca (torej v državi sedeža delodajalca ni ustanovljenega podobnega sklada) ter da so pravila o vplačevanju v sklad sorazmerna s ciljem javnega interesa varstva pravic delavcev.

Zahteva, na podlagi katere so tuji ponudniki storitev zavezani vplačevati prispevke v sklad BUAK, tako predstavlja dodatno varstvo za napotene delavce, ki so napoteni na ozemlje Avstrije in je utemeljena z nujnim razlogom v javnem interesu ter kot takšna skladna s pravom EU.

V skladu z določili ZDR-1 morajo delodajalci delavcem izplačati regres najkasneje do 1. julija tekočega koledarskega leta.¹⁸⁴ Če regres ni izplačan v skladu z določili ZDR-1, so delodajalci lahko kaznovani z globo od 3.000 do 20.000 evrov.¹⁸⁵ V praksi se je pojavila dilema, kako postopati v primerih, ko uveljavljamo izplačilo regresa za zaposlenega iz sklada BUAK, ki nato

¹⁸⁰ Opinion of Mr Advocate General Mischo delivered on 13 July 2000, združene zadeve C-49/98, C-50/98, C-52/98 do C-54/98 in C-68/98 do C-71/98, ECLI:EU:C:2000:395, tč 17-19.

¹⁸¹ Glede vprašanj, ki so bila predložena Sodišču v predhodno odločanje v združenih zadevah Finalarte, glej zadeve C-49, 50, 52, 54, 68 in 71/98, Finalarte, cit. v op. št. 64, tč. 18.

¹⁸² *Ibidem*, tč. 53.

¹⁸³ *Ibidem*, tč. 45, 49, 53.

¹⁸⁴ 131. člen ZDR-1.

¹⁸⁵ 25. tč. 1. odst. 25. člena ZDR-1.

regres nakaže neposredno na bančni račun zaposlenega, saj je določba ZDR-1, da je slovenski delodajalec dolžan izplačati regres svojemu zaposlenemu, zavezujoča. Ker lahko pride do časovnega zamika izplačila, regres ne bo nujno izplačan do 1. julija, se postavi vprašanje, kje iskati pravno podlago za drugačno ureditev takšnih primerov. Stališče Ministrstva za delo, družino, socialne zadeve in enake možnost je, da:

”ZDR-1 v 209. členu določa, da se delavec in delodajalec v pogodbi o zaposlitvi za opravljanje dela v tujini dogovorita o načinu zagotavljanja in uresničevanja pravic v zvezi s plačilom za delo in drugimi prejemki, ki so v skladu s predpisi države, v kateri se delo opravlja, zagotovljeni drugače, vendar najmanj v obsegu, kot ga zagotavlja ta zakon oziroma ugodnejše. S tem je ZDR-1 vzpostavil pravno podlago za ureditev vprašanja, ki se pojavlja v praksi v primerih začasnih napotitev delavcev na delo v tujino glede (drugačnega) zagotavljanja določenih delovnopравnih pravic. Na ta način delavec in delodajalec jasno vnaprej določita pravice oziroma obveznosti, ki izhajajo iz pogodbenega razmerja ter njihov način zagotavljanja (da bo npr. regres za letni dopust delavcu (delno) zagotovljen v obliki t. i. bonusa – v skladu z BUAKom).”¹⁸⁶

Neposrednega odgovora, kako pravilo postopati, da bo zadoščeno slovenski zakonodaji, ni mogoče najti, ne v pravni literaturi, ne v sodbah sodišč. Ker lahko v danih primerih pride do dvakratnega izplačila regresa napotenim delavcem (s strani delodajalca in s strani sklada BUAK), bi bile uskladitve na tem področju nujne. Ker v Sloveniji ne poznamo primerljivega sklada, bo potrebno poiskati drugačne rešitve navedene težave na ravni države.

3.4 Pravica do upoštevanja delovnega časa

Zadnja izmed pravic napotenih delavcev, ki je izrecno urejana v LSD-BG, je pravica do upoštevanja delovnega časa in prostih dni, kot izhaja iz avstrijske pravne ureditve. 5. člen LSD-BG določa, da za napotene delavce ne glede na veljavno pravo veljajo, maksimalni delovni časi in minimalni počitek v skladu z določili kolektivne pogodbe, ki se uporablja za čas napotitve delavcev v Avstrijo. Gre za implementacijo zahteve iz Direktive 96/71, ki določa, da je potrebno za napotene delavce upoštevati maksimalni delovni čas in minimalni počitek po zakonodaji države gostiteljice.¹⁸⁷

V zakonodaji EU je področje delovnega časa urejeno skupaj s pravico do letnega dopusta delavcev v Direktivi 2003/88. Direktiva določa minimalne varnostne in zdravstvene zahteve pri organizaciji delovnega časa, med drugim ureja minimalni čas dnevnega počitka, tedenskega počitka, kot tudi odmore in najdaljši tedenski delovni čas.¹⁸⁸

¹⁸⁶ Republika Slovenija, Ministrstvo za delo, družino, socialne zadeve in enake možnosti, direktorat za delovna razmerja in pravice iz dela, Pravno mnenje, št. 1111-15/2016/3 z dne 01.06.2016.

¹⁸⁷ Glej člen 3(1)(a) Direktive 96/71.

¹⁸⁸ Glej člen 1 Direktive 2003/88.

Ker je področje delovnega časa na ravni EU harmonizirano, med ureditvami držav članic praviloma ne bi smelo prihajati do večjih razlik. Večina držav članic je določila tedenski delovni čas v trajanju 40 ur, od katerega so v določenih primerih mogoča manjša odstopanja.¹⁸⁹ Denimo avstrijski zakon o delovnem času¹⁹⁰ določa, da tedenski delovni čas praviloma ne sme znašati več kot 40 ur na teden razen če kolektivna pogodba določi drugače.¹⁹¹ V večini gospodarskih panog je bil tedenski delovni čas s kolektivno pogodbo zmanjšan na 38,5 ali 38 ur.

Razen različnih opredelitev dovoljenega tedenskega delovnega časa pa lahko prihaja še do drugih razlik, ki vplivajo na pravice in položaj napotnih delavcev. Denimo za razliko do slovenske pravne ureditve, ki določa, da se čas odmora med delovnim dnem všteva v delovni čas, delavec pa zanj prejme plačilo, kot bi delal,¹⁹² AZG določa, da se čas odmora med delom zaposlenega v delovni čas ne všteva, zato delavec zanj tudi ne prejme plačila.¹⁹³

Primerjalnopravno gledano bi bila za slovenskega delavca, ki ga delodajalec napoti na delo v Avstrijo, pravzaprav ureditev, ki izhaja iz slovenskega in ne avstrijskega prava bolj ugodna iz dveh vidikov: efektivni delovni čas brez upoštevanja časa odmora po slovenski zakonodaji znaša 37,5 ur na teden ter razliko 2,5 ur po slovenski zakonodaji dobi izplačano, po avstrijski pa ne.

Da lahko nadzorni organi preverijo, ali so za napotene delavce upoštevane določbe o maksimalnem delovnem času in počitkih, je potrebno med napotitvijo na ozemlju Avstrije hraniti evidence o delovnem času. Hramba dokumentacije je podrobneje obravnavana v poglavju o upravnih zahtevah in nadzornih ukrepih.¹⁹⁴

3.5 Ostali pogoji za delo in zaposlitev napotnih delavcev

Direktiva 96/71 znotraj jedra prisilnih predpisov, ki jih je potrebno upoštevati v državi gostiteljici za čas napotitve, izrecno določa še, da so delavci upravičeni do pogojev za delo in zaposlitev, ki se nanašajo na: zdravje, varnost in higieno pri delu; varnostne ukrepe glede pogojev za delo in zaposlitev za noseče ženske ali ženske, ki so pred kratkim rodile; za otroke in mlade; enako obravnavanje moških in žensk in druge določbe o nediskriminiranju.¹⁹⁵

¹⁸⁹ Povzeto po: Houwerzijl, van Hoek, 2011, str. 118.

¹⁹⁰ Arbeitszeitgesetz, AZG, cit. v op. št. 141.

¹⁹¹ Glej člen 3 AZG. Kolektivna pogodba za gradbeništvo denimo določa krajši tedenski delovni čas in sicer 39 ur, kolektivna pogodba za lesarstvo pa določa 38,5 dovoljen tedenski delovni čas.

¹⁹² Glej 3. odstavek 126. člena in 1. odstavek 142. člena ZDR-1.

¹⁹³ Glej 2. člen AZG, ki določa, da se v delovni čas ne všteva čas odmora.

¹⁹⁴ Glej 21. člen LSD-BG.

¹⁹⁵ Glej člen 3(1) Direktive 96/71.

LSD-BG navedenih pogojev izrecno ni implementiral, vendar so do uporabe avstrijskih predpisov s teh področij napoteni delavci upravičeni na podlagi člena 9 Uredbe Rim I, ki določa, da se prevladujoče obvezne določbe, katerih upoštevanje je po mnenju države bistveno za zaščito njenih javnih interesov (denimo politična, socialna ali gospodarska ureditev), uporabijo za vse primere, ne glede na pravo, ki se sicer uporablja za pogodbeno razmerje. Nedvomno se navedena področja, kot so varnost in zdravje pri delu, prepoved diskriminacije, zaščita žensk in otrok, razumejo kot prevladujoče obvezne določbe javnega prava, od katerih ni mogoče odstopati.¹⁹⁶ Prav tako Uredba Rim I določa, da izbira prava delavca, ne sme prikrajšati za zaščito, ki mu jo zagotavljajo določbe, od katerih ni dovoljeno odstopati z dogovorom po pravu, ki bi se uporabljalo, če pogodbeni stranki ne bi bili izbrali drugega prava. Delavcev se namreč ne sme prikrajšati za zaščito, ki jim jo zagotavljajo določbe, od katerih ni dovoljeno odstopanje z dogovorom ali od katerih je dovoljeno odstopanje le v njihovo korist.¹⁹⁷

(a) Varnost in zdravje pri delu

Zdravje in varnost delavcev je v EU v veliki meri usklajeno. V vsaki državi članici so delodajalci splošno zavezani, da delavcem zagotovijo varne in zdrave delovne pogoje, ne glede na to, ali so napoteni ali ne.¹⁹⁸

V primeru napotitve se praviloma uporabljajo pravila o varnem zdravem okolju države gostiteljice.¹⁹⁹ Na ravni EU je varnost in zdravje pri delu urejeno v Direktivi 89/391/EGS,²⁰⁰ ki opredeljuje varnostne zahteve glede na delovno mesto, opremo in osebno zaščito; pravico do zapustitve delovnega mesta v primeru resne, neposredne in neizogibne nevarnosti; pravila o ocenah tveganja ipd.²⁰¹

V Avstriji je področje varnosti in zdravja pri delu urejeno v predpisih o varstvu zaposlenih.²⁰² Gre za določbe javnega prava o varstvu delavcev, ki jih nadzoruje inšpektorat za delo in se razumejo kot prevladujoče obvezne določbe v smislu člena 9 Uredbe Rim I. Ne glede na pravo, ki se uporablja za pogodbo o zaposlitvi, se ta pravila za napotene delavce uporabljajo od prvega dne dela v Avstriji.²⁰³ Zaradi načela teritorialnosti se namreč predpisi varnosti in zdravja pri delu uporabljajo za vse osebe, ki opravljajo delo na ozemlju Avstrije.²⁰⁴

Da ne bi prihajalo do dodatnih obremenitev tujih ponudnikov storitev, bi morale države članice, kolikor je to mogoče, uporabljati pravila vzajemnega priznavanja sistema usposabljanja za

¹⁹⁶ Glej denimo: Houwerzijl, van Hoek, 2011, str. 135-136.

¹⁹⁷ Tako Uredba Rim I v preambuli tč. 35.

¹⁹⁸ Povzeto po: Barnard, 2012, str. 502.

¹⁹⁹ Povzeto po: Houwerzijl, van Hoek, 2011, str. 10.

²⁰⁰ Direktiva Sveta z dne 12. junija 1989 o uvajanju ukrepov za spodbujanje izboljšav varnosti in zdravja delavcev pri delu, 89/391/EGS, Uradni list L 183, z dne 29.06.1989, str. 1-8.

²⁰¹ Povzeto po: Houwerzijl, van Hoek, 2011, str. 135.

²⁰² Nem. Arbeitnehmerschutzvorschriften.

²⁰³ Povzeto po: Houwerzijl, van Hoek, 2011, str. 135-136.

²⁰⁴ Tako: Löschnigg, 2015, str. 543.

varno in zdravo delo. Večina držav članic je namreč razširila uporabo predpisov o varnosti in zdravju pri delu na vse delavce, ki se nahajajo na njenem ozemlju, vključno z napoteni. Ker pa so delodajalci dolžni poskrbeti za ustrezne ukrepe tudi v državi sedeža delodajalca (preventivni zdravstveni pregledi, ocena tveganja ipd.), lahko prihaja do prekrivanj zaščite delavcev. Če so preventivni ukrepi upoštevani v državi sedeža delodajalca (predvsem zdravniški pregledi, ocena tveganja), bi jih kot takšne morale države gostiteljice vzajemno priznati.²⁰⁵

(b) Zaščitni ukrepi za posebne kategorije delavcev

Posebno varstvo v državah članicah za noseče ženske, matere, ki so nedavno rodile, otroke in mlade v veliki meri temelji na direktivah EU.²⁰⁶ Direktiva o nosečih ženskah in ženskah, ki so nedavno rodile, določa več vrst zaščitnih ukrepov za to kategorijo delavk: dodatna pravila o varnosti in higieni na delovnem mestu; pravila o nočnem delu; pravica do porodniškega dopusta; plačilo ali upravičenje do nadomestila med porodniškim dopustom; zaščita pred odpovedjo pogodbe o zaposlitvi ipd.²⁰⁷ Na teh podlagah temeljijo tudi avstrijski predpisi o varstvu žensk.²⁰⁸

Ukrepi za zaščito mladih v avstrijski pravni ureditvi med drugim urejajo najnižjo starost za zaposlitev, posebna pravila o delovnem času in posebna pravila o varnosti in zdravju pri delu.²⁰⁹

Tudi avstrijska pravila o varstvu posebnih kategorij delavcev (nosečih žensk, otrok, invalidnih delavcev ipd.) se štejejo kot prevladujoče obvezne določbe v smislu člena 9 Uredbe Rim I in se zato uporabljajo za napotene delavce, ne glede na pravo, ki se sicer uporablja za njihovo delovno razmerje, od prvega dne dela v Avstriji.

(c) Zaščita pred diskriminacijo

Predpisi o prepovedi diskriminacije in predpisi o enaki obravnavi žensk in moških v veliki meri temeljijo na nacionalnih zakonodajah in predpisih, ki izhajajo iz direktiv EU o prepovedi diskriminacije povezane z delom.²¹⁰ Tudi Avstrija je pri sprejemanju predpisov, ki temeljijo na načelu enake obravnave, izhajala iz direktiv EU.²¹¹ Glavni vir pravic s tega področja je urejen v Zakonu o enakem obravnavanju,²¹² ki ureja predvsem enako obravnavo v povezavi z

²⁰⁵ Tako: Houwerzijl, van Hoek, 2011, str. 139.

²⁰⁶ Direktiva 92/85/EGS z dne 19. oktobra 1992 o uvedbi ukrepov za spodbujanje izboljšav varnosti in zdravja pri delu nosečih delavk in delavk, ki so pred kratkim rodile ali dojijo, UL L 348, 28.11.1992, str. 1-8 in Direktiva 94/33/ES z dne 22. junija 1994 o varstvu mladih pri delu, UL L 216, 20. 8. 1994, str. 12-20.

²⁰⁷ Tako: Houwerzijl, van Hoek, 2011, str.140.

²⁰⁸ Glej: Löschnigg, 2015, str. 577.

²⁰⁹ Glej denimo: Löschnigg, 2015, str. 572-577.

²¹⁰ *Ibidem*, str. 146,

²¹¹ Glej: Löschnigg, 2015, str 391.

²¹² Bundesgesetz über die Gleichbehandlung (Gleichbehandlungsgesetz - GIBG), BGBl. I Nr. 66/2004.

delovnim razmerjem.²¹³ Kot v ostalih primerih, gre tudi tu za predpise, ki se obravnavajo kot prevladujoče obvezne določbe v smislu člena 9 Uredbe Rim I in se uporabljajo za napotene delavce, ne glede na pravo, ki se sicer uporablja za njihovo delovno razmerje, od prvega dne dela v Avstriji.

3.6 Sklepno o pravicah napotениh delavcev

Navedena analiza pravic in pogojev za delo, ki izhajajo iz LSD-BG, izkazuje, da predstavljajo delovnopravne pravice iz LSD-BG implementacijo prisilnih predpisov, ki izhajajo iz Direktive 96/71. Člen 3 Direktive 96/71 vsebuje »trdno jedro«²¹⁴ prisilnih predpisov, ki jih je potrebno z namenom zagotovitve poštene in lojalne konkurence med podjetji spoštovati v državi gostiteljici. Člen 3 Direktive 96/71 je dolg in na več mestih nejasen, kar omogoča državam članicam določena odstopanja.²¹⁵

Pravice, ki se denimo nanašajo na delovni čas, letni dopust, varnost in zdravje pri delu ter prepoved diskriminacije, so med državami članicami praviloma harmonizirane z zakonodajo EU, zato do večjih odstopanj pri ureditvi v državah članicah praviloma ne bi smelo prihajati. Tudi avstrijska pravna ureditev pri navedenih pogojih izhaja iz predpisov EU.

Več težav se pojavlja v zvezi s plačilom za delo, katerega opredelitev ostaja v pristojnosti držav članic.²¹⁶ Sestavine plačila za delo napotениh delavcev v Direktivi 96/71 niso opredeljene, prav tako niso opredeljene v LSD-BG, ki glede plačila za delo določa zgolj, da je potrebno napotenim delavcem zagotavljati plačilo, kot pripada primerljivim delavcem primerljivih delodajalcev.²¹⁷ Posledično pogosto ni jasno, katere sestavne elemente plačila za delo je potrebno izplačati napotenim delavcem ter, kot izhaja iz zgoraj obravnavanega poglavja, kateri elementi izplačila se lahko vštejejo v minimalno plačo, pri presoji, ali je dejansko izplačana plača dosegla predvideno višino minimalne plače države gostiteljice. Ostale težave vezane na plačilo za delo so administrative narave.

²¹³ Glej: Löschnigg, 2015, str. 391-397.

²¹⁴ Tako Direktiva 96/71 v preambuli tč. 14.

²¹⁵ Tako: Hojnik, Knez, 2015, str. 209.

²¹⁶ Glej člen 3 Direktive 96/71: »V tej direktivi je koncept minimalnih urnih postavk predeljen z nacionalno zakonodajo in/ali prakso države članice na katere ozemlje je delavec napoten.«

²¹⁷ Glej 3. odstavek 3. člena LSD-BG.

4 UPRAVNE ZAHTEVE IN NADZORNI UKREPI

Nadzor nad spoštovanjem pravil o napotilih delavcih je izredno pomemben za zagotovitev poštene konkurence med podjetji in zaradi varstva spoštovanja pravic delavcev. Člen 5 Direktive 96/71 določa, da morajo države članice sprejeti ustrezne ukrepe za spoštovanje določb direktive in zagotoviti ustrezne postopke za izvrševanje delovnih pogojev. Evropski parlament je oktobra 2006 sprejel Resolucijo, ki je določila, da ima država gostiteljica pravico, da uvede določene formalnosti za delodajalce, ki delavce napotijo,²¹⁸ vendar morajo države članice pri nadzornih ukrepih ostati v okviru člena 56 PDEU. Ukrepi morajo biti sorazmerni in sposobni dosegati zastavljene cilje ter svobodo opravljanja storitev ne smejo omejiti bolj, kot je potrebno.²¹⁹

Leta 2006 je Komisija v smernicah²²⁰ opisala, v kakšnem obsegu so lahko določeni nacionalni nadzori in ukrepi upravičeni in sorazmerni glede na veljavno pravo in sodno prakso EU. Komisija je v Smernicah opozorila, da se države članice med opravljanjem nadzora ne smejo posluževati ukrepov, ki bi omejevali svobodo opravljanja storitev v EU. Med nadzornimi ukrepi, ki jih države članice uporabljajo za nadzor napotitve delavcev, se je Komisija v Smernicah osredotočila na naslednje vrste upravnih zahtev: zahteva, da je na ozemlju države članice gostiteljice na voljo zastopnik; zahteva, da se pridobi dovoljenje pri pristojnih organih države članice gostiteljice ali da se pri njih opravi registracija, ali katera koli druga enakovredna obveznost; zahteva po predložitvi izjave; zahteva, da se socialne listine vodijo in hranijo na ozemlju države gostiteljice in/ali pod pogoji, ki veljajo za njeno ozemlje.²²¹

V Smernicah se je Komisija zavezala, da bo spremljala razvoj v državah članicah glede navedenih vprašanj in da bo ponovno ocenila razvoj držav članic na zadevnih področjih.²²²

Sledilo je Sporočilo iz leta 2007, kjer je Komisija ugotovila, da predstavljajo nadzorni ukrepi za številne države članice zelo občutljivo vprašanje, ki se tiče ključnih elementov njihovega socialnega modela. Nadzorni ukrepi so del njihovega pravnega in institucionalnega okvirja. Države članice pogosto utemeljujejo nekatere nadzorne ukrepe z argumenti, kot so pomanjkanje informacij o identiteti ponudnikov storitev, začasna in pogosto kratkotrajna narava napotitev, tveganje za nastanek socialnega dumpinga itd. Ponudniki storitev pa na drugi

²¹⁸ Povzeto po: Sporočilo Komisije Svetu, Evropskemu parlamentu, Evropskemu ekonomsko-socialnemu odboru in Odboru regij, O napotitvi delavcev zaradi opravljanja storitev – čim boljši izkoristek prednosti in možnosti ob hkratnem zagotavljanju zaščite delavcev COM(2007) 304 končni, str. 6.

²¹⁹ Povzeto po: Hojnik, Knez, 2015, str. 209.

²²⁰ Sporočilo Komisije, Smernice o napotitvi delavcev na delo v okviru opravljanja storitev, Bruselj, 4.4.2006 COM(2006) 159 konč.

²²¹ Povzeto po: *Ibidem*, str. 3-4.

²²² *Ibidem*, str. 11.

strani pogosto menijo, da so nadzorni ukrepi držav članic pretirani in ne zasledujejo cilja zaščite pravic delavcev, temveč neupravičeno ovirajo prost pretok storitev.²²³

Tudi Avstrija se poslužuje različnih nadzornih ukrepov s pomočjo katerih preverja izpolnjevanje pogojev za delo in zaposlitev napotениh delavcev. V LSD-BG so denimo določene naslednje zahteve in obveznosti: predhodna prijava napotениh delavcev,²²⁴ s katero se pristojne organe seznanijo o bistvenih podatkih o napotitvi; obveznost hranjenja dokumentacije na kraju opravljanja dela;²²⁵ obveznost prevoda dokumentacije v nemški jezik; obvezna določitev kontaktne osebe, ki predstavlja vez med podjetjem, ki delavce napoti in pristojnimi nadzornimi organi.²²⁶

V nadaljevanju so nadzorni ukrepi in upravne zahteve, ki izhajajo iz LSD-BG, podrobneje predstavljeni in preučeni v luči prava EU.

4.1 Predhodna prijava napotениh delavcev

Nadzor trga dela v smislu spoštovanja določb LSD-BG se lahko učinkovito izvaja le, če so pristojni organi obveščeni o napotitvi. V ta namen so delodajalci, ki napotujejo delavce v Avstrijo, dolžni predhodno obvestiti pristojne organe o nameravani napotitvi.²²⁷ Za prijavo je pristojna Osrednji koordinacijska enota,²²⁸ ki je bila vzpostavljena s strani Ministrstva za finance.²²⁹ Prijava se izvede preko elektronskega obrazca (ZKO3 ali ZKO4)²³⁰ in je avtomatična. Za razliko od prejšnje ureditve, ki je določala, da je potrebno delavce prijaviti najmanj en teden pred začetkom opravljanja dela, zdajšnja ureditev v 19. členu LSD-BG določa, da je prijavo potrebno izvesti pred začetkom opravljanja dela. Delodajalci so prav tako zavezani, da nemudoma sporočijo vse morebitne naknadne spremembe glede napotitve. V prijavi se navedejo podatki o podjetju, naročniku, napotениh delavcih, čas napotitve, višina plačila ipd.²³¹ Če čezmejne storitve zajemajo izpolnitev več naročil hkrati, se lahko v prijavi navedejo vsi naročniki, pod pogojem, da izpolnitev pogodb krajevno in časovno sovpada.²³²

²²³ Sporočilo Komisije, COM(2007) 304 končni. str. 6.

²²⁴ 19. člen LSD-BG.

²²⁵ 21. in 22. člen LSD-BG.

²²⁶ 23. člen LSD-BG.

²²⁷ Nem. Meldung einer Entsendung nach Österreich.

²²⁸ Nem. Zentrale Koordinationsstelle des Bundesministeriums für Finanzen für die Kontrolle illegaler Beschäftigung

²²⁹ Povzeto po: Krömer Daniela, Entsendung oder grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung, Ecolex, 8/2016, str. 58.

²³⁰ Obrazec ZKO3 se uporablja za napotene delavce, ZKO4 pa za primere posredovanja delavcev (agencijski delavci). Za delavce iz transportnega sektorja so vzpostavili poseben obrazec za prijavo, in sicer obrazec ZKO3-T.

²³¹ Podatki, ki jih je potrebno vnesti v obrazec ZKO3, so navedeni v 3. odstavku 19. člena LSD-BG.

²³² 6. odstavek 19. člena LSD-BG.

Sodišče EU se je v preteklih zadevah že ukvarjalo s postopkovnimi pravili, ki jih lahko države članice uporabijo z namenom, da preverijo, ali so bili za napotene delavce upoštevani prisilni predpisi države gostiteljice.²³³

Da predstavlja postopek predhodne prijave napotnih delavcev primeren in sorazmeren nadzorni ukrep, ki je skladen s pravom EU, je Sodišče EU denimo odločilo v zadevi *Komisija proti Luksemburg*.²³⁴ V konkretni zadevi je bilo sicer sporno, ali lahko država gostiteljica zahteva, da je potrebno za državljane tretjih držav pred napotitvijo pridobiti predhodno dovoljenje. Sodišče EU je odločilo, da ukrep pridobitve dovoljenja za delo državljanov tretjih držav ni primeren, ker predpostavlja formalnosti in roke, ki odvrčajo svobodno opravljanja storitev. Postopek predhodne izdaje dovoljenja ima naravo postopka izdaje upravnega dovoljenja, ki presega to, kar je nujno potrebno za zagotovitev zaščite napotnih delavcev.²³⁵

Sodišče EU je zavzelo stališče, da bi bil ukrep, s katerim bi bila podjetju naložena obveznost, da nacionalnim organom predhodno sporoči prisotnost enega ali več napotnih zaposlenih delavcev, predvideno trajanje te prisotnosti in storitev ali storitve, zaradi katerih so napoteni, pomenil ukrep, ki je bolj sorazmeren kot zadevni nadzor, izveden pred napotitvijo, ker je manj obremenjujoč in enako učinkovit.²³⁶

Stališče, da lahko država gostiteljica zahteva od ponudnika storitve, da predhodno poroča lokalnim organom o nameravani napotitvi, predvidenem času trajanja napotitve in podlagi za napotitev, je bilo kasneje ponovljeno v zadevah *Komisija proti Nemčiji*,²³⁷ *dos Santos Palhota*²³⁸ in *Komisija proti Belgiji*.²³⁹

Na ustaljeni sodni praksi glede zahteve po predhodni prijavi delavcev na ozemlju države gostiteljice temelji tudi ureditev iz Direktive 2014/67. Direktiva v členu 9(1) določa, da lahko države članice uvedejo upravne zahteve in nadzorne ukrepe, ki so potrebni za zagotavljanje učinkovitega spremljanja skladnosti z obveznostmi iz Direktive 96/71. V ta namen lahko države članice uvedejo tudi ukrep, s pomočjo katerega zavežejo ponudnika storitve, da pristojnim nacionalnim organom, najpozneje do začetka opravljanja dela, predložijo izjavo, v kateri se navedejo določene informacije. Gre predvsem za informacije, ki nadzornim organom kasneje omogočijo dejansko kontrolo na delovnem mestu, denimo informacije o: identiteti ponudnika storitev; predvidenem številu napotnih delavcev; kontaktni osebi za stike s pristojnimi organi v državi članici gostiteljici; predvidenem trajanju ter začetnem in končnem datumu napotitve; naslovu ali naslovih delovnega mesta ter naravi storitev, ki upravičujejo napotitev.²⁴⁰

²³³ Povzeto po: Barnard, 2012, str. 215.

²³⁴ Zadeva C-445/03, *Komisija proti Luksemburg*, ECLI:EU:C:2004:655.

²³⁵ *Ibidem*, tč. 30.

²³⁶ *Ibidem*, tč. 31.

²³⁷ Zadeva C-244/04, *Komisija proti Nemčiji*, ECLI:EU:C:2006:49, tč. 45.

²³⁸ Zadeva C-515/08, *Kazenski postopek zoper Vítor Manuel dos Santos Palhota in druge*, cit. v op. št. 41, tč. 52-54.

²³⁹ Zadevi C-219/08, *Komisija proti Belgiji*, ECLI:EU:C:2009:599, tč. 16.

²⁴⁰ Člen 9(1)(a) Direktive 2014/67.

Obveznost predhodne priglavitve napotenih delavcev iz 19. člena LSD-BG je kot takšna skladna z ustaljeno sodno prakso Sodišča in praviloma izhaja iz ukrepov, ki so navedeni v členu 9(1) Direktive 2014/67. Prav tako ni sporna zahteva LSD-BG, ki določa, da je potrebno nemudoma sporočiti vse spremembe, ki se nanašajo na napotitev. Direktiva 2014/67 namreč v preambuli določa, da bi moral ponudnik storitve brez nepotrebne odlašanja pristojne organe v državi članici gostiteljici obvestiti o vseh pomembnih spremembah informacij, ki so navedene v predhodni izjavi o napotitvi, saj informacije omogočajo dejanski nadzor na delovnem mestu.²⁴¹

Predhodna izjava o napotitvi, kot izhaja iz 19. člena LSD-BG, je skladna s pravili, ki izhajajo iz Direktive 2014/67 in je posledično primeren in sorazmeren ukrep, za preverjanje spoštovanja pravil o napotitvi.

4.2 Napotitev državljanov tretjih držav

Delavci, ki so zakonito zaposleni pri ponudniku storitev s sedežem v eni izmed držav članic, se lahko na podlagi obstoječe sodne prakse²⁴² napotijo na delo v drugo državo članico, brez da bi se v državi gostiteljici zanje zahtevale dodatne upravne formalnosti, kot je dovoljenje za delo. Vendar pa ima država članica gostiteljica pravico, da preveri, ali so ti pogoji izpolnjeni v državi članici, v kateri je registrirana dejavnost ponudnika storitev.²⁴³

Ureditev v LSD-BG določa, da je potrebno v primeru napotitve delavcev, ki niso državljani EU, s strani delodajalca s sedežem v eni izmed držav članic predhodno pridobiti potrdilo o napotitvi EU, za izdajo katerega je pristojen zavod za zaposlovanje.²⁴⁴ Obveznost predhodne pridobitve potrdila ne izhaja iz LSD-BG, temveč iz zakona o zaposlovanju tujcev, ki v 18. členu določa dodatne formalne obveznosti v povezavi z napotitvami tujcev. Napotitve tujcev iz EU so urejene v 12. odstavku 18. člena, ki določa, da se za tujce, ki jih napoti delodajalec s sedežem v EGP, ne zahteva pridobitev predhodnega dovoljenja za delo, če so izpolnjeni določeni pogoji: tujec je zakonito zaposlen v državi sedeža delodajalca; za čas napotitve se upoštevajo avstrijski predpisi za plačilo za delo in ostali pogoji za delo in zaposlitev.²⁴⁵ Da lahko zavod za zaposlovanje preveri, ali so izpolnjeni pogoji, je potrebno v okviru predhodne prijave delavcev, ki je bila obravnavana v prejšnjem poglavju, v obrazcu ZKO navesti določene podatke o uradnem dovoljenju za delo in dovoljenju za prebivanje.²⁴⁶ O predvideni napotitvi tujca se

²⁴¹ Tč. 24. preambule Direktive 2014/67.

²⁴² V tem smislu glej zadevo C-43/93, Raymond Vander Elst proti Uradu za mednarodne migracije, ECLI:EU:C:1994:310 in zadevo C-445/03, Komisija proti Luksemburgu, cit. v op. št. 234.

²⁴³ Povzeto po: Smernice Komisije, COM(2006), 159 konč., str.7 in 8.

²⁴⁴ Povzeto po: Löschnigg, 2015, str. 254.

²⁴⁵ Povzeto po: Gerhartl Andreas, Grenzüberschreitende Entsendung von Ausländern nach österreich, Neuerungen durch die EuH-Rechtsprechung, AsoK 2016/3, str. 87 in 88.

²⁴⁶ 11. točka 3. odstavka 19. člena LSD-BG določa, da če je za zaposlitev napotenih delavcev v državi sedeža delodajalca, potrebno uradno dovoljenje, je potrebno v prijavi napotitve, navesti organ, ki je izdal dovoljenje, referenčno številko, datum izdaje in obdobje veljavnosti ali predložiti kopijo dovoljenja. V nadaljevanju točka 12 določa, da če napoteni delavec v državi sedeža delodajalca, potrebuje dovoljenje za prebivanje je potrebno v prijavi

najprej obvesti Osrednji koordinacijski organ, ki nato podatke posreduje zavodu za zaposlovanje. Zavod za zaposlovanje mora po prejemu obvestila v roku dveh tednov odločiti, ali so izpolnjeni pogoji (v tem primeru izda Potrdilo), če niso, tujcu prepove opravljanje storitev.

O skladnosti avstrijske zahteve po pridobitvi potrdila o napotitvi EU je Sodišče EU že odločalo v zadevi *Komisija proti Avstriji*.²⁴⁷ Takratno dejansko stanje ni bilo povsem primerljivo sedanji ureditvi, saj je bilo potrebno za izdajo Potrdila izpolnjevati še vrsto drugih pogojev. Kljub vsemu pa je sodba lahko izhodišče za razpravo o sorazmernosti zahteve, ki izhaja iz sedanje ureditve.

V zadevi je Komisija s tožbo predlagala Sodišču EU, naj ugotovi, da Avstrija ni izpolnila obveznosti, ki izhajajo iz člena 56 PDEU, s tem, da je nesorazmerno omejila napotitev delavcev, državljanov tretjih držav, v okviru opravljanja storitev, s pomočjo 18. člena avstrijskega zakona o zaposlovanju tujih delavcev, ki je predvideval predhodno pridobitev Potrdila o napotitvi EU, ki se je izdal, če so bili izpolnjeni določeni pogoji: če je bil tujec zaposlen v državi sedeža delodajalca že najmanj eno leto in če so se med napotitvijo spoštovali pogoji za izplačilo plač, pogoji zaposlovanja in predpisi s področja socialne varnosti, ki jih določa avstrijska zakonodaja.²⁴⁸

Komisija je v podporo tožbi navajala, da potrdilo o napotitvi v EU ni izdano v okviru postopka, ki bi bil zgolj ugotovitven, ampak gre za postopek izdaje pravega upravnega dovoljenja, saj je potrdilo izdano po tem, ko organ preveri pogoje, ki so določeni v AuslBG. Kot takšno potrdilo o napotitvi v EU predstavlja nujen pogoj za opravljanje kakršne koli storitve s pomočjo napotenih delavcev, državljanov tretjih držav, na avstrijskem ozemlju, saj brez izdanega potrdila opravljanje storitve ni mogoče.²⁴⁹

Glede vsebinskih zahtev, ki so morale biti izpolnjene za izdajo potrdila, je Komisija menila, da je zagotavljanje spoštovanja nacionalnih pogojev za izplačilo plač in zaposlovanja v okviru čezmejnega opravljanja storitev določeno že z Direktivo 96/71, ki je bila prenešana v avstrijsko pravo, takrat v okviru zakona AVRAG. Določbe direktive omogočajo možnost poznejšega nadzora teh pogojev na avstrijskem ozemlju, zato imajo avstrijski organi na voljo manj prisilno sredstvo za zagotavljanje spoštovanja navedenih pogojev.²⁵⁰ Sodišče EU ni nasprotovalo trditvi, da predhodna obveznost pridobitve potrdila upravno obremenjuje podjetja in s tem ovira načrtovano napotitev in opravljanje storitve na avstrijskem ozemlju.²⁵¹ Sodišče EU je s

navesti organ, ki izda dovoljenje, referenčno številko, datum izdaje in obdobje veljavnosti ali predložiti kopijo dovoljenja.

²⁴⁷ Zadeva C-168/04, Komisija proti Avstriji, ECLI:EU:C:2006:595.

²⁴⁸ *Ibidem*, tč. 1-4.

²⁴⁹ *Ibidem*, tč. 19.

²⁵⁰ *Ibidem*, tč. 26.

²⁵¹ *Ibidem*, tč. 39.

sklicevanjem na obstoječo sodno prakso²⁵² poudarilo, da je bilo že razsojeno, da nacionalna ureditev, ki za opravljanje storitev podjetja s sedežem v drugi državi članici na nacionalnem ozemlju zahteva izdajo upravnega dovoljenja, pomeni omejitev svobode opravljanja storitev v smislu člena 56 PDEU.²⁵³ Sodišče EU je potrdilo ugotovitve Komisije, da predstavlja postopek izdaje potrdila postopek izdaje dovoljenja, saj se izda šele po tem, ko pristojni organi preverijo, ali so izpolnjeni določeni pogoji. Sodišče EU je sicer priznalo pristojnost držav članic, da preverijo skladnost z nacionalnimi predpisi in predpisi Skupnosti na področju opravljanja storitev. Prav tako je priznalo utemeljenost ukrepov nadzora, ki so utemeljeni z višjimi razlogi v javnem interesu, ampak je prav tako odločilo, da morajo biti ti nadzori v skladu z omejitvami, ki jih določa pravo EU in svobode opravljanja storitev ne smejo onemogočiti.²⁵⁴

Avstrijska vlada je utemeljevala, da razlogi v podporo zahtevam iz AuslBG izhajajo iz razloga zaščite delavcev in stabilnosti trga dela. Med razlogi v javnem interesu, ki jih je Sodišče EU že priznalo, je tudi zaščita delavcev.²⁵⁵ Vendar pa potrdila o napotitvi v EU, kot izhaja iz AuslBG, po mnenju Sodišča EU ni mogoče opredeliti kot primeren ukrep za doseg navedenega cilja.²⁵⁶ Sodišče EU je bilo mnenja, da obveznost, ki se v okviru AVRAG naloži podjetju, da nacionalnim organom pred napotitvijo sporoči prisotnost napotenih delavcev, ki jih namerava napotiti, predvideno trajanje prisotnosti in storitev, zaradi katere so napoteni, pomeni ukrep, ki je enako učinkovit in manj omejujoč kot sporna zahteva po pridobitvi potrdila. Takšna obveznost namreč prav tako omogoča nadzornim organom, da preverijo spoštovanje avstrijske socialne in plačilne ureditve v obdobju napotitve. Zato postopek izdaje potrdila po presoji Sodišča EU, presega to, kar je nujno potrebno za doseg cilja zaščite delavcev.²⁵⁷

Sedanja ureditev glede izdaje potrdila EU o napotitvi sicer več ne zahteva izpolnjevanja določenih zahtev o predhodnem trajanju zaposlitve (najmanj eno leto ali za nedoločen čas) v državi sedeža delodajalca, ampak samo še izpolnjevanje pogoja zakonite zaposlitve v državi sedeža delodajalca in spoštovanje plačilnih in socialnih pogojev za delo in zaposlitev v skladu z avstrijsko ureditvijo za čas napotitve.

Kljub vsemu pa menim, da zahteve še vedno niso skladne s pravom EU, saj postopek izdaje potrdila še vedno predstavlja postopek izdaje dovoljenja in ne gre samo za ugotovitveni postopek. Kot je menilo Sodišče EU v zadevi *Komisija proti Avstriji*, bi morali podatki, ki jih je potrebno navesti v predhodni prijavi napotenih delavcev, nadzornim organom zadoščati, da v času trajanja napotitve preverijo, ali so izpolnjeni vsi pogoji in upoštevana vsa nacionalna pravila in pravila EU glede napotitve. Bolj primeren ukrep za preverjanje izpolnjevanja pogojev

²⁵² Zadeva C-43/93, Vander Elst, cit. v op. št. 242 in zadeva C-445/03, Komisija proti Luksemburg, cit. v op. št. 234.

²⁵³ *Ibidem*, tč. 40

²⁵⁴ Tako tudi v zadevi Zadeva C-113/89, Rush Portuguesa, cit. v op. št. 27, tč. 18.

²⁵⁵ V tem smislu glej sodbi C-49/98, Finalarte, tč. 33 in zadevo C-70/98, Portugaia Construções Lda, ECLI:EU:C:2002:40, tč. 20.

²⁵⁶ Zadeva C-168/04, Komisija proti Avstriji, cit. v op. št. 247, tč. 48.

²⁵⁷ *Ibidem*, tč. 52, 53.

za zaposlitev bi predstavljal postopek preverjanja izpolnjevanja pogojev med samim trajanjem napotitve in ne pred napotitvijo.

Ker opravljanje storitev z napotenimi delavci, državljani tretjih držav, brez predhodne izdaje potrdila, na ozemlju Avstrije ni možno, postopek izdaje potrdila še vedno predstavlja upravni postopek izdaje dovoljenja, za katerega iz obstoječe sodne prakse izhaja, da neupravičeno omejuje prost pretok storitve. Navedena zahteva po pridobitvi potrdila posledično še vedno ni skladna s pravom EU.

4.3 Hramba dokumentacije

21. člen LSD-BG zavezuje delodajalce s sedežem v državi članici EU, državi EGP ali Švicarski konfederaciji, da morajo v časovnem obdobju napotitve na kraju opravljanja dela v Avstriji hraniti dokumente o prijavi, socialni varnosti in uradnem dovoljenju za zaposlitev, če gre za državljana tretje države. Od obveznosti hrambe dokumentacije na kraju opravljanja dela so dovoljena določena odstopanja,²⁵⁸ vendar mora biti v prijavi predhodno navedeno, kje se bo dokumentacija za čas napotitve hranila.

Poleg dokumentov, ki so navedeni v 21. členu LSD-BG, so delodajalci zavezani na ozemlju Avstrije hraniti še dokumentacijo, ki se nanaša na plačilo za delo in je navedena v 22. členu LSD-BG: pogodbo o zaposlitvi ali delovni karton, plačilno listo, dokazila o izplačilu plače ali dokazila o bančnem nakazilu, zapise o plači, evidence delovnega časa in dokumente glede razvrstitve v plačilni razred za preverjanje nadomestila, ki med trajanjem napotitve pripada napotenemu delavcu v skladu z avstrijsko zakonodajo v nemškem jeziku z izjemo pogodbe o zaposlitvi, ki je lahko v angleškem jeziku.²⁵⁹

V primeru nadzora lahko delodajalec nadzornim organom zahtevane dokumente predloži v fizični ali elektronski obliki.²⁶⁰ Dokumenti morajo biti praviloma ves čas na voljo na kraju, kjer se delo opravlja. Dokumentacija mora biti hranjena ali elektronsko dostopna od začetka dela za celotno obdobje napotitve.

2. odstavek 21. člena LSD-BG določa, da se lahko dokumentacija (z izjemo transportnih delavcev, ki morajo ves čas napotitve vso dokumentacijo hraniti v vozilu) hrani pri kontaktni osebi, ki je imenovana v prijavi ali pri zastopniku oz. pooblaščenцу delodajalca s sedežem v Avstriji. Če ima podjetje v Avstriji podružnico, je dokumentacija shranjena na sedežu te podružnice.²⁶¹

²⁵⁸ Glej 2. odstavek 21. člena LSD-BG.

²⁵⁹ Povzeto po: Schnitter, 2016, str. 658.

²⁶⁰ Poveto po: Kühleubl, Waidmann, 2016, str. 327

²⁶¹ Poklicni zastopnik je lahko le tisti, ki izpolnjuje pogoje za zastopnika v skladu z avstrijsko zakonodajo. To so predvsem pravni in davčni svetovalci, odvetniki, notarji ipd.

Zahteva po hrambi določene dokumentacije na ozemlju države gostiteljice predstavlja pomembno orodje za zagotavljanje varstva pravic napotenih delavcev, saj nadzornim organom omogoči, da praviloma na kraju opravljanja dela preverijo, ali so pogoji za delo in zaposlitev države gostiteljice upoštevani ali ne. Kljub vsemu bi moral biti ukrep hranjenja dokumentacije strogo sorazmeren in ne bi smel predstavljati ovire za prosto opravljanje storitev.²⁶²

Sodišče EU je prvič odločalo o obveznosti vodenja in hranjenja določenih dokumentov o socialni varnosti v zvezi z napotenimi delavci v zadevi *Arblade in drugi*.²⁶³ Ugotovilo je, da je za učinkovito zaščito delavcev (predvsem na področju varnosti in zdravja pri delu ter področju delovnega časa), potrebno da se nekateri dokumenti hranijo na dostopnem in jasno označenem mestu na ozemlju države članice gostiteljice in so na voljo organom te države. Vendar je Sodišče EU v isti sodbi nadaljevalo, da je takšna zahteva sorazmerna samo v primeru, kadar se predhodno ugotovi pomanjkljivo varstvo napotenih delavcev in če zahtevani dokumenti iz države članice napotitve niso bili posredovani v primernem roku.²⁶⁴

Direktiva 2014/67 med upravnimi zahtevami in nadzornimi ukrepi, ki jih šteje kot primerne in sorazmerne za preverjanje spoštovanja pravic in pogojev za delo in zaposlitev napotenih delavcev, ureja tudi ukrep hrambe dokumentacije na ozemlju države gostiteljice. Določa, da lahko države članice uvedejo obveznost, da med obdobjem napotitve, tuji ponudniki storitev v državi gostiteljici v tiskani ali elektronski obliki dajo na razpolago nadzornim organom: pogodbo o zaposlitvi ali enakovreden dokument, plačilne liste, evidence prisotnosti, v katerih so razvidni začetek, konec in trajanje delovnega časa ter dokaze o izplačanih plačah ali izvodih enakovrednih dokumentov, in sicer na dostopnem in jasno določenem mestu na ozemlju napotitve, kot je delovno mesto ali gradbišče, za delavce v transportu pa vozilo.²⁶⁵

Člen 22. LSD-BG, ki opredeljuje dokumentacijo v zvezi s plačilom za delo, ki jo je potrebno hraniti na ozemlju Avstrije za čas napotitve, predstavlja implementacijo dela vsebine člena 9 Direktive 2014/67 in praviloma implementacijo člena 5 Direktive 96/71, ki določa obveznost držav članic, da sprejmejo ustrezne ukrepe za primere nespoštovanja določb direktive. A vendar LSD-BG poleg dokumentacije, ki je našeta v Direktivi 2014/67, dodatno določa še hrambo dokumentacije zapisov o plači²⁶⁶ in dokumentacije glede razvrstitve delavcev v tarifni razred.²⁶⁷ Gre za dva zelo široka pojma, ki omogočata zelo raznoliko razlago. Ker je razvrstitev v tarifni razred praviloma odvisna od izobrazbe, usposobljenosti in delovne dobe delavca, menim, da je v danem primeru zakonodajalec menil, da je potrebno predložiti ustrezna spričevala, potrdila o

²⁶² European Parliament resolution of 11 July 2007 on the Commission Communication on the posting of workers in the framework of the provision of services: maximising its benefits and potential while guaranteeing the protection of workers, P6_TA(2007)0340, tč. 5.

²⁶³ Združeni zadevi C-369/96 in C-376/96, Javno ministrstvo proti Jean-Claude Arblade in drugi, ECLI:EU:C:1999:575.

²⁶⁴ *Ibidem*, tč 61.

²⁶⁵ Glej člen 9(1)(b) Direktive 2014/67.

²⁶⁶ Nem. Lohnaufzeichnungen.

²⁶⁷ Glej 1. odstavek 22. člena LSD-BG.

usposobljenosti in potrdila o delovni dobi delavca. Da ne bi prihajalo do nepotrebnih kaznovanj tujih ponudnikov storitev, bi moral biti člen bolj jasen in določen. Prav tako ni povsem jasno, katere dokumente je zakonodajalec mislil z izrazom »zapisi o plačah«. Glede na dejstvo, da so v LSD-BG izrecno omenjene plačilne liste in zapisi o plači, gre nedvomno za dodatno dokumentacijo, ki iz okvira člena 9 Direktive 2014/67 ne izhaja. Kot je obravnavano v poglavju o kazenskih sankcijah, lahko nejasnost in nedoločnost 22. člena LSD-BG vodita do finančnih posledic za tuje ponudnike storitev. Slednji so lahko v dobri veri, da imajo vso potrebno dokumentacijo, pa se kasneje ob nadzoru izkaže, da nadzorni organ drugače razlaga pojem »zapisi o plači« in pojem »dokumentacija v zvezi z razvrstitvijo delavcev v tarifne razrede« kot tuji ponudnik storitev.

Sicer menim, da je z namenom lažjega nadzora nad spoštovanjem pravic napotениh delavcev nujno, da se na kraju opravljanja storitev hrani določena dokumentacija. Vendar je potrebno vnaprej natančno in jasno določiti, kakšna vsebina naj iz posameznega dokumenta izhaja. Ker na ravni EU vsebina plačilnih list in vsebina ostale dokumentacije, vezane na plačilo za delo, ni poenotena, bi moral biti tuji ponudnik storitve z zakonom vnaprej seznanjen, katere primerljive dokumente je potrebno predložiti, sicer gre lahko za ukrep, ki tujim ponudnikom storitve zaradi nejasnosti in pravne negotovosti otežuje opravljanje storitev v Avstriji.²⁶⁸

Sodišče EU je sicer pri pristopu do obravnave, ali so določene zahteve držav članic v nasprotju z načelom prostega opravljanja storitev, zelo previdno. Ukrepov ne opredeli sistematično, temveč jih poskuša natančno preučiti predvsem iz vidika utemeljenosti, primernosti in nujnosti. Sodišče EU je večkrat priznalo utemeljenost nadzornih ukrepov držav članic, ki so bili utemeljeni v splošnem interesu, pri tem pa pojasnilo, da je potrebno pri teh kontrolah upoštevati meje, določene s pravom EU in da svoboda opravljanja storitev zaradi tega nadzora ne sme postati navidezna.²⁶⁹

LSD-BG prav tako določa, da mora biti dokumentacija, ki jo je potrebno hraniti v Avstriji, prevedena v nemški jezik.²⁷⁰ V nadaljevanju tega poglavja je predstavljena sodna praksa Sodišča EU glede zahteve po hrambi dokumentacije, vezane na napotene delavce v jeziku države gostiteljice.

V skladu z določili LSD-BG je potrebno za čas opravljanja dela v Avstriji za vsakega napotnega delavca prevajati skoraj celotno vsebino njegove personalne mape. V nemški jezik (izjemoma v angleški), mora biti prevedena pogodba o zaposlitvi, dokumentacija, vezana na razvrstitev delavca v tarifni razred, ter vsa dokumentacija, vezana na plačilo za delo.

²⁶⁸ O ovirah pri napotitvah za države pošiljateljice glej denimo: IDEA Consult, ECORYS Netherlands, Study on the economic and social effects associated with the phenomenon of posting of workers in the EU, European Commission, 2011, str. 136.

²⁶⁹ Povzeto po: Sklepni predlogi generalnega pravobranilca - Cruz Villalón, 19. julija 2012, zadeva C-577/10, Komisija proti Kraljevini Belgiji, ECLI:EU:C:2012:477.

²⁷⁰ *Ibidem*.

Sodišče EU je dopustnost zahteve po hrambi dokumentacije napotnih delavcev v jeziku države gostiteljice presojalo v zadevi *Komisija proti Nemčiji*²⁷¹ z dne 18.07.2007. V zadevi je Komisija trdila, da določbe nemške zakonodaje, ki od tujih podjetij zahtevajo, da za čas napotitve v nemški jezik prevedejo vse dokumente, med njimi pogodbo o zaposlitvi, obračune plač, dokazila o delovnem času in izplačanih plačah in vse druge dokumente, ki jih zahtevajo nemški organi, pomenijo neutemeljeno in nesorazmerno omejitev svobode opravljanja storitev, zagotovljene s členom 56 PDEU.²⁷² Nemški organi pa so bili mnenja, da je ta obveznost utemeljena s potrebo, da se omogoči učinkovit nadzor spoštovanja pravnih obveznosti iz zakonodaje o napotnih delavcih in torej zagotovi učinkovito varstvo delavcev. Organi nadzora bi morali biti sposobni brati in razumeti zadevne dokumente, zato morajo biti prevedeni.²⁷³

Sodišče EU je presodilo, da zahteva po prevodu dokumentov v nemščino predstavlja omejitev svobode opravljanja storitev, saj povzroči stroške ter dodatna upravna in finančna bremena podjetjem s sedežem v drugi državi članici, tako da ta z vidika konkurence niso več v enakopravnem položaju z delodajalci s sedežem v državi gostiteljici in bi jih to lahko odvrnilo od opravljanja storitev v tej državi članici.²⁷⁴ Vendar je poudarilo tudi, da takšna zahteva zasleduje cilj utemeljen v splošnem interesu varovanja delavcev in nadzor takšnega varstva. Po mnenju Sodišča EU je namen takšne zahteve omogočiti učinkovito izvedbo nadzora s strani pristojnih organov države gostiteljice. Nadzor na kraju opravljanja dela bi bil otežen, če bi bili dokumenti v jeziku države članice sedeža delodajalca, saj tega jezika uradniki države članice gostiteljice nujno ne poznajo. Sodišče EU je zaključilo, da Nemčija ne krši prava EU s tem, ko zahteva, da se hrani določena dokumentacija za čas napotitve v nemškem jeziku, saj je njen namen v praksi omogočiti izvedbo nadzora s strani teh organov na gradbiščih. Ker je nemška zakonodaja zahtevala zgolj prevod štirih dokumentov (pogodb o zaposlitvi, obračunov plač, dokazil o delovnem času in o izplačanih plačah), ki po mnenju Sodišča niso pretirano dolgi in za pripravo katerih se praviloma uporabijo tipizirani obrazci, nemška zakonodaja po mnenju Sodišča tujim delodajalcem, ki napotujejo delavce v Nemčijo, ne povzroči velikega upravnega ali finančnega bremena in ne presega tistega, kar je potrebno za doseganje sledenega cilja socialnega varstva.²⁷⁵

Takšno stališče Sodišča EU je bilo kasneje potrjeno v omenjenem členu 9 Direktive 2014/67, ki primeroma navaja nekaj nadzornih in upravnih ukrepov, katerih se lahko poslužujejo države gostiteljice. Glede hrambe dokumentacije točka (b) navedenega člena navaja, da države članice lahko uvedejo obveznost, da se med obdobjem napotitve v tiskani ali elektronski obliki hranijo ali dajo na voljo izvodi pogodbe o zaposlitvi ali enakovrednega dokumenta,²⁷⁶ plačilne liste, evidence delovnega časa, dokazila o izplačilih. Dokumentacija se mora hraniti na dostopnem,

²⁷¹ Zadeva C-490/04, Komisija proti Nemčiji, ECLI:EU:C:2007:430.

²⁷² *Ibidem*, tč. 56.

²⁷³ *Ibidem*, tč. 60.

²⁷⁴ *Ibidem*, tč. 68, 69.

²⁷⁵ *Ibidem*, tč. 76.

²⁷⁶ Avstrija določa možnost predložitve t.i. delovnega kartona.

jasno določenem mestu na ozemlju napotitve, denimo na delovnem mestu ali gradbišču, v primeru mobilnih delavcev pa v vozilu.²⁷⁷

V nadaljevanju Direktiva 2014/67 državam članicam dovoljuje, da lahko zahtevajo prevod navedenih dokumentov v uradni jezik države članice gostiteljice.²⁷⁸

Dopustnost zahteve po hrambi ostale dokumentacije, vezane na napotnega delavca (potrdila o izobrazbi, poklicni usposobljenosti, delovnih izkušnjah itd.), še niso bile predmet presoje s strani Sodišča EU. Predložitev navedenih dokumentov se v Avstriji zahteva predvsem z namenom, da lahko nadzorni organi ugotovijo, ali je delavec pravilo razvrščen v tarifni razred po kolektivni pogodbi, ki se zanj uporabi. Ob morebitnem postopku pred Sodiščem bi se Avstrija verjetno sklicevala na utemeljenost ukrepa s ciljem zaščite varstva delavcev in učinkovitega nadzora nad tem varstvom. Ali je navedena zahteva pretirano omejujoča za tuje ponudnike storitev, težko presodimo. Če izhajamo s stališča Sodišča EU v zgoraj navedeni zadevi *Komisija proti Nemčiji*, bi lahko argumentirali, da v primerih prevodov spričeval in ostalih dokumentov ne gre za tipizirane obrazce, zato je bi lahko prevod pomenil večje upravno breme za tuje ponudnike storitev in posledično veljal za neprimeren in nesorazmeren ukrep za doseg cilja.

Upošteva je sodno prakso Sodišča EU zaključujem, da določbe LSD-BG, ki se nanašajo na obveznost hrambe določene dokumentacije (konkretno pogodbe o zaposlitvi, plačilne liste, dokazila o izplačilu plač, evidence delovnega časa) za čas napotitve na kraju opravljanja dela v Avstriji, prevedene v nemški jezik, niso v nasprotju z določili prostega opravljanja storitev. Zahteva po hrambi dokumentacije je utemeljena s ciljem v splošnem interesu, namreč, da se lahko pristojnim organom v Avstriji zagotovi učinkovit nadzor na kraju opravljanja dela, v jeziku, ki ga nadzorni organi razumejo.

4.4 Imenovanje kontaktne osebe

23. člen LSD-BG določa, da je potrebno znotraj predhodne prijave napotnih delavcev imenovati kontaktno osebo, ki je zavezana hraniti dokumentacijo, sprejemati dokumente in posredovati informacije.²⁷⁹ Kontaktna oseba mora pripadati krogu delavcev, ki so bili napoteni v Avstrijo, ali biti ena od oseb v Avstriji, ki so pooblaščen za poklicno zastopanje stranke. Ker je kontaktna oseba zadolžena tudi za hrambo dokumentacije, na tem mestu zahtevo po imenovanju kontaktne osebe obravnavam skupaj s pravilom iz 2. odstavka 21. člena LSD-BG, ki predstavlja izjemo od obveznosti hrambe dokumentacije na kraju opravljanja storitve. Ta člen določa, da se lahko dokumentacija hrani tudi: (1) pri kontaktni osebi; (2) pri podružnici, ki je registrirana na ozemlju Avstrije; (3) pri hčerinski družbi ponudnika storitve ali domači

²⁷⁷ Člen 9(1)(b) Direktive 2014/67.

²⁷⁸ Glej člen 9(1)(d) Direktive 2014/67.

²⁷⁹ Tako 23. člen LSD-BG.

matični družbi koncerna; (4) pri poklicnem zastopniku, ki ima sedež v Avstriji.²⁸⁰ Razlog za skupno obravnavo izhaja iz enakega vprašanja, ki se zastavlja v teh primerih, in sicer, ali je lahko kontaktna oseba tudi oseba, ki ni ena izmed napotenih oseb, konkretno, ali lahko država članica gostiteljica določi obveznost, da mora imeti kontaktna oseba oziroma oseba, ki hrani dokumentacijo, sedež oziroma prebivališče na ozemlju Avstrije.

Med ukrepi, ki jih primeroma navaja Direktiva 2014/67, je tudi možnost zahteve glede imenovanja osebe, ki je pristojna za stike z organi v državi gostiteljici.²⁸¹ Oseba je lahko imenovana z nalogami komunikacije s pristojnimi organi v državi gostiteljici, ter za prejemanje dokumentov in obvestil, če je to potrebno. Nadalje točka (f) člena 9(1) Direktive 2014/67 določa, da se lahko določi tudi obveznost imenovanja kontaktne osebe, ki deluje kot predstavnik, s pomočjo katerega lahko socialni parterji v državi gostiteljici skušajo doseči, da se ponudnik storitve med obdobjem opravljanja storitev v državi gostiteljici kolektivno pogaja v skladu z nacionalnim pravom. Kontaktna oseba ni nujno oseba, ki je imenovana v členu (e), in njena prisotnost na ozemlju države gostiteljice ni obvezna, biti pa mora na voljo, če je za to razumno in upravičeno zaprosena.²⁸²

Ali je lahko oseba, ki je pristojna za komunikacijo s pristojnimi organi, le ena izmed napotenih oseb ali morebiti tudi katera izmed drugih oseb, ki se nahajajo na ozemlju države gostiteljice, iz navedene določbe ne izhaja. Komisija je glede imenovanja zastopnika s sedežem v državi gostiteljici mnenja, da gre za zahtevo, ki je nezdržljiva s členom 56 PDEU. V zadevi *Arblade*²⁸³ je namreč Sodišče EU razsodilo, da je obveznost, v skladu s katero morajo biti določeni dokumenti shranjeni pri zastopniku s stalnim prebivališčem v državi članici gostiteljici, sprejemljiva samo, če nacionalni organ nadzora brez takšne obveznosti ne more opraviti učinkovito. Komisija meni, da je treba takšno sodno prakso razložiti od primera do primera, vendar meni, da bi za izpolnitev te naloge zadostovalo, da bi bila za obveznost hrambe zadolžena ena izmed napotenih oseb.²⁸⁴

To sodno prakso bi bilo treba razložiti od primera do primera, vendar lahko ugotovimo, da bi za izpolnitev te naloge morale zadostovati imenovanje ene osebe izmed napotenih delavcev, na primer delovodje, ki bi služila kot zveza med tujim podjetjem in inšpektoratom za delo. Komisija tako sklene, da je zahteva držav članic gostiteljic, da morajo imeti podjetja, ki napotujejo delavce na njeno ozemlje, na voljo zastopnika, ki ima stalno prebivališče v državi gostiteljici, nesorazmerna glede na cilj zagotavljanja nadzora nad pogoji zaposlovanja napotenih delavcev. Meni, da zadostuje imenovanje ene izmed napotenih oseb, ki predstavlja vez med podjetjem in pristojnim nadzornimi organi.²⁸⁵

²⁸⁰ Glej 2. odstavek 21. člena LSD-BG.

²⁸¹ Glej člen 9(1)(e) Direktive 2014/67.

²⁸² Glej člen 9(1)(f) Direktive 2014/67.

²⁸³ Združeni zadevi C-369/96 in C-376/96, *Arblade*, cit. v op. št. 263.

²⁸⁴ Smernice Komisije, COM(2006),159 konč., str. 4.

²⁸⁵ *Ibidem*.

Iz zadeve *Komisija proti Luksemburg*²⁸⁶ izhaja, da ukrep hrambe dokumentacije pri *ad hoc* zastopniku v državi gostiteljici ni dopusten, saj je denimo v zadevi *Arblade* že razsodilo, da obveznost hrambe dokumentacije pri fizični osebi, ki ima sedež na ozemlju države gostiteljice ne more biti utemeljena.²⁸⁷ V omenjeni zadevi *Komisija proti Luksemburg* je Sodišče EU dejalo, da država gostiteljica ne more od podjetij, ki napotujejo delavce, zahtevati, da hranijo dokumente na luksemburškem ozemlju, zato tudi ni mogoče zahtevati, da te iste dokumente hrani zastopnik, ki ima sedež v Luksemburgu, kajti če je podjetje samo fizično prisotno na ozemlju države gostiteljice, lahko dokumente hrani eden izmed napotениh delavcev.²⁸⁸ Da je mogoče nadzor opraviti tudi z milejšim ukrepom je v sklepnih predlogih menila tudi generalna pravobranilka Verica Trstenjak. Obveznost imenovanja *ad hoc* zastopnika, pri katerem se hrani dokumentacija za čas napotitve tako ni združljiva s členom 56 PDEU.²⁸⁹

Obveznost imenovanja *ad hoc* zastopnika ali pooblaščenca, ki ima sedež na ozemlju države gostiteljice in je zadolžena za hrambo dokumentacije, kot takšna torej ni združljiva s členom 56 PDEU. Na tej podlagi prav tako ne more biti skladna zahteva, da kontaktno osebo predstavlja *ad hoc* zastopnik v državi gostiteljici.

O obveznosti hranjenja dokumentov na delovnem mestu ali na naslovu zastopnika ali pooblaščenca ponudnika storitev na ozemlju države gostiteljice se je Sodišče EU kasneje izreklo v zadevi *dos Santos Palhota*.²⁹⁰ V navedeni zadevi je belgijska zakonodaja določala, da je potrebno kopije dokumentov, vezanih na napotene delavce, dati na voljo belgijskim organom bodisi na kraju opravljanja dela v Belgiji ali na belgijskem naslovu pooblaščenca ali zastopnika delodajalca.²⁹¹ Sodišče EU je odločilo, da pomeni takšna hramba dokumentov primeren način za nadzorne organe, da preverijo, ali so za napotene delavce spoštovani pogoji za delo in zaposlitev države gostiteljice in zato predstavlja upravičeno omejevanje svobode opravljanja storitev.²⁹²

Na podlagi te sodne prakse se lahko sklepa, da ukrep, ki predvideva hrambo dokumentacije bodisi na kraju opravljanja dela v državi gostiteljici bodisi pri pooblaščenca ali zastopniku, ki ima sedež v tej državi, sicer omejuje svobodo opravljanja storitev, vendar ga je mogoče upravičiti in je zato zakonit.

Na podlagi navedenega bi se lahko sklenilo tudi, da je zahteva iz LSD-BG po imenovanju kontaktne osebe, ki predstavlja vez med delodajalcem in nadzornimi organi, kot takšna

²⁸⁶ Zadeva C-319/06, Komisija proti Luksemburg, ECLI:EU:C:2008:350.

²⁸⁷ *Ibidem* tč. 90 in združeni zadevi C-369/96 in C-376/96, *Arblade*, tč. 77.

²⁸⁸ Zadeva C-319/06, Komisija proti Luksemburg, tč. 94 in 95.

²⁸⁹ Sklepni predlog generalne pravobranilke Verice Trstenjak, 13.9.2007, zadeva C-319/06, tč. 86 in 87.

²⁹⁰ Zadeva C-515/08, Kazenski postopek zoper Vítorja Manuela dos Santosa Palhoto, cit. v op. št. 41, točke 55–58 in 42.

²⁹¹ *Ibidem*, tč. 56.

²⁹² *Ibidem*, tč. 57.

sorazmerna, saj je lahko ta kontaktna oseba bodisi ena izmed napotenih delavcev ali zastopnik oz. pooblaščenec s sedežem države gostiteljice.

Menim pa, da odločitev v zadevi *dos Santos Palhota* ni povsem primerna za odgovor na vprašanje, ali je lahko kontaktna oseba, ki je med drugim zadolžena tudi za hrambo dokumentacije, tudi pooblaščenec ali zastopnik, za katerega je predpisana obveznost sedeža v državi gostiteljici. V zadevi *Komisija proti Luksemburg*²⁹³ je bilo namreč Sodišče jasno, da država ne sme predpisati obveznosti imenovanja *ad hoc* zastopnika s sedežem v državi gostiteljici, ki bi bil zadolžen za hrambo dokumentacije napotenih delavcev, saj je bolj primeren ukrep, ki določa, da za dokumentacijo poskrbi ena izmed napotenih oseb. V zadevi *dos Santos Palhota* pa je belgijsko pravilo zahtevalo bodisi hrambo na kraju opravljanja dela bodisi pri pooblaščenцу oz. zastopniku s sedežem v Belgiji. Kraj hrambe dokumentacije v navedeni zadevi ni bil ključno vprašanje za predhodno odločanje,²⁹⁴ zato se Sodišče z njim ni podrobno ukvarjalo, podalo je zgolj mnenje, da je takšen način hrambe dokumentacije primeren. Res je, da v avstrijski zakonodaji ni predpisana splošna obveznost imenovanja zastopnika ali pooblaščenca s sedežem v Avstriji, temveč gre za alternativno možnost, za katero se lahko odločijo tuji ponudniki storitev.

Tuja podjetja se pogosto odločajo za imenovanje zastopnikov in pooblaščenцев, ki imajo sedež v Avstriji, iz razloga, ker napoteni delavci ne govorijo nemškega jezika.²⁹⁵ Izbira kontaktne osebe s sedežem v Avstriji jim po eni strani omogoča lažjo komunikacijo z nadzornimi organi, po drugi strani pa jim predstavlja dodatno finančno breme. Če bi bila pravila in pogoji za delo in zaposlitev za čas dela v Avstriji dovolj jasna in natančna glede zahtev, ki jih je potrebno izpolnjevati za napotene delavce, izbira kontaktne osebe s sedežem v Avstriji praviloma ne bi bila potrebna. Ker pa so kazni v primeru ugotovljenih kršitev zelo visoke in so predpisani zelo kratki roki za morebitne dopolnitve in predložitve dodatne dokumentacije, so tuji ponudniki storitev v izogib navedenemu pogosto prisiljeni, da izberejo tujega zastopnika in pooblaščenca, sploh v primerih, kadar sami niso dovolj večji komunikacije in iskanja relevantnih podatkov v nemškem jeziku. Izbira kontaktne osebe s sedežem v Avstriji potemtakem v praksi ne predstavlja izjeme, ampak se je tuji ponudniki storitev iz strahu pred velikimi denarnimi kaznimi in ostalimi sankcijami pogosto poslužujejo. Res sicer je, da takšen ukrep nadzornim organom omogoča lažji nadzor in preverjanje, ali so upoštewane vse zahteve v zvezi z napotitvijo, vendar po drugi strani tujim ponudnikom storitev nalaga večje administrativno in

²⁹³ Zadeva C-319/06, Komisija proti Luksemburg, cit. v op. št. 286.

²⁹⁴ Predložitveno sodišče je v zadevi *dos Santos Palhota* v bistvu zanimalo, ali člena 56 PDEU in 57 PDEU nasprotujeta predpisom države članice, v katerih je določeno, da mora delodajalec s sedežem v drugi državi članici, ki napotuje delavce na ozemlje države gostiteljice, poslati predhodno izjavo o napotitvi ter nacionalnim organom v obdobju napotitve dati na voljo kopije dokumentov, ki jih predvideva socialna in delovna zakonodaja, kot so posamični obračun in obračun osebnega dohodka. Tako v zadevi C-515/08, Kazenski postopek zoper Vítorja Manuela dos Santosa Palhoto, cit. v op. št. 238, tč. 24.

²⁹⁵ Da ima znanje jezika države gostiteljice v primerih napotitve veliko vlogo in neznanje predstavlja potencialno oviro ponudnikom storitev, je bilo ugotovljeno tudi v študiji o ekonomskih in socialnih vplivih, povezanih z napotitvami znotraj EU. Glej: IDEA ECORYS, 2011, str. 136 in 138.

finančno breme in jih v primerjavi z domačimi ponudniki storitev postavlja v neenakopraven položaj.

4.5 Inšpekcijski pregledi

Za nadzor nad spremljanjem skladnosti napotitve z nacionalnim pravom in prakso so v Avstriji pristojni številni upravni organi. Za nadzor nad pripravljenimi dokumenti v zvezi z napotitvijo, kontrolo plačila ob upoštevanju kriterijev umestitve je denimo pristojen davčni organ in sicer Finančna policija.²⁹⁶ Nadzor nad spoštovanjem zakona BUAG izvaja sklad BUAK,²⁹⁷ kot je obravnavano v poglavju o pravicah napotenih delavcev, pa je za spoštovanje ostalih pogojev za delo in zaposlitev (denimo spoštovanje ukrepov glede varnosti in zdravja pri delu) pristojna delovna inšpekcija.

Finančna policija ima po LSD-BG pravico do vpogleda v pripravljene dokumente, pravico do kopije teh dokumentov in pravico, da zahteva posredovanje elektronsko posredovanje teh dokumentov v roku dveh dni od izvedene kontrole. Zakon za rok posredovanje dokumentov ne določa delovnih dni (*Arbeitsstag*), temveč uporablja izraz koledarski dan (*Werkstag*). Če bo denimo kontrola na kraju opravljanja dela izvedena v četrtek, bodo pristojne osebe tujih ponudnikov storitev morale posredovati zahtevano dokumentacijo do sobote, četudi morda pristojni nadzorni organi na ta dan dela ne opravljajo.²⁹⁸

Finančna policija o ugotovljenih rezultatih v zvezi s kontrolo plačila za delo poroča pristojnemu centru LSDB.²⁹⁹ Pristojni center ponovno preverja, ali so bile spoštovana pravila o plačilu za delo napotenih delavcev, predvsem ali so bili delavci ustrezno uvrščeni znotraj kolektivne pogodbe. Če pristojni center ugotovi, da delodajalec napotenemu delavcu ni izplačal plače, ki mu pripada po avstrijskih predpisih, vloži pri regionalnem upravnem organu prijavo, s katero zahteva določen obseg kazni za ugotovljeno kršitev.³⁰⁰ Pristojni center lahko kasneje od prijave odstopi, če ugotovi, da je delodajalec po prejetem sporočilu, da je bila ugotovljena kršitev, plačal razliko med dejansko pripadajočo plačo in izplačano plačo ter da je bila razlika v plačilu majhna ali do pre nizkega plačila prišlo zaradi lahke malomarnosti delodajalca oz. osebe, ki je pooblaščen za njegovo zastopanje.³⁰¹

Inšpekcijske preglede v povezavi z napotenimi delavci na ravni EU ureja Direktiva 2014/67. V členu 10 določa, da države članice zagotovijo ustrezna in učinkovita preverjanja in mehanizme za spremljanje spoštovanja nacionalnih pravil in praks ter da zagotovijo ustrezne inšpekcijske

²⁹⁶ Glej 12. člen LSD-BG.

²⁹⁷ Glej 15. člen LSD-BG.

²⁹⁸ Glej 3. točko 1. odstavka 12. člena LSD-BG.

²⁹⁹ Glej 2. odstavek 12. člena LSD-BG.

³⁰⁰ 4. odstavek 13. člena LSD-BG.

³⁰¹ 6. odstavek 13. člena LSD-BG.

preglede za nadzor nad spremljanjem pravil iz Direktive 96/71.³⁰² Inšpekcijski pregledi in nadzor skladnosti pa ne smejo biti diskriminacijski in/ali nesorazmerni.³⁰³ Kateri inšpekcijski pregledi se štejejo za diskriminacijske ali nesorazmerne, iz Direktive 2014/67 ne izhaja.

V predlogu Direktive 2014/67 je navedeno, da sodna praksa Sodišča priznava, da lahko države članice za učinkovito varstvo pravic delavcev, ki predstavlja nujni razlog v splošnem interesu, upravičuje nekatere nacionalne inšpekcijske preglede in nadzorne ukrepe, ki so potrebni za opravljanje splošnega nadzornega dela organov pri spremljanju spoštovanja materialnih obveznosti, utemeljenih s splošnim interesom. Vendar morajo države članice pri inšpekcijskih pregledih upoštevati člen 56 PDEU ter za izvajalce storitev ne smejo ustvarjati neupravičenih in nesorazmernih omejitev.³⁰⁴

Načeloma se lahko sklepa, da se diskriminacija in nesorazmernost v zvezi z inšpekcijskimi pregledi nanaša predvsem na informacije, ki jih morajo dodatno zagotoviti tuji ponudniki storitev v primerjavi z domačimi. V predlogu Direktive 2014/67 namreč Komisija na tem mestu nadaljuje, da je Sodišče EU v zadevah *Finalarte* odločilo, da se od podjetij, ki imajo sedež zunaj države članice gostiteljice, lahko zahteva več informacij kot od domačih podjetij, če je različna obravnava utemeljena z objektivnimi razlikami med navedenimi podjetji in podjetji s sedežem v državi članici gostiteljici.³⁰⁵

Države članice imajo torej pravico, da izvajajo določene nadzorne ukrepe v zvezi s spoštovanjem nacionalnih pravil in prakse v zvezi z napotnimi delavci. Določeni nadzorni ukrepi se lahko izvedejo pred napotitvijo (denimo prijava delavcev), dejanski nadzor na kraju opravljanja dela pa se praviloma izvaja na podlagi inšpekcijskih pregledov nadzornih organov.

Nadzorni ukrepi iz LSD-BG praviloma predstavljajo implementacijo nadzornih ukrepov, ki izhajajo iz Direktive 2014/67.³⁰⁶ Večina nadzornih ukrepov je utemeljena z razlogom izvajanja lažje kontrole s strani pristojnih nadzornih organov na kraju opravljanja storitve. Šteje se, da so upravičeni in sorazmerni naslednji ukrepi: predhodna prijava delavcev, hramba določene dokumentacije in imenovanje kontaktne osebe. Nekaj dvomov glede skladnosti s pravom EU pa se denimo zastavlja v zvezi z dodatnimi obveznostmi glede napotovanja državljanov tretjih držav, nedoločnostjo pravil glede dokumentacije, vezane na plačilo za delo in možnostjo hrambe dokumentacije pri *ad hoc* zastopniku s sedežem v Avstriji.

³⁰² Člen 10(1) Direktive 2014/67.

³⁰³ Člen 10(2) Direktve 2014/67.

³⁰⁴ Predlog Direktive Evropskega parlamenta in Sveta o izvrševanju Direktive 96/71/ES o napotitvi delavcev v okviru opravljanja storitev, Bruselj, 21.3.2012, COM(2012) 131 final, v nadaljevanju Predlog direktive 2014/67, str. 14-15.

³⁰⁵ Predlog Direktive 2014/67, stran 15.

³⁰⁶ Glej člen 9 Direktive 2014/67.

5 KAZENSKESANKCIJE IN OSTALI UKREPI

Države članice so na podlagi člena 5 Direktive 96/71 zavezane, da zagotovijo ustrezne ukrepe za spoštovanje pravic in pogojev za delo in zaposlitev napotjenih delavcev. Med te ukrepe poleg nadzornih ukrepov pred in med napotitvijo sodijo tudi ukrepi v primeru ugotovljenih kršitev. Kakšne ukrepe bodo izbrale države članice, ostaja v njihovi pristojnosti. Lahko gre za denarne ali druge vrste kazni pod predpostavko, da so kazni učinkovite, odvračilne in sorazmerne.³⁰⁷ Sankcije morajo biti primerne za varstvo pravic napotjenih delavcev, ki predstavljajo šibkejšo stranko v pogodbenem razmerju, učinkovito odvracati delodajalce od kršitev predpisanih nacionalnih pravil o napotjenih delavcih, hkrati pa ne smejo preseči tega, kar je nujno potrebno za doseg cilja v javnem interesu. Biti morajo torej sorazmerne.

Za primere kršitev določb LSD-BG sta predpisani dve kazenski sankciji, denarna kazen in kazen prepovedi opravljanja storitev v Avstriji. Pred ugotovljeno kršitvijo (če obstaja utemeljen sum o prekršku) lahko nadzorni organi izvajalcu naložijo plačilo varščine (33. člen LSD-BG) ali izberejo ukrep prekinitve plačevanja in naložijo plačilo varščine naročniku (34. člen LSD-BG). Kršitve so obravnavane kot upravni prekrški, za katere se šteje, da so bili storjeni v okolju regionalnega upravnega organa, v katerem se storitev opravlja, če je kraj opravljanja dela spremenljiv, pa v kraju, kjer je bil opravljen nadzor (25. člen LSD-BG). Za področje gradbeništva pa je LSD-BG uvedel tudi ukrep odgovornosti neposrednega naročnika za plačilo napotjenih delavcev (9. člen LSD-BG).

Za kršitev določb LSD-BG so predpisane zelo visoke denarne kazni (od 1.000,00 EUR do 50.000,00 EUR na posameznega delavca), ki se lahko kumulirajo, prav tako se lahko tujim delodajalcem dodatno izreče še ukrep prepovedi opravljanja storitev v Avstriji.³⁰⁸ Kazni so nedvomno odvračilne, ne zdi pa se, da so vedno sorazmerne. Predpisan je namreč enak kazenski okvir, ne glede na težo konkretnega prekrška. Delodajalci so lahko kaznovani enako, če denimo delavcev ne prijavijo pristojnim organom, ali če prijavo ne izvedejo pravočasno. V primeru kršitve pravil v zvezi s hrambo dokumentacije pa enako, če na ozemlju Avstrije ne hranijo nobene dokumentacije, kot če dokumentacija ni popolna. Sankcije torej ne upoštevajo posebnih okoliščin vsakega posameznega primera. Zakonodajalec je večino sankcij zasnoval za pregon administrativnih prekrškov, ki sami zase ne predstavljajo dejanskega pomena za zaščito pravic delavcev, zato niso povsem primerne in sorazmerne. Nedvomno je dejanski plačilni dumping tisti, ki bi moral biti ustrezno sankcioniran, a vendar je zakonodajalec v tem primeru določil, da se lahko delodajalec izogne plačilu denarne kazni, če po nadzoru delavcem izplača razliko med dejansko pripadajočo plačo in izplačano plačo.³⁰⁹

LSD-BG naj bi predstavljal pravno podlago za učinkovit boj proti plačilnemu in socialnemu dumpingu, zastavlja pa se vprašanje, ali visoke denarne kazni in ostale sankcije, pri katerih se

³⁰⁷ Povzeto po: Hojnik, Knez, 2015, str. 214, glej tudi Direktiva 2014/67, tč. 47 in člen 20 Direktive 2014/67.

³⁰⁸ Glede ukrepa prepovedi opravljanja storitev v Avstriji glej 31. člen LSD-BG.

³⁰⁹ Glej 2. odstavek 29. člena LSD-BG.

teža prekrška ne upošteva, predstavljajo prikrito omejevanje prostega pretoka storitev na notranjem trgu.

Menim, da visoke denarne kazni niso v skladu z načelom sorazmernosti, saj ne omogočajo upoštevanja posebnih okoliščin vsakega posameznega primera in ne razlikujejo položajev, v katerih gre morebiti za manjšo administrativno kršitev od primerov dejanskega posega v pravice delavcev. Sankcije zato tuje ponudnike storitev odvrtaajo od poslovanja na ozemlju Avstrije oziroma jim poslovanje otežujejo. Zaradi manjše administrativne napake (denimo napačno izpolnjena prijava delavcev ali manjkajoč posamezni dokument) se jim namreč lahko naloži veliko višja denarna kazen, kot je znašalo naročilo storitve, če pa je kršitev ugotovljena pri treh ali več delavcih, se jim lahko izreče še prepoved opravljanja storitev v Avstriji.³¹⁰ Če nadzorni organi presodijo, da obstaja utemeljen sum o prekršku in bi bil pregon ali izvrševanje kazni onemogočen ali otežen, lahko delodajalcu naložijo plačilo varščine, ki je lahko v vrednosti najvišje zagrožene kazni.³¹¹

V nadaljevanju so podrobneje predstavljene kazenske sankcije, ki izhajajo iz LSD-BG, ter ukrepi plačila varščine, prekinitve plačevanja in odgovornosti naročnika.

5.1 Denarne kazni in kazen prepoved opravljanja storitev

Denarne kazni so v LSD-BG predpisane za primere kršitev pravil v zvezi s prijavnimi dolžnostmi (pravočasna prijava napotenih delavcev, sporočanje pravih podatkov, sporočanje sprememb, hramba dokumentacije v zvezi s prijavo),³¹² kršitve pravil v zvezi s hrambo zahtevane dokumentacije,³¹³ kršitve v zvezi s hrambo dokumentacije povezane s plačo³¹⁴ in zaradi dejanskega izplačila prenizke plače napotenim delavcem.³¹⁵ Enaka denarna kazen od 1.000 do 10.000 evrov (v primeru ponovitve pa od 2.000 do 20.000 evrov na posameznega delavca; če je kršitev ugotovljena pri več kot treh delavcih je globa od 2.000 do 20.000 evrov na posameznega delavca, v primeru ponovitve pa od 4.000 do 50.000 evrov) je z manjšimi odstopanji predpisana praviloma za vse kršitve.

LSD-BG v 31. členu določa, da mora pristojni regionalni upravni organ podjetju prepovedati opravljanje storitev v Avstriji vsaj za eno leto in največ za pet let, če je bil delodajalec večkrat kaznovan v zvezi s pravili o dolžnosti prijave ali je zavračal vpogled v dokumentacijo ali so bile ugotovljene pomanjkljivosti v zvezi s hrambo dokazil o plači ali je bila izplačana prenizka plača za več kot tri zaposlene oziroma je delodajalec ponovil kršitev glede hrambe dokumentacije o plačilu oz. je ponovil kršitev izplačanega prenizkega izplačila.³¹⁶ Prepoved ni

³¹⁰ Glej 2. točko 1 odstavka 31. člena LSD-BG.

³¹¹ Glej člen 33. LSD-BG.

³¹² 26. člen LSD-BG.

³¹³ 27. člen LSD-BG.

³¹⁴ 28. člen LSD-BG.

³¹⁵ 29. člen LSD-BG.

³¹⁶ Glej 1. odstavek 31. člena LSD-BG.

dovoljena, če delodajalec predloži zadovoljiv dokaz, da je izvedel konkretne tehnične, organizacijske ali človeške ukrepe, ki so primerni za preprečitev ponovne storitve upravnega prekrška in je izdana denarna kazen že plačana. Kot primerne ukrepe LSD-BG navaja naslednje: vpeljava kakovostnega organa za poročanje in nadzor; vzpostavitev notranjega organa, ki redno preverja upoštevanje merodajnih predpisov; uvedba notranjih določb za jamstvo in nadomestilo škode za upoštevanje merodajnih predpisov.³¹⁷ Sankcija prepovedi opravljanja storitev je predpisana samo za delodajalce, ki nimajo sedeža v Avstriji.³¹⁸

Četudi se morda zdi, da takšne kazenske sankcije učinkovito sredstvo za boj proti socialnemu in plačilnemu dumpingu, ker je odvratilni namen vsekakor dosežen, pa je potrebno presoditi še, ali so takšne sankcije tudi sorazmerne. Zato se v zvezi s kazenskimi sankcijami postavljata dve glavni vprašanji:

Ali sankcije, ki izhajajo iz LSD-BG ustrezajo zahtevi iz člena 20 Direktive o izvrševanju, v skladu s katero morajo biti kazni, določene v nacionalnem pravu, učinkovite, odvratilne in obenem sorazmerne s storjeno pravno kršitvijo s ciljem ki se skuša doseči? Ali so kazenske določbe LSD-BG zaradi zneska denarnih kazni, in sankcijo prepovedi opravljanja storitev, v nasprotju s prepovedjo prikritega omejevanja prostega pretoka storitev, ki je določena v 56 členu PDEU?

5.1.1 Sorazmernost kazenskih sankcij

Vprašanje kazni je potrebno analizirati z vidika člena 5 Direktive 96/71, člena 20 Direktive 2014/67 in člena 56 PDEU, s katerim je prepovedano tudi prikrito omejevanje prostega pretoka storitev na notranjem trgu.

Ponudnik storitve je v skladu s PDEU pri opravljanju storitev v drugi državi članici zaščiten in pri opravljanju storitev ne sme biti oviran (člen 56 PDEU). Torej sme storitev v drugi državi članici opravljati pod enakimi pogoji, kakršne te država predpisuje svojim državljanom.³¹⁹ Člen 56 PDEU ne prepoveduje samo formalne (neposredne) diskriminacije, temveč zahteva, da se prepovedo vse omejitve svobodi opravljanja storitev (prikrita diskriminacija).³²⁰ Prepoved

³¹⁷ Glej 2. odstavek 31. člena LSD-BG.

³¹⁸ 1. odstavek 31. člena LSD-BG določa, da se lahko prepoved opravljanja storitev izreče delodajalcem v smislu 2. odstavka 3. člena LSD-BG (nanaša se na delodajalce, ki nimajo sedeža v Avstriji, delavci pa tam običajno opravljajo delo), 1. odstavka 8. člena (določa odgovornost naročnika za plače napotenih delavcev delodajalca, ki ima sedež v tretji državi) in 1. odstavek 19. člena (delodajalci s sedežem v EU ali s sedežem znotraj evropskega prostora).

³¹⁹ 3. odstavek člena 57 PDEU: *"Brez poseganja v določbe poglavja o pravici do ustanavljanja lahko ponudnik, zato, da zagotovi storitev, začasno izvaja svojo dejavnost v državi članici, v kateri se ta storitev opravlja, pod enakimi pogoji, kakršne te država predpisuje svojim državljanom."*

³²⁰ Povzeto po: Barnard, 2016, str. 225.

diskriminacije v storitvenem sektorju izhaja iz splošne prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva,³²¹ ki izhaja iz člena 18 PDEU.³²²

V zadevi *Säger*³²³ je Sodišče EU zavzelo stališče, da člen 56 PDEU ne zahteva le odprave vsake diskriminacije osebe, ki opravlja storitve na podlagi njegovega državljanstva, ampak tudi odpravo kakršnekoli omejitve, četudi se slednja opravlja brez razlikovanja za nacionalne in tuje izvajalce storitev, če omejitev preprečuje ali kako drugače ovira dejavnost ponudnika storitev s sedežem v drugi državi članici, kjer zakonito opravlja podobne storitve.³²⁴ Sodišče je v zadevi *Säger* pokazalo večjo pripravljenost za nadzor nad pravili, ki tudi potencialno (lahko) prepovedujejo, ovirajo ali omejujejo svoboščine. Sodišče je bolj poseglo v nacionalno regulativno avtonomijo, kot v primeru formalne diskriminacije: če države članice ne morejo upravičiti svojega ravnanja, bo nacionalno pravilo, ki bi lahko prepovedovalo ali kako drugače oviralo prost pretok na notranjem trgu, kršilo pravo Unije, četudi ni diskriminatorno.³²⁵

Materialno diskriminatorni ukrepi se lahko opravičijo, če so izpolnjeni določeni kriteriji: (1) ukrepi se uporabljajo na nediskriminatorni način; (2) utemeljen je z razlogom splošnega interesa; (3) je primeren za doseg cilja; (4) ne presega tega, kar je nujno potrebno za doseg cilja – je torej sorazmeren. Gre za t.i. objektivna upravičenja, ki izhajajo iz zadeve *Gebhard*³²⁶ kjer se je določilo pravilo utemeljenosti (Rule of Reason) s pomočjo katerega se lahko določene materialno diskriminatorne ukrepe opraviči na način, da zakonito ovirajo prost pretok storitev.³²⁷

Omejevalne ukrepe torej lahko države članice upravičijo, če za to obstajajo določeni objektivni razlogi, na področju napotenih delavcev pogosto objektivni razlog predstavlja potreba po zaščiti napotenih delavcev.³²⁸

Člen 5 Direktive 96/71 določa, da so države članice zavezane k sprejemu ustreznih ukrepov za primere nespoštovanja direktive (relevantno iz vidika kršitev v zvezi s pogoji za delo in zaposlitev), člen 20 Direktive 2014/67 pa določa obveznost držav članic, da sprejmejo pravila glede kazni, ki se uporabljajo v primeru kršitev nacionalnih določb, sprejetih na podlagi te direktive. Predvidene kazni morajo biti učinkovite, sorazmerne in odvračilne.

³²¹ "Iz ustaljene sodne prakse izhaja, da svoboda opravljanja storitev vključuje zlasti odpravo vsakršne diskriminacije ponudnika na podlagi državljanstva ali okoliščine, da je ustanovljen v državi, ki ni država, kjer se opravlja storitev." Tako Sodišče v zadevi C- 490/04, Komisija proti Nemčiji, ECLI:EU:C:2007:430, tč 83.

³²² 1. odstavek člena 18 PDEU: "Kjer se uporabljata Pogodbi in brez poseganja v njune posebne določbe, je prepovedana vsakršna diskriminacija glede na državljanstvo."

³²³ Zadeva C-76/90, Manfred Säger proti Dennemeyer & Co. Ltd, ECLI: ECLI:EU:C:1991:331.

³²⁴ Povzeto po: Steiner Josephine, Woods Lorna, EU law, Oxford University press, 2009, str. 501.

³²⁵ Tako: Barnard, 2016, str. 226.

³²⁶ Zadeva C-55/94, Reinhard Gebhard v Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano, ECLI: ECLI:EU:C:1995:411.

³²⁷ Povzeto po: Steiner, Woods, 2009, str. 508.

³²⁸ Povzeto po: Craig Paul, De Burca Grainne, EU law, text, cases, and materials, Oxford University Press, 2015, str. 853.

V skladu z ustaljeno sodno prakso Sodišča EU³²⁹ so države članice, kadar ne obstaja usklajena zakonodaja EU glede sankcij, ki veljajo za nespoštovanje pogojev, določenih s sistemom, uvedenim s to zakonodajo, pristojne izbrati sankcijo, ki se jim zdi primerna. To pristojnost pa morajo izvajati v skladu s pravom EU in njegovimi temeljnimi načeli, torej tudi z načelom sorazmernosti.³³⁰ Sodišče EU je namreč že večkrat presodilo,³³¹ da upravni ukrepi ne smejo prekoračiti tistega, kar je nujno potrebno za zasledovanje cijev, postopkov nadzora pa ne sme spremljati sankcija, ki bi bila tako nesorazmerna z resnostjo kršitve, da bi postala ovira svoboščinam, ki izhajajo iz PDEU.³³² Kljub vsemu, Sodišče redko samo odloči o sorazmernosti nacionalnih sankcij in nadzor sorazmernosti pogosto prepusti nacionalnim sodiščem.³³³

Kazenske sankcije iz LSD-BG sicer zasledujejo legitimen cilj varstva pravic delavcev, katerega je Sodišče EU priznalo kot upravičen cilj v javnem interesu pod pogojem, da omejevalni ukrep poveča njihovo socialno zaščito.³³⁴ Prav tako so sankcije, ki izhajajo iz LSD-BG, nedvomno učinkovite in odvračilne, ne razlikujejo pa se glede na težo prekrška in zato ni vzpostavljeno ustrezno sorazmerje. Res sicer je, da se gibljemo v sferi kogentnih pravil, ki so utemeljene s ciljem varstva pravic delavcev in so dispozicije teh pravil praviloma brezpogojne, a vendar vsakega dejanja, ki predstavlja kršitev določenega pravila, ne moremo obravnavati enako, saj nekatera dejanja predstavljajo hujšo, nekatera pa lažjo kršitev zakona.

Namen LSD-BG je v preprečevanju plačilnega in socialnega dumpinga, zato s kazenskim okvirjem zakonodajalec ne bi smel preseči tega, kar je nujno potrebno za doseg tega cilja. Hramba dokumentacije predstavlja sredstvo za nadzor nad spoštovanjem pravil torej instrument, da se preveri, ali je plačilni dumping nastal ali ne. Nedvomno dejanski plačilni dumping predstavlja hujšo kršitev kot manjkajoča dokumentacija, zato bi se morale denarne sankcije stopnjevati in izražati dejansko težo prekrška. Zakon prav tako ne razlikuje med primeri, če manjka celotna dokumentacija, zaradi česar je nadzor dejansko onemogočen, ali če manjka kakšen posamezni dokument. Glede na ureditev v zvezi z ugotovljeno kršitvijo prenizkega izplačila, ki predvideva, da se lahko upravni postopek ustavi, če delodajalec izplača razliko, bi morale podobno veljati tudi za kršitve v zvezi z manjkajočo dokumentacijo. Da bi bile sankcije sorazmerne, bi moral delodajalec imeti na voljo določen čas, da zahtevano dokumentacijo nadzornim organom posreduje. Da bi bilo izpolnjeno načelo sorazmernosti, bi

³²⁹ Glej denimo: zadeva C-262/99, Paraskevas Louloudakis proti Elliniko Dimosio ECLI:EU:C:2001:407, tč. 67, zadeva 50/76, Amsterdam Bulb BV v Produktschap voor Siergewassen, ECLI: ECLI:EU:C:1977:13, tč. 33 in 35, zadeva C-430/05 Ntioni Anonymi Etaireia Emporias H/Y, Logismikou kai Paroxis Ypiresion Michanografisis in Ioannis Michail Pikoulas proti Epitropi Kefalaiaioras, ECLI:EU:C:2007:410, tč. 54 in zadeva C-210/10, Márton Urbán proti Vám- és Pénygyörség Észak-alföldi Regionális Parancsnoksága, ECLI:EU:C:2012:64, tč. 53.

³³⁰ Povzeto po: sklepni predlog generalnega pravobranilca Melchiorja Watheleta, predstavljen 7. 5. 2015 v zadevi C-255/14, Robert Michal Chmielewski proti Nemzeti Adó- és Vámhivatal Dél-alföldi Regionális Vám- és Pénygyöri Főigazgatósága, tč. 27.

³³¹ Glej denimo: zadeva C-210/91, Komisija proti Grčiji, ECLI:EU:C:1992:525, tč. 20, zgoraj cit. zadeva Ntioni in Pikoulas, tč. 53 ter goraj cit. zadeva Urbán, tč. 53.

³³² Sklepni predlog generalnega pravobranilca Melchiorja Watheleta, z dne 7.5.2015, tč. 28.

³³³ *Ibidem*, tč. 30.

³³⁴ Glej denimo združene zadeve C-49, 50, 52, 54, 68 in 71/98 Finalarte Sociedade de Construção Civil Ld^a, z dne 25.10. 2001, ECLI: ECLI:EU:C:2001:564, tč. 41-9 in zadevo C-164/99, Portugaia Construções Lda, z dne 24.01.2002, ECLI:EU:C:2002:40, tč. 28-9.

se morale sankcije stopnjevati. Denimo v primeru enega manjkajočega dokumenta opozorilo, če bi se slednje ponovilo, denarna kazen. Za dejanski plačilni dumping bi morala biti predvidena višja denarna sankcija kot za primere ostalih administrativnih prekrškov in nižja za slednje.

Menim, da veliko kršitev nastaja tudi zaradi nejasnosti in nedoločnosti posameznih določb LSD-BG. Člen, ki opredeljuje, katero dokumentacijo v zvezi s plačilom za delo je potrebno hraniti na ozemlju Avstrije, je namreč zelo abstrakten. Težave ne nastanejo zaradi določila, da je potrebno hraniti pogodbo o zaposlitvi, plačilne liste, dokazila o izplačilu plače, saj gre za dokumente, ki na področju delovnega prava predstavljajo standardne dokumente. Več težav pa se pojavi pri ohlapnem določilu, da je potrebno hraniti tudi dokumente glede razvrstitve v plačilni razred in zapise o plači. Ker je določba zelo široka povzroča posledično veliko negotovosti ter nadzornim organom različno vsebinsko interpretacijo in posledično več možnosti za izrek kazenske sankcije. Obveznost hrambe dokumentacije je širšega obsega, kot je morda razvidno na prvi pogled, zato je predhodno težko ugotoviti, katere dokumente je potrebno hraniti v konkretnem primeru. Tuji ponudniki storitev so lahko v dobri veri, da imajo vso potrebno dokumentacijo, pa se kasneje izkaže, da temu ni tako, zaradi nedoločnosti zakonodajalca pa se jim lahko izreče še zelo visoka denarna kazen. Prekršek je torej lahko storjen iz nezavestne malomarnosti, kaznovan pa je enako, kot če bi delodajalec namenoma kršil pravila v zvezi z napotenimi delavci.

Prav tako se zdi, da je nesorazmerna sankcija prepovedi opravljanja storitev, saj se lahko izreče kot posledica več manjših administrativnih kršitev in ne samo v primerih težjih prekrškov. Slednja kazen se zdi nesorazmerna iz enakih razlogov kot visoke denarne kazni. Upoštevati bi namreč bilo potrebno okoliščine vsakega posameznega primera in presoјati, ali je kršitev res tako velika, da se izreče prepoved opravljanja storitev. Tudi v tem primeru bi bilo bolj primerno, da bi se sankcije stopnjevale in bi se ukrep prepovedi storitev izrekel v primeru ponavljajočih hujših kršitev. Upoštevati bi bilo potrebno tudi višino prenizko izplačanega plačila za delo. V primeru manjših odstopanj se zdi takšen ukrep pretiran. Sankcija ne izpolnjuje pogoja sorazmernosti in zato pomeni omejitev prostega pretoka storitev znotraj EU.

Kazenske sankcije, ki izhajajo iz LSD-BG, tako predstavljajo materialne diskriminatorne ukrepe, saj tujim ponudnikom storitev v primerjavi z domačimi nalagajo večje breme in jim s tem otežujejo ali ovirajo opravljanje storitev na avstrijskem trgu. Kazni posledično ne omogočajo pravičnega ravnotežja med zahtevami splošnega interesa in zahtevo po varstvu delavcev in boju proti plačilnemu dumpingu. Željeni cilj bi lahko pristojni organi dosegli tudi z manj restriktivnimi ukrepi. Upoštevati bi bilo potrebno okoliščine posameznih primerov in težo prekrškov, sankcije pa ne bi smele preseгati tega, kar je primerno in potrebno za uresničitev cilja, ki ga zasleduje LSD-BG. Kazenske sankcije posledično predstavljajo prikrito oviranje prostega pretoka storitev.

5.2 Odgovornost naročnika

Na področju gradbeništva je LSD-BG uvedel solidarno odgovornost neposrednega naročnika za plačilo napotnih delavcev. 9. člen LSD-BG določa, da naročnik odgovarja kot porok in plačnik po 1357. členu avstrijskega splošnega civilnega zakonika,³³⁵ za zahteve po zakonu, uredbi ali kolektivni pogodbi, ob upoštevanju posameznih kriterijev umestitve pripadajoči plači za napotnega delavca. Za zagotovitev ustreznega plačila napotnih delavcev tako ni odgovoren le delodajalec, temveč solidarno tudi neposredni naročnik storitve, ne glede na to, ali gre za fizično osebo (zasebni naročnik, potrošnik), podjetje ali javno naročilo. Naročnik, ki sam ni prejemnik naročila naročenih gradbenih del, ima odgovornost le, če je pred prejemom naročila vedel, da pravila o plačilu napotnih delavcev niso bila upoštevana.

V danem primeru ne gre za morebitno odgovornost glavnega izvajalca za plačilo delavcev podizvajalcev, kot jo denimo opredeljuje člen 12 Direktive 2014/67. Slednji določa, da lahko države članice zaradi preprečevanja goljufij in zlorab, sprejmejo dodatne nediskriminacijske in sorazmerne ukrepe, da zagotovijo, da se lahko v podizvajalskih verigah napoteni delavec glede zahtevkov po plačilu za delo, poleg odgovornosti delodajalca ali namesto nje sklicuje na odgovornost pogodbenika, katerega neposredni podizvajalec je delodajalec (ponudnik storitev). V tem primeru gre za odgovornost glavnega izvajalca za plačilo delavcev podizvajalca s katerim ima glavni izvajalec sklenjeno pogodbo, ki pa ni enaka obveznosti odgovornosti naročnika za plačilo napotnih delavcev, ki izhaja iz avstrijske pravne ureditve.

Subsidiarna odgovornost načeloma predstavlja učinkovit in izvedljiv način za določitev odgovornosti za uresničevanje pravic iz delovnega razmerja v večstranskih delovnih razmerjih, kadar so delavci vključeni v razširjene verige oddaje del podizvajalcem. Večina držav članic je težave poskušalo rešiti na način, da so določile odgovornost glavnih izvajalcev za obveznosti svojih podizvajalcev v skladu s sistemom solidarne odgovornosti. Na podlagi tega sistema morajo glavni izvajalci spremljati, ali njihovi poslovni partnerji upoštevajo delovno zakonodajo države gostiteljice. Zastavilo se je vprašanje, ali lahko takšna pravila omejujejo oddajo del podizvajalcem s strani tujih gospodarskih družb in bi zato lahko ovirala prosto opravljanje storitev na notranjem trgu.³³⁶ V Sporočilu iz leta 2007 je denimo Komisija ugotovila, da v državah članicah obstajajo različni sistemi solidarne odgovornosti, v skladu s katerimi prevzame spremljanje izpolnjevanja obveznosti neposredno družba prejemnica ali njeni gospodarski partnerji v državi gostiteljici. Države članice so mnenja, da gre za neposredno, učinkovito in izvedljivo metodo nadzora in preverjanja.³³⁷

³³⁵ Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie

StF: JGS Nr. 946/1811, ABGBG.

³³⁶ Komisija Evropskih skupnosti, Zelena knjiga, Posodabljanje delovnega prava za soočanje z izzivi 21. stoletja, Bruselj, 22.11.2006, COM(2006) 708 konč., v nadaljevanju Komisija, COM(2006) 708 konč., str. 12.

³³⁷ Povzeto po: Sporočilo Komisije, COM(2007), 304 konč., str. 10.

V zadevi *Wolff*³³⁸ je Sodišče EU menilo, da člen 5 Direktive 96/71, ki določa, da države članice sprejmejo ustrezne ukrepe za primere nespoštovanja direktive, razložen ob upoštevanju člena 56 PDEU, načeloma ne nasprotuje uporabi sistema solidarne odgovornosti za splošna ali glavna podjetja, kot ustreznega ukrepa v primeru nespoštovanja Direktive 96/71. Vendar tak ukrep ne sme presehati tistega, kar je nujno potrebo za doseglo zadanega cilja, ocena sorazmernosti pa je prepuščena nacionalnemu sodišču.³³⁹

Takšen način solidarne odgovornosti glavnih izvajalcev je torej sprejemljiv procesni način za zaščito pravice delavcev do najmanjše višine plačila, kadar je takšna oblika zaščite delavcev potrebna in sorazmerna ter v skladu z javnim interesom.³⁴⁰

V nasprotju z ustaljeno prakso solidarne odgovornosti glavnega izvajalca v primeru podizvajalskih verig pa je LSD-BG določil strožjo obliko odgovornosti, in sicer je razširil odgovornost za spoštovanje pravil o plačilu za delo neposredno na naročnika storitve, ki je lahko tudi fizična oseba.³⁴¹ Navedena zahteva pa se zdi vprašljiva iz vidika prejemnika storitve, ki mora v izogib odgovornosti za plačilo, poskrbeti, da bo izvajalec upošteval avstrijske predpise o plačilu za delo. Odgovornosti za plačilo seveda ne bo v primeru, če bodo ponudniki storitev napotnim delavcem zagotavljali ustrezno plačilo za delo, za spoštovanje slednjega se lahko naročnik in izvajalec dogovorita tudi v okviru pogodbe o naročilu. Sicer bo do dejanske odgovornosti prišlo v primeru, če bodo izpolnjeni določeni pogoji, ki jih navaja 2. odstavek 9. člena LSD-BG: (1) delavec najkasneje v roku osem tednov po zapadlosti plačila obvesti sklad BUAK o svoji zahtevi po plačilu; (2) obvestilo delavca vsebuje podatke o delodajalcu, obstoju delovnega razmerja, kraj in čas opravljanja storitve kot tudi vrsto storitve; (3) sklad BUAK delodajalca po končani izterjavi z navedbo konkretnega zneska o tem pisno obvesti in (4) dolgovan znesek še ni plačan in še ni zastaral.

A vendar Direktiva 2014/67 v preambuli pojasnjuje, da se lahko države članice odločijo in sprejmejo strožja pravila v zvezi z odgovornostjo naročnikov ali dodatna pravila na nediskriminatorni in sorazmerni osnovi.³⁴² Drugi odstavek 12 člena Direktive 2014/67 v nadaljevanju določa, da lahko države članice v zvezi z gradbenimi dejavnostmi (ki izhajajo iz priloge Direktive 96/71) sprejmejo ukrepe, s katerimi zagotovijo, da se lahko napoteni delavci v zvezi s svojimi pravicami plačila za delo, poleg odgovornosti delodajalca ali namesto nje sklicujejo na odgovornost pogodbenika, katerega neposredni podizvajalec je delodajalec. 4. odstavek povzema pojasnila iz preambule in določa, da lahko države članice v skladu s pravom EU določijo strožja pravila v zvezi z odgovornostjo na podlagi nacionalnega prava, vendar morajo upoštevati načelo sorazmernosti ter načelo nediskriminacije glede obsega in vrste

³³⁸ Zadeva C-60/03, *Wolff & Müller GmbH & Co. KG proti José Felipe Pereira Félix*, ECLI:EU:C:2004:610.

³³⁹ Sporočilo Komisije, COM(2007) 304 konč., str. 10 in zadeva C-60/03, *Wolff*, tč. 43 in 44.

³⁴⁰ Komisija, COM(2006) 708 konč., str. 12.

³⁴¹ Neues Lohn- Und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz: Erweiterte Auftraggeberhaftung Im Baubereich, URL: <https://cms.law/en/AUT/Publication/Neues-Lohn-und-Sozialdumping-Bekaempfungsgesetz-20-03-2017> (19.02.2018.)

³⁴² Glej tč. 36 preambule Direktive 2014/67.

odgovornosti podizvajanja. Komisija je zadolžena za pozorno spremljanje uporabe 12 člena Direktive 2014/67.³⁴³ Ker se je rok za implementacijo Direktive iztekel 18.06.2016, mnenja Komisije, ali je določilo o odgovornosti naročnika kot fizične osebe skladno s pravom EU, še ni bilo mogoče zaslediti. Glede na široko opredelitev solidarne odgovornosti, ki izhaja iz Direktive o izvrševanju, ki izrecno omogoča državam članicam, da izberejo strožja pravila, načeloma tudi solidarna odgovornost naročnika, ki je zasebni subjekt, ne bi smela biti sporna. Ali je ukrep sorazmeren s ciljem varstva pravic delavcev, pa bi moralo oceniti pristojno avstrijsko sodišče.

5.3 Plačilo varščine in prekinitev plačevanja

Z namenom lažjega pregona ali izvršitve kazni sta v LSD-BG določena dva varnostna ukrepa, in sicer varnostni ukrep plačila varščina (33. člen LSD-BG) in ukrep prekinitve plačevanja (34. člen LSD-BG). Oba se lahko izrečeta, če obstaja utemeljen sum o upravnem prekršku in če je na podlagi določenih dejstev mogoče sklepati, da bi bil pregon ali izvršitev kazni otežena ali onemogočena. Plačilo varščine do višine najvišje zagrožene kazni se lahko naloži bodisi tujemu ponudniku storitve ali avstrijskemu naročniku. Na tej podlagi LSD-BG določa, da se lahko od naročnika v Avstriji zahteva, da preneha s plačevanjem pogodbene vrednosti izvajalcu in namesto tega plača varščino nadzornim organom. Domnevana kršitev tujega ponudnika storitev ima torej lahko neposreden finančni vpliv na naročnika v Avstriji.³⁴⁴ Ukrep prekinitve plačevanja se lahko izreče samo, če plačilo varščine ni bilo izvedeno oziroma je ni bilo mogoče izvršiti.³⁴⁵

Za ukrep zaustavitve plačevanja morajo biti kumulativno izpolnjeni trije pogoji: obstajati mora utemeljen sum, da gre za upravno kršitev LSD-BG; obstajati morajo dejstva, ki izkazujejo, da je pregon delodajalca nemogoč ali bistveno otežen; predhodnega varnostnega ukrepa plačila varščine, ki izhaja iz 33. člena LSD-BG ni bilo mogoče opraviti.³⁴⁶

LSD-BG opredelitve pojma utemeljen sum ne vsebuje, nadzornim organom je torej prepuščeno, da presodijo, ali v konkretnem primeru obstajajo takšna dejstva, na podlagi katerih je mogoče sklepati, da bi bil pregon ali izvrševanje kazni nemogoč ali otežen. Utemeljen sum nakazuje na večjo verjetnost, da obstaja kršitev, in mora temeljiti na določenih dokazih. V primeru kršitve pravil v zvezi s prijavo ali hrambo dokumentacije, zagotavljanja plačila za delo v skladu z avstrijsko ureditvijo je lahko indic, da je storjena kršitev, manjkajoča dokumentacija, ki slednje potrjuje. Bolj vprašljivi pa so razlogi, na podlagi katerih nadzorni organ sklepa, da bo izvršitev kazni ali pregon otežen ali nemogoč. Kot je pojasnjeno v nadaljevanju, se je v teoriji in praksi že postavilo vprašanje, ali se lahko ukrep varščine naročniku izreče zgolj zato, ker ima izvajalec

³⁴³ 8. odstavek člena 12 Direktive 2014/67.

³⁴⁴ Lindmayr Manfred, Zahlungsstopp und Sicherheitsleistung nach dem LSD-BG, ARD, 5/2017, str. 3.

³⁴⁵ Glej 2. odstavek 34. člena LSD-BG.

³⁴⁶ Lindmayr, 2017, str. 3

sedež v drugi državi članici.³⁴⁷ Slednje namreč nakazuje na diskriminacijo tujih ponudnikov storitve in presega to, kar je nujno potrebno za dosego cilja – pregon ali izterjavo kazenskih sankcij. Takšna ureditev namreč nakazuje, da imajo domači ponudniki storitev, zoper katere takšen ukrep ni mogoč, prednost pred tujimi, kar pa je v nasprotju s členom 56 PDEU, ki kot je že bilo pojasnjeno, prepoveduje vsako diskriminacijo, ki lahko oteži ali ovira prost pretok na notranjem trgu.³⁴⁸ Avstrijski naročniki pa bi se denimo raje odločili za domače ponudnike storitev, pri kateri je njihova vpletenost v upravne postopke izključena.

Direktiva 2014/67 določa, da bi morali biti vsi ukrepi, ki jih uvaja direktiva, upravičeni in sorazmerni, da pri varstvu napotenih delavcev ne bi ustvarjali upravnega bremena ali omejili potencialna podjetja za ustvarjanje delovnih mest.³⁴⁹ Nadzorni ukrepi držav članic bi morali biti upravičeni iz nujnih razlogov splošnega pomena, med katere spada učinkovito varstvo pravic delavcev, če se z njimi ustrezno zagotovit uresničitev željenega cilja in ne presegajo tistega, kar je potrebno zanjo.³⁵⁰

Iz LSD-BG lahko razberemo, da je namen ukrepov plačila varščine in ukrepa prekinitve plačevanja v lažjem pregonu ali izvršitvi (morebitne) kazni zaradi kršitve določb LSD-BG. Direktiva 2014/67 sicer ne določa varnostnih ukrepov držav članic, ki bi služili zavarovanju denarnih in ostalih kazni, določa pa sistem čezmejnega izvrševanja upravnih glob in kazni, prav z namenom, da bi državam članicam olajšali morebitno izvršitev izrečenih denarnih kazni in ostalih sankcij.³⁵¹ Kakšne kazni, sankcije in ukrepe za izterjavo bodo države članice izbrale, ostaja v njihovi pristojnosti.³⁵² Lahko pa iz mnenja Sodišča EU, da je potrebno pri izbiri sankcij ostati v okviru prava EU in spoštovati tudi načela, med njimi tudi načelo sorazmernosti, sklepamo, da navedeno velja tudi za izbiro ukrepov za izterjavo. Pri izbiri ukrepov je potrebno upoštevati zlasti spoštovanje temeljnih pravic in svoboščin tožencev ter temeljnih pravnih načel, ki se zanje uporabljajo in izhajajo iz Listine Evropske unije o temeljnih pravicah,³⁵³ kot so pravica do zaslišanja, pravica do učinkovitega pravnega sredstva, pravica do poštenega sojenja ali načelo *ne bis in idem*.³⁵⁴

Glede na dejstvo, da so morale države članice Direktivo 2014/67 implementirati do 18.06.2016, bi praviloma v vsaki državi članici morali biti vzpostavljeni ustrezni mehanizmi, ki bi

³⁴⁷ V tem smislu glej zadevo C-33/17, Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo 23. januar 2017 Okrajno Sodišče Pliberk (Avstrija), Čepelnik d.o.o. proti Michael Vavti, UL C 86, 20.3.2017

³⁴⁸ Glej poglavje 5.1.1.

³⁴⁹ Glej točko 4 preambule Direktive 2014/67.

³⁵⁰ Glej točko 23 preambule Direktive 2014/67.

³⁵¹ Povzeto po: Predlog Direktive 2014/67 ter točka 44 preambule Direktive 2014/67.

³⁵² Na ravni EU obstajajo enotna pravila v zvezi s čezmejnim izvrševanjem upravnih kazni in glob. Denimo Okvirni sklep Sveta 2005/214/PNZ z dne 24. februarja 2005 o uporabi načela vzajemnega priznavanja denarnih kazni določa medsebojno priznavanje denarnih kazni, vključno z upravnimi globami, če se lahko na odločbe vložijo pritožbe na kazensko sodišče. Priznavanje in izvrševanje sodb v zvezi s civilnimi zahtevki pa je urejeno v Uredbi Bruselj I.

³⁵³ Listina Evropske unije o temeljnih pravicah, UL C 326, 26.10.2012.

³⁵⁴ Glej točko 45 preambule Direktive 2014/67.

omogočali lažjo izvršitev izrečenih sankcij, ki temeljijo predvsem na medsebojni pomoči organov posameznih držav članic in na podlagi medsebojnega priznavanja ukrepov.³⁵⁵

Menim, da bi dodatni ukrepi, kot so v primeru Avstrije denimo naložitev plačila varščine izvajalcu ali naročniku, bili utemeljeni, če bi se izkazalo, da čezmejna izvršitev ni bila uspešna. Da bi bilo izpolnjeno načelo sorazmernosti, pa bi se morali izreči šele po tem, ko bi bilo pravnomočno ugotovljena kršitev izvajalca in ne na podlagi utemeljenega suma o prekršku. Prav tako bi morala biti zagotovljena ustrezna pravna sredstva tako za izvajalca kot naročnika. LSD-BG sedaj določa, da v primeru izreka prekinitve plačevanja in naložitve plačila varščine naročniku izvajalec storitve ni stranka postopka in nima na voljo nobenega pravnega sredstva, prav pritožba naročnika nima odločilnega učinka (8. odstavek 34. člena LSD-BG). Ukrepa nista primerna in sorazmerna cilju, ki ga zasledujeta, saj je mogoče cilj doseči na način, ki je manj obremenjujoč tako za tujega izvajalca storitve kot za naročnika.

Vprašanje ali je sta ukrepa varščine in prekinitve plačevanj v skladu s pravom EU je že bilo predloženo Sodišču EU v predhodno odločanje, vendar v času pisanja tega dela sodba Sodišča EU še ni bila izdana.

V konkretnem primeru je slovensko podjetje v civilnem postopku tožilo avstrijskega naročnika za plačilo preostanka pogodbene vrednosti, ki ga je naročnik na podlagi izrečenega ukrepa prekinitve plačila izplačal avstrijskim nadzornim organom. Med izvajanjem naročila (suha gradnja) s strani slovenskega podjetja v Pliberku v Avstriji se je izvedla kontrola s strani finančne policije. Nadzorni organ je ugotovil, da podjetje ni prijavilo delavcev ter da niso bili predloženi zahtevani dokumenti v zvezi s plačilom za delo. Predvidena je bila denarna sankcija v višini 90.000,00 EUR. Finančna policija je izvedla ukrep prekinitve plačevanja in naložila avstrijskemu naročniku plačilo varščine. Slednje je utemeljila na dejstvu, da bi bilo zaradi lokacije podjetja³⁵⁶ preganjanje in izvrševanje kazni veliko težje. Slovenski ponudnik storitve je vložil tožbo na pristojno okrajno sodišče v Pliberku z zahtevo po plačilu preostanka pogodbene vrednosti, naročnik pa je ugovarjal, da je bila varščina, ki jo je plačal nadzornim organom, poravnana z učinkom dolga. Avstrijsko sodišče je prekinilo postopek in januarja 2017 Sodišču EU predložilo vprašanja za predhodno odločanje.³⁵⁷

Avstrijsko sodišče zanima, ali je odreditev ustavitve plačil in plačilo varščine v višini neplačanega zneska plačila domačemu naročniku, v primeru, kadar ukrepa služita zgolj zavarovanju morebitne denarne kazni, ki se nato naloži šele v posebnem postopku proti izvajalcu storitve s sedežem v drugi državi članici, skladna s členom 56 PDEU in Direktivo 2014/67. Če je odgovor nikalen, avstrijsko sodišče sprašuje, ali je potrebno navedene določbe razlagati tako, da prepovedujeta državi članici odreditev navedenih ukrepov v višini

³⁵⁵ Glej 1. odstavek člena 13 Direktive 2014/67.

³⁵⁶ Sedež ponudnika storitev je na Prevaljah, ki so od mesta opravljanja storitev (Pliberk) oddaljene 18 km.

³⁵⁷ Povzeto po: Škof Maria, Sicherheitsleistungen gemäß AVRAG bzw LSD-BG europarechtswidrig? ARD, 13.07.2017, 6/2017, str. 4.

neplačanega zneska plačila domačemu naročniku, če tujemu izvajalcu v postopku o naložitvi varščine ni na voljo pravno sredstvo proti odredbi varščine, pritožba domačega naročnika proti tej odločbi pa nima odložilnega učinka. Prav tako sodišče sprašuje, ali se lahko navedena ukrepa ustavitve plačil in naložitev plačila varščine domačemu naročniku, odredita zgolj zato, ker ima izvajalec storitev sedež v drugi članici EU in ali se lahko odredita kljub temu, da plačilo izvajalcu še ni zapadlo v plačilo in višina končnega zneska plačila zaradi protiterjatev in pridržne pravice še ni določena.³⁵⁸

Kot je razvidno, iz ureditve ukrepov plačila varščine in ukrepa prekinitve plačevanja izhajajo več vprašanj glede skladnosti s pravom EU: ali je ukrep ustavitve plačevanja in naložitev varščine naročniku, ki služi zavarovanju kazni, katera se ne bo nujno izrekla, temveč je odločitev o tem odvisna šele od postopka, ki bo potekal po naložitvi varščine, skladna s pravom EU; ali je skladna ureditev, da se lahko izreče ukrep plačila varščine domačemu naročniku zgolj zaradi dejstva, ker ima izvajalec sedež v drugi državi članici; ali je skladna ureditev, na podlagi katere tako izvajalec kot naročnik nimata na voljo ustreznega pravnega sredstva, in nenazadnje, ali se lahko naloži plačilo varščine v višini neplačanega zneska, čeprav plačilo izvajalcu še ni zapadlo v plačilo in višina končnega zneska še ni določena.

Pričakovati je, da bo mnenje Sodišča razjasnilo marsikatero vprašanje, ki se zastavlja v zvezi z ukrepi zavarovanja kazni. Glede na dejstvo, da ostaja navedeno področje v pristojnosti nacionalnih zakonodaj držav članic, pa je vprašanje, do kakšne mere bo Sodišče z odločitvijo poseglo v to avtonomijo držav članic. Nedvomno navedeni ukrepi v primeru Avstrije predstavljajo omejitev načela prostega opravljanja storitev v EU, zato bo potrebno presoditi, ali jih je mogoče opravičiti.

³⁵⁸ Povzeto po: Zadeva C-33/17, Čapelnik, cit. v op. št. 347.

6 SKLEP

V magistrskem delu obravnavam določene vidike ureditve instituta napotenih delavcev v avstrijski pravni ureditvi v primerjavi z ureditvijo, ki izhaja iz zakonodaje EU. Glede na dejstvo, da na ravni EU obstajajo pravila, ki dajejo splošni pravni okvir za napotitve v okviru prostega opravljanja storitev v EU, me je zanimalo, ali je ureditev napotenih delavcev, kot izhaja iz avstrijskega LSD-BG, skladna s pravom EU. Zastavila sem si tri teze, ki so se izkazale kot utemeljene iz razlogov, ki so pojasnjeni v nadaljevanju.

LSD-BG predstavlja implementacijo Direktive 96/71 in Direktive 2014/67, ki predstavljata splošni pravni okvir za ureditev instituta napotenih delavcev na ravni EU. Direktiva 96/71 je pomembna z vidika določitve pogojev za delo in zaposlitev, ki jih je potrebno za čas napotitve upoštevati v državi gostiteljici, Direktiva 2014/67 pa predvsem z vidika določitve ukrepov, ki jih lahko države članice uporabijo za zagotavljanje učinkovitega nadzora nad spremljanjem spoštovanja pravil o napotenih delavcih.

V magistrskem delu ugotavljam, da pravice in pogoji za delo in zaposlitev, ki jih je potrebno za čas napotitve upoštevati na ozemlju Avstrije v skladu z določili LSD-BG, predstavljajo prenos zahteve iz Direktive 96/71, ki je v členu 3 določila »*trdo jedro prisilnih predpisov*«, do katerih so v državi gostiteljici upravičeni napoteni delavci. Ker Direktiva 96/71 ne ureja materialne vsebine teh prisilnih predpisov, temveč glede vsebinske določitve napotuje na zakonodajo, predpise ali kolektivne pogodbe države gostiteljice, se pri razlagi posameznih pravil lahko pojavijo določene težave. Določene pravice, kot so denimo pravica do dovoljenega delovnega časa, letnega dopusta, zagotavljanja varnosti in zdravja pri delu, določbe o enakem obravnavanju, so na ravni EU poenotene, zato pri ureditvi teh pravic praviloma ne bi smelo prihajati do večjih razlik med državami članicami in do težav pri upoštevanju teh pravil pri napotitvah. Več težav se pojavlja v zvezi s plačilom za delo napotenih delavcev. Direktiva 96/71 praviloma določa, da so napoteni delavci upravičeni do minimalnega plačila za delo, kot izhaja iz zakonodaje in/ali prakse države gostiteljice. Na tej podlagi LSD-BG določa, da se plačilo za delo napotenega delavca določi v skladu s kolektivno pogodbo, ki se uporablja za čas napotitve v Avstrijo. Pravno vprašanje, ki se pri tem zastavlja, je, katere sestavine plačila za delo, ki so bile izplačane napotenemu delavcu, se lahko vštejejo v minimalno plačilo, ki se zahteva po pravu države gostiteljice. Sodišče EU sestavnih elementov minimalnega plačila za delo napotenih delavcev ni sistematično opredelilo, temveč je dalo zgolj določene usmeritve. Iz sodne prakse izhaja, da se lahko v minimalno plačilo za delo vštejejo določena plačila, ki ne spreminjajo razmerja med storitvijo, ki jo opravi napoteni delavec, in protidajatvijo, ki jo za to prejme. V tem smislu je Sodišče denimo odločilo, da se lahko pod določenimi pogoji v minimalno plačilo za delo vštejejo: 13. in 14. plača, povračilo stroškov za prevoz in dnevnice. Ostale težave, vezane na plačilo napotenih delavcev v Avstrijo, kot so denimo izbira ustrezne kolektivne pogodbe, razvrstitev delavcev v tarifne razrede ipd., so administrativne narave, ki

načeloma tujim ponudnikom storitev poslovanje na ozemlju Avstrije otežujejo, a vendar Sodišče meni, da je zahteva držav članic, na podlagi katere se plačilo za delo napotениh delavcev določi upoštevaje razvrstitev v tarifni razred znotraj kolektivne pogodbe, skladna s pravom EU.

Več odstopanja od prava EU je bilo mogoče zaznati pri ureditvi nadzornih ukrepov in upravnih zahtev, ki izhajajo iz LSD-BG. Direktiva 2014/67 sicer primeroma navaja določene nadzorne ukrepe in upravne zahteve, za katere šteje, da so primerne za spremljanje izvrševanja pravil o napotениh delavcih v praksi, in določa, da lahko države članice določijo tudi druge ukrepe, pod predpostavko, da ti ukrepi opravljanja storitev ne omejijo pretirano. Ukrepi morajo torej biti primerni, učinkoviti in sorazmerni. V magistrskem delu ugotavljam, da teh pogojev ne izpolnjuje zahteva po pridobitvi potrdila EU o napotitvi, ki se zahteva za napotitev državljanov tretjih držav. Postopek izdaje potrdila namreč predstavlja postopek izdaje upravnega dovoljenja, za katerega je Sodišče odločilo, da ni skladen s pravom EU. Sodišče EU v sodni praksi praviloma ugotavlja, da so nadzorni ukrepi lahko primerni, če so utemeljeni z razlogom v javnem interesu, tj. varstvom pravic delavcev. S tem razlogom so utemeljene tudi zahteve po hrambi dokumentacije in postopkom predhodne prijave delavcev, ki je določena v LSD-BG.

V magistrskem delu obravnavam tudi ureditev kazenskih sankcij in ostalih ukrepov, ki izhajajo iz LSD-BG za primere kršitev pravil. Ugotavljam, da kazenske sankcije niso sorazmerne cilju, ki ga zasledujejo, saj ne upoštevajo okoliščin vsakega posameznega primera posebej. Kazenske sankcije, ki izhajajo iz ureditve v LSD-BG, tako predstavljajo materialni diskriminatorni ukrep, saj tujim ponudnikom v primerjavi z domačimi nalagajo večje breme in jih s tem postavljajo v neenakopraven položaj. Kot takšne ne vzpostavljajo pravičnega ravnotežja med zahtevo po varstvu pravic delavcev in težo posameznega prekrška. Prav tako se zdi, da nista primerna in sorazmerna obravnavana ukrepa plačila varščine in prekinitve plačevanja. Gre za dva ukrepa, ki sta določena zgolj za primere, da izvajalec storitve nima sedeža v Avstriji. Presoja skladnosti teh dveh ukrepov s pravom EU je bila nedavno že predložena Sodišču EU v predhodno odločanje.

Na podlagi navedenega ugotavljam, da sta se prva in druga teza, kjer sem predpostavila, da:

»Avstrija s strogimi formalnimi obveznostmi glede napotениh delavcev ovira prost pretok storitev znotraj EU.« in *»Vseh ukrepov in zahtev v zvezi z delavci napotениmi v Avstrijo ni mogoče opravičiti iz objektivnih razlogov in kot takšni ne predstavljajo zakonitega oviranja prostega pretoka storitev.«*

izkazali kot utemeljeni.

V tretji tezi, sem predpostavila, da:

»Postopki napotitev delavcev v tujino so kompleksni, zato se podjetja v praksi v zvezi z napotitvijo delavcev srečujejo s številnimi izzivi. Postopki se od države do države razlikujejo in so prepleteni z nerešenimi vprašanji z različnih pravnih področij. Izzivi so posledica pomanjkanja ključnih informacij povezanih z napotitvijo, razdrobljenostjo in nejasnostjo pravnih pravil, neznanjem jezika države gostiteljice ipd.«

Ugotavljam, da so napotitve pravni in politični fenomen, ki je neločljivo povezan s problematiko prostega opravljanja storitev. Ker EU zakonodaja skuša doseči zgolj poenotenje področja napotenih delavcev, ostaja institut zelo raznoliko urejen znotraj posameznih držav članic. Pri napotitvah prihaja do trka dveh pravnih sistemov, pravnega sistema države članice, kjer ima delodajalec sedež, in pravnega sistema države gostiteljice, zato je za zakonito izveden postopek napotitve v praksi potrebno dobro poznavanje obeh zakonodaj.

Ugotavljam, da se podjetja na področju napotitev soočajo s pomanjkanjem ključnih informacij v zvezi z napotitvami. Kljub temu, da so bile države članice na podlagi zakonodaje EU zavezane k ustanovitvi enotnih kontaktnih točk, kjer bi lahko tako podjetja kot delavci dostopali do vseh pomembnih informacij, je področje še vedno pomanjkljivo urejeno. Večina držav članic je ustvarila spletne strani, namenjene napotitvam, vendar so informacije na teh straneh pogosto nejasne, premalo razdelane in razdrobljene. Zakonodaja, iz katere se črpa vsebina sestavin, ki jih je potrebno na ozemlju države gostiteljice upoštevati, pa ostaja neprevedena. Vse navedeno postopke z napotenimi delavci tujim ponudnikom storitev otežuje. Sami pogosto niso večji branja pravnih predpisov, ne poznajo posebnosti pravnega sistema države gostiteljice in ne poznajo jezika te države. Da se izognejo kaznim zaradi nespoštovanja določb, morajo najemati zunanje strokovnjake, ki področje bolje poznajo, kar pa posledično vpliva na stroške poslovanja.

Potrdim lahko, da so napotitve kot takšne kompleksne in jih predvsem mala podjetja in samozaposleni posamezniki težko izvajajo brez tuje strokovne pomoči, saj je potrebno podrobno poznavanje tako zakonodaje EU, zakonodaje države članice sedeža delodajalca in države članice gostiteljice.

7 SEZNAM LITERATURE

KNJIGE IN ČLANKI

- Barnard Catherine, EU Employment Law, fourth edition, Oxford University Press, 2012.
- Barnard Catherine, The Substantive Law of the EU, the Four Freedoms, Oxford University Press, 2016.
- Craig Paul, De Burca Grainne, EU law, text, cases, and materials, Oxford University Press, 2015.
- Galič Aleš, Kolizijskoppravna pravila v delovnih sporih, Delavci in delodajalci, 2-3, 2013.
- Gerhartl Andreas, Grenzüberschreitende Entsendung von Ausländern nach Österreich, Neuerungen durch die EuH-Rechtsprechung, AsoK 3/2016.
- Gerhartl Andreas, Sonderzahlungen im Arbeitsrecht, ARD, 4/2016.
- Gerhartl Andreas, Anwendbares Arbeitsrecht bei Auslandsbezug und Eingriffsnormen am Beispiel des LSD-BG, RdW, 11/2016.
- Gerhartl Andreas, Der Dienstzettel, ARD, 4/2017.
- Hojnik Janja, Knez Rajko, Svoboščine notranjega trga EU, GV založba, Ljubljana, 2015.
- Hojnik Janja, Pravni status multinacionalnih delavcev v EU, Pravna praksa, 39-40, 2017.
- Krömer Daniela, Entsendung oder grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung, Ecolex, 8/2016.
- Kühteubl Stefan, Waidmann Teresa, Aller guten Dinge sind drei? Das (wieder) neue Lohn- und Socialdumping Bekämpfungsgesetz, Zeitschrift für Arbeits und Socialrecht, 53/2016.
- Lindmayr Manfred, Zahlungsstopp und Sicherheitsleistung nach dem LSD-BG, ARD, 5/2017.
- Lösching Günther, Arbeitsrecht, 12. Auflage, OGB Verlag, 2015.
- Rihs Georg, Schweinhammer Wolfgang, LSD-BG – ein Überblick aus vergaberechtlicher Perspektive, Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht, 2/2017.
- Risak E. Martin, Labour law in Austria, Kuwer Law International, 2010.
- Schnitter Julia, Das Lohn- und Socialdumping-Bekämpfungsgesetz Die wichtigsten Neuerungen in überblick, Ecolex, 8/2016.
- Steiner Josephine, Woods Lorna, EU Law, Oxford University Press, 2009.
- Škof Maria, Sicherheitsleistungen gemäß AVRAG bzw LSD-BG europarechtswidrig? ARD, 6/2017.

DRUGA LITERATURA

- Allinger Bernadette, Austria: Updated law against wage and social dumping comes into force, URL: <https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/articles/austria-updated-law-against-wage-and-social-dumping-comes-into-force>.
- Allinger Bernadette, Austrian labour market opens for new Member States, 7.7.2011, URL: <https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/articles/austrian-labour-market-opens-for-new-member-states>.

- Bauer Corina, Maßnahmen zur Bekämpfung des Lohn- und Sozialdumpings unter Einbeziehung der aktuellen LSDB-G Novelle 2014, Diplomarbeit, 2014.
- BUAK, Informacija za podjetja, URL: https://www.buak.at/cms/BUAK/BUAK_4.5.2.10/entsendung-nach-oesterreich/languages/employers/slowenisch.
- Collective bargaining, Austria, URL: <https://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Countries/Austria/Collective-Bargaining>.
- Der Kollektivvertrag regelt Ansprüche, die nicht im Gesetz stehen, URL: <https://www.arbeiterkammer.at/beratung/arbeitsrecht/Arbeitsvertraege/Kollektivvertrag.html>.
- Die Entsendeplattform, URL: http://www.entsendeplattform.at/cms/Z04/Z04_0/home.
- Entgelt und Entgeltbestandteile, URL: https://www.wko.at/service/arbeitsrecht-sozialrecht/Entgelt_und_Entgeltbestandteile.html.
- European Parliament resolution of 11 July 2007 on the Commission Communication on the posting of workers in the framework of the provision of services: maximising its benefits and potential while guaranteeing the protection of workers, P6_TA(2007)0340.
- Evropska Komisija, Praktični vodnik o zakonodaji, ki se uporablja v Evropski uniji (EU), Evropskem gospodarskem prostoru (EGP) in Švici, 2013.
- George Adam, Government plans seven-year transitional period for workers from central and eastern Europe, 7.3.2004, URL: <https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/articles/government-plans-seven-year-transitional-period-for-workers-from-central-and-eastern-europe>.
- Houwerzijl Mijke, European Union law and Dutch labour law: The employment protection of posted temporary services workers, VIII World congress of labour and security law, Paris, 2006, URL: <http://isssl.org/wp-content/uploads/2013/01/NetherlandsEnglish-Houwerzijl.pdf>.
- Houwerzijl Mijke, van Hoek Aukje, Complementary study on the legal aspects of the posting of workers in the framework of the provision of services in the European Union, University of Amsterdam, 2011.
- IDEA Consult, ECORYS Netherlands, Study on the economic and social effects associated with the phenomenon of posting of workers in the EU, European Commission, 2011.
- Komisija Evropskih skupnosti, Zelena knjiga, Posodabljanje delovnega prava za soočanje z izzivi 21. stoletja, Bruselj, 22.11.2006, COM(2006) 708 končna.
- Lhernould Jean-Philippe, Coucheir Michael, Fisker Sandra, G. Madsen Peter, Voss Eckhard, Study on wage setting systems and minimum rates of pay applicable to posted workers in accordance with Directive 96/71/EC in a selected number of Member States and sectors, European Commission, 2016.
- Ministerialentwurf, 11.3.2016, 189/ME NR 25. GP, URL: https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/ME/ME_00189/fname_515724.pdf.
- Neues Lohn- Und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz: Erweiterte Auftraggeberhaftung Im Baubereich, URL: <https://cms.law/en/AUT/Publication/Neues-Lohn-und-Sozialdumping-Bekaempfungsgesetz-20-03-2017>.
- Pacolet Jozef, De Wispelaere Frederic, Posting of workers, Report on A1 portable documents issued in 2015, European Commission, 2016.

- Predlog Direktive Evropskega parlamenta in Sveta o izvrševanju Direktive 96/71/ES o napotitvi delavcev v okviru opravljanja storitev, Bruselj, 21.3.2012, COM(2012) 131 final.
- Predlog Direktive Evropskega parlamenta in Sveta o spremembi Direktive Evropskega parlamenta in Sveta 96/71/ES z dne 16. decembra 1996 o napotitvi delavcev na delo v okviru opravljanja storitev, Strasbourg, 8.3.2016, COM(2016) 128 final.
- Predlog direktive Evropskega parlamenta in Sveta o izvrševanju Direktive 96/71/ES o napotitvi delavcev na delo v okviru opravljanja storitev, Bruselj, 21.3.2012, COM(2012) 131 final.
- Republika Slovenija, Ministrstvo za delo, družino, socialne zadeve in enake možnosti, direktorat za delovna razmerja in pravice iz dela, Pravno mnenje, št. 1111-15/2016/3 z dne 01.06.2016.
- Republika Slovenija, Ministrstvo za zunanje zadeve, Čezmejno opravljanje storitev z napotnimi delavci v Avstriji po 1.5.2011, 28. 4. 2011, URL: http://www.mzz.gov.si/medijsko_sredisce/novica/archive/2011/4/select/sporocilo_za_javnost/article/141/28707/.
- Riesenfelder Andreas, Schelepa Susanne, Wetzel Petra, Monitoring der Arbeitsmarktöffnung - Auswirkungen auf Beschäftigungsformen und auf Lohndumping, L&R Sozialforschung, 2012.
- Sporočilo Komisije, Smernice o napotitvi delavcev na delo v okviru opravljanja storitev, Bruselj, 4.4.2006 COM(2006) 159 konč.
- Sporočilo Komisije Svetu, Evropskemu parlamentu, Evropskemu ekonomsko-socialnemu odboru in Odboru regij, O napotitvi delavcev zaradi opravljanja storitev – čim boljši izkoristek prednosti in možnosti ob hkratnem zagotavljanju zaščite delavcev COM(2007) 304 končni.
- Tvoja Evropa, URL: https://europa.eu/youreurope/citizens/work/work-abroad/posted-workers/index_sl.htm.

PRAVNI VIRI

- Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, AÜG, BGBl, Nr. 196/1988.
- Arbeitszeitgesetz (AZG), BGBl. NR. 461/1969.
- Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, AVRAG, BGBl, Nr. 459/1993.
- Ausländerbeschäftigungsgesetz, AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975.
- Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz (BUAG), BGBl. Nr. 414/1972.
- Bundesgesetz über die Gleichbehandlung (Gleichbehandlungsgesetz - GIBG), BGBl. I Nr. 66/2004.
- Direktiva 96/71/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 16. decembra 1996 o napotitvi delavcev na delo v okviru opravljanja storitev, UL L št. 18, 21.1.1997
- Direktiva 2003/88/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 4. novembra 2003 o določenih vidikih organizacije delovnega časa, UL L 299, 18.11.2003.
- Direktiva 2014/67/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 15. maja 2014 o izvrševanju Direktive 96/71/ES o napotitvi delavcev na delo v okviru opravljanja storitev in spremembi

Uredbe (EU) št. 1024/2012 o upravnem sodelovanju prek informacijskega sistema za notranji trg (uredba IMI), UL L 159, 28.5.2014.

- Direktiva Sveta z dne 12. junija 1989 o uvajanju ukrepov za spodbujanje izboljšav varnosti in zdravja delavcev pri delu, 89/391/EGS, Uradni list L 183 , z dne 29.06.2006.
- Direktiva Sveta z dne 14. oktobra 1991 o obveznosti delodajalca, da zaposlene obvesti o pogojih, ki se nanašajo na pogodbo o zaposlitvi ali delovno razmerje 91/533/EGS, U L 288, 18.10.1991.
- Direktiva 92/85 / EGS z dne 19. oktobra 1992 o uvedbi ukrepov za spodbujanje izboljšav varnosti in zdravja pri delu nosečih delavk in delavk, ki so pred kratkim rodile ali dojijo, UL L 348, 28.11.1992.
- Direktiva 94/33/ ES z dne 22. junija 1994 o varstvu mladih pri delu, UL L 216, 20. 8. 1994.
- Konvencija o uporabi prava v pogodbenih obligacijskih razmerjih, na voljo za podpis 19. Junija 1980 v Rimu, UL L 169, 8.7.2015.
- Listina Evropske unije o temeljnih pravicah, UL C 326, 26.10.2012.
- Lohn und SozialdumpingBekämpfungsgesetz (LSD-BG), BGBl. I Nr. 64/2017.
- Pogodba o delovanju Evropske unije (PDEU), UL C 202 (2016), 7.6.2016.
- Uredba (ES) št. 883/2004 Evropskega Parlamenta in Sveta z dne 29. aprila 2004 o koordinaciji sistemov socialne varnosti, UL L 200, 7.6.2004.
- Uredba (ES) št. 593/2008 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 17. junija 2008 o pravu, ki se uporablja za pogodbeno obligacijska razmerja (Rim I), UL L 177, 4.7.2008, str.6-16.
- Uredba (EK) št. 987/2009 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 16. septembra 2009 o določitvi podrobnih pravil za izvajanje Uredbe (ES) št. 883/2004 o koordinaciji sistemov socialne varnosti, UL L 284, 30.10.2009.
- Urlaubsgesetz (UrlG), BGBl. Nr. 390/1976.
- Zakon o delovnih razmerjih (ZDR-1), Uradni list RS, št. 21/13, 78/13 – popr., 47/15 – ZZSDT, 33/16 – PZ-F, 52/16 in 15/17 – odl. US.

SODNA PRAKSA

- Zadeva 50/76, Amsterdam Bulb BV v Produktschap voor Siergewassen, ECLI: CLI:EU:C:1977:13.
- Zadeva 352/85, Bond van Adverteerders and others proti Nizozemski, ECLI:EU:C:1988:196.
- Zadeva C-113/89, Rush Portuguesa Ld^a proti Office national d'immigration, ECLI:EU:C:1990:142.
- Zadeva C-76/90, Manfred Säger proti Dennemeyer & Co. Ltd, ECLI: ECLI:EU:C:1991:331.
- Zadeva C-210/91, Komisija proti Grčiji, ECLI:EU:C:1992:525.
- Zadeva C-43/93, Raymond Vander Elst proti Uradu za mednarodne migracije, ECLI:EU:C:1994:310.
- Zadeva C-55/94, Reinhard Gebhard v Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano, ECLI: ECLI:EU:C:1995:411.
- Zadeva C-389/95, Syndesmos ton en Elladi Touristikon kai Taxidiotikon Grafeion proti Ypourgos Ergasias, ECLI: ECLI:EU:C:1997:282.

- Združeni zadevi C-369/96 in C-376/96, Javno ministrstvo proti Jean-Claude Arblade in drugi, ECLI:EU:C:1999:575.
- Združene zadeve C-49, 50, 52, 54, 68 in 71/98, Finalarte Sociedade de Construção Civil Lda, ECLI: ECLI:EU:C:2001:564.
- Zadeva C-70/98, Portugaia Construções Lda, ECLI:EU:C:2002:40.
- Zadeva C-165/98, Mazzoleni in ISA, ECLI:EU:C:2001:162.
- Zadeva C-164/99, Portugaia Construções Lda, z dne 24.01.2002, ECLI:EU:C:2002:40.
- Zadeva C-262/99, Paraskevas Louloudakis proti Elliniko Dimosio ECLI:EU:C:2001:407.
- Zadeva C-341/02, Komisija proti Nemčiji, ECLI:EU:C:2005:220.
- Zadeva C-60/03, Wolff & Müller GmbH & Co. KG proti José Felipe Pereira Félix, ECLI:EU:C:2004:610.
- Zadeva C-445/03, Komisija proti Luksemburg, ECLI:EU:C:2004:655.
- Zadeva C-168/04, Komisija proti Avstriji, ECLI:EU:C:2006:595.
- Zadeva C-244/04, Komisija proti Nemčiji, ECLI:EU:C:2006:49.
- Zadeva C-490/04, Komisija proti Nemčiji, ECLI:EU:C:2007:430.
- Zadeva C-341/05, Laval un Partneri Ltd proti Svenska Byggnadsarbetareförbundet, ECLI:EU:C:2007:809.
- Zadeva C-430/05, Ntioni Anonymi Etaireia Emporias H/Y, Logismikou kai Paroxis Ypiresion Michanografisis in Ioannis Michail Pikoulas proti Epitropi Kefalaiagoras, ECLI:EU:C:2007:410.
- Zadeva C-438/05, International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union proti Viking Line ABP and OÜ Viking Line Eesti, ECLI:EU:C:2007:772.
- Zadeva C-281/06, Hans-Dieter Jundt in Hedwig Jundt proti Finanzamt Offenbur, ECLI:EU:C:2007:816.
- Zadeva C-319/06, Komisija proti Luksemburg, ECLI:EU:C:2008:350.
- Zadeva C-346/06, Dirk Rüffert proti Land Niedersachsen, ECLI:EU:C:2008:189.
- Zadevi C-219/08, Komisija proti Belgiji, ECLI:EU:C:2009:599, tč. 16.
- Zadeva C-515/08, Kazenski postopek zoper Vítorja Manuela dos Santosa Palhoto in druge, ECLI:EU:C:2010:589.
- Zadeva C-210/10, Márton Urbán proti Vám- és Pénzügyőrség Észak-alföldi Regionális Parancsnoksága, ECLI:EU:C:2012:64.
- Zadeva C-577/10, Komisija proti Belgiji, ECLI:EU:C:2012:841.
- Zadeva C-522/12, Tefik Isbir proti DB Services GmbH, ECLI:EU:C:2013:711.
- Zadeva C-396/13, Sähköalojen ammattiliitto proti Elektrobudowa Spółka Akcyjna, ECLI: EU:C:2015:86.
- Zadeva C-33/17, Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo 23. januar 2017 Okrajno Sodišče Pliberk (Avstrija), Čepelnik d.o.o. proti Michael Vavti, UL C 86, 20.3.2017.
- Opinion of Mr Advocate General Mischo delivered on 13 July 2000, združene zadeve C-49/98, C-50/98, C-52/98 do C-54/98 in C-68/98 do C-71/98, ECLI:EU:C:2000:395.
- Sklepni predlogi generalnega pravobranilca - Cruz Villalón, 19. julija 2012, zadeva C-577/10, Evropska komisija proti Kraljevini Belgiji, ECLI:EU:C:2012:477.
- Sklepni predlogi generalne pravobranilke Verice Trstenjak, 13.9.2007, zadeva C-319/06.

- Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Melchiorja Watheleta, predstavljen 7. 5. 2015 v zadevi C-255/14, Robert Michal Chmielewski proti Nemzeti Adó- és Vámhivatal Dél-alföldi Regionális Vám- és Pénzügyőri Főigazgatósága.