

AGENTURNÍ ZAMĚSTNÁVÁNÍ V ČESKÉM PRÁVNÍM ŘÁDU A PRAXI

JAN PICHRT

1. ÚVOD

Dne 19. června 1997 byla v Ženevě na 85. zasedání generální konference Mezinárodní organizace práce přijata Úmluva č. 181 o soukromých agenturách práce (dále jen „Úmluva“).¹ Úmluva, se kterou vyslovil souhlas Parlament České republiky a kterou prezident republiky ratifikoval, vstoupila pro Českou republiku v platnost dne 9. října 2001. Dne 26. listopadu 2002 byla deponitáři Úmluvy doručena zpráva, ve které bylo učiněno oznámení, že služby spočívající v zaměstnávání pracovníků (soukromou agenturou práce) s cílem je dát k dispozici třetí straně, kterou může být fyzická osoba nebo právnická osoba (uživatelský podnik), jež stanoví jejich úkoly a dohlíží nad jejich provedením, nejsou v okamžiku oznámení realizovány a právní řád ČR je v současnosti neumožňuje, přičemž je připravována novela zákona o zaměstnanosti, jež má tuto formu umožnit.²

Skutečnost je však taková, že na území ČR fakticky působí již řadu let subjekty, jejichž činnost vykazuje znaky činnosti soukromých agentur práce a tato činnost (která na sebe bere navenek rozličné podoby – mnohdy málo transparentní) je ze strany příslušných orgánů státní správy tolerována a příjmy těchto subjektů (dále též jen „agentur“) z ní jsou podrobovány zdanění.³ Jak si dále ukážeme i s tvrzením, že právní řád ČR dané služby v současnosti neumožňuje, je možné z některých úhlů pohledu do určité míry polemizovat. Přesnější by asi bylo konstatování, že poskytování daných služeb, tak jak jsou definovány v Čl. 1 bod. 1 písm. b) Úmluvy (pro tyto služby bude v dalším textu tohoto článku používán termín „agenturní zaměstnávání“, který pro tento druh činnosti používá návrh nového zákona o zaměstnanosti), nebylo dosud v právním řádu ČR výslovně upraveno.

¹ Úmluva byla vyhlášena ve Sbírce mezinárodních smluv sdělením Ministerstva zahraničních věcí o přijetí Úmluvy č. 181 o soukromých agenturách práce pod č. 38/2003 Sb. m. s.

² Česká republika proto vůči těmto službám využila možnost danou ustanovením Čl. 2 odst. 4 písm. a) Úmluvy, na základě které cit.: „Členský stát může, po konzultaci s nejrepresentativnějšími organizacemi příslušných zaměstnavatelů a pracovníků:

a) za určitých okolností zakázat činnost soukromých agentur práce ve vztahu k určitým kategoriím pracovníků nebo odvětvím ekonomické činnosti, pokud jde o poskytování jedné nebo více služeb uvedené v Čl. 1 odst. 1; ...“.

³ „... to, že dnes už agentury existují a zprostředkovávají práci, je reálný stav. Naším záměrem je tuto situaci legalizovat...“ (z vystoupení ministra práce a sociálních věcí ČR ze dne 12. 12. 2003 v PSP ČR v rozpravě k vládnímu návrhu zákona, kterým se mění některé zákony v souvislosti s přijetím zákona o zaměstnanosti /prvé čtení/).

V předvečer přijetí nové právní úpravy v dané oblasti je vhodné zamyslet se nejen nad navrhovanou právní úpravou agenturního zaměstnávání v návrhu nového zákona o zaměstnanosti a s ní souvisejícími změnami v zákoníku práce (dále též jen „ZP“), ale je vhodné podívat se též na vývoj agenturního zaměstnávání a jemu podobných činností v uplynulých letech v ČR.

2. DOSAVADNÍ ZPŮSOBY REALIZACE AGENTURNÍHO ZAMĚSTNÁVÁNÍ V ČR

2.1 Problematiku agenturního zaměstnávání chápou jako problematiku se silným interdisciplinárním prvkem. Nejen prvky pracovněprávní, ale též prvky obchodněprávní, se objevují v komplexu vztahů pomyslného trojúhelníku tří rozdílných subjektů – zaměstnanec, agentury, uživatelského podniku. To odlišuje problematiku agenturního zaměstnávání od jiných institutů, jejichž užití může být také přímo či nepřímě motivováno potřebou překlenout přechodný nedostatek zaměstnanců či zajistit rozvoj podnikatelské činnosti jinak než pomocí vlastních zaměstnanců, které jsou však založeny zpravidla pouze na smluvních vztazích obchodněprávní povahy (jedná se o většinu modelů spolupráce označované souhrnně jako tzv. outsourcing, dále, v některých případech, o spolupráci na bázi franchisingu apod.), kterými se nebudu v tomto článku zabývat. Stejně tak se nebudu blíže zabývat problematikou tzv. „švarcsystému“, byť bývá používán mnohdy taktéž za účelem „dočasného pokrytí nedostatku pracovních sil“, a to zejména z důvodu, že tento jev byl již mnohokrát v odborné literatuře dostatečně rozebrán,⁴ stejně jako s ním související otázka, zda snaha o jeho potírání administrativními metodami je v dnešní době ještě vhodná a potřebná.⁵

Při výše zmíněné absenci právní úpravy, která by výslovně upravovala problematiku agenturního zaměstnávání v ČR,⁶ volily dosud jednotlivé subjekty působící v oblasti agenturního zaměstnávání různé právní nástroje pro zabezpečení rozvoje své podnikatelské činnosti.

2.2 Jednou z cest používaných některými agenturami je užití ustanovení § 38 odst. 4 ZP o dočasném přidělení zaměstnanec k výkonu práce k jiné právnické nebo fyzické osobě, zpravidla doplněné dalším smluvním vztahem, sjednaným větší-

⁴ Například v četných pracích prof. Kalenské na toto téma, ze kterých lze pro příklad uvést článek pod názvem „Plnění běžných úkolů výhradně zaměstnanci“ uveřejněný v časopisu Právní rádce, ročník 1999, č. 2.

⁵ Jsem toho názoru, že potírání tzv. „švarcsystému“ administrativně direktivní cestou nebude nikdy zcela účinné pokud budou, byť jen částečně, přetrvávat důvody, které stály v počátku 90. letech minulého století u jeho vzniku a kterými byly ekonomická výhodnost tohoto systému pro účastníky, a dále nedostatečná liberálnost pracovněprávní úpravy, která neodpovídala potřebám společnosti. Samostatnou otázkou stále vyvolávající oprávněné diskuse je, zda-li je úprava obsažená v ustanovení § 1 odst. 6 zákona č. 1/1991 Sb., o zaměstnanosti, ústavně konformní a jaká by měla být v tomto ohledu úprava nová. Je však třeba při těchto diskusích vzít v úvahu i to, že prvotní motiv, který stál o zrodu stávající restriktivní úpravy nebyl, na prvním místě státem deklarovaný, zájem na ochraně postavení zaměstnanec jako „slabší strany“, ale zejména důvod fiskální, který do určité míry, byť v menším významu, přetrvává dosud. O silném vlivu odborů na pracovněprávní legislativu a jejich zákonitému odporu ke „švarcsystému“, který tam, kde je aplikován, činnost odborů eliminuje, pak mluvit netřeba.

⁶ Zákon č. 1/1991 Sb., o zaměstnanosti, upravuje dosud (z obvyklých činností soukromých agentur práce) v ustanoveních § 4 a násl. pouze činnost právnických či fyzických osob (mnohdy v praxi nazývaných jako zprostředkovatelny zaměstnání či agentury práce) při zprostředkování zaměstnání.

nou dle obchodního práva. Agentury využívají v takovém případě skutečnosti, že k přidělování zaměstnance (po dohodě s ním) k dočasnému výkonu práce k jiné právnické či fyzické osobě dle ust. § 38 odst. 4 ZP je oprávněn bez dalšího každý zaměstnavatel. Slabinou takového postupu je však skutečnost, že činnost agentur při přidělování zaměstnanců v takových případech zpravidla naplňuje znaky podnikání,⁷ které není možné provozovat bez živnostenského či jiného oprávnění.

2.2.1 Předtím než se budu blíže věnovat tomuto způsobu agenturního zaměstnávání je nezbytné učinit krátký historický exkurz do vývoje ustanovení § 38 odst. 4 ZP.

Ustanovení stávajícího odst. 4 § 38 ZP bylo (v mírně odlišném znění, tehdy jako odst. 5 § 38 ZP) začleněno do zákoníku práce jeho novelizací provedenou zákonem č. 188/1988 Sb. Důvodů, proč v době kosmetických úprav politicko-ekonomického systému označovaných jako tzv. přestavba socialismu bylo do zákoníku práce zakomponováno (nesystematicky do § 38 ZP pod společný nadpis Pracovní cesta a přeložení) ustanovení o možnosti dočasně přidělit zaměstnance k výkonu práce k jiné právnické nebo fyzické osobě, bylo více, především to byla snaha vytvořit právní nástroj pro „výměny“ vědeckých pracovníků mezi jednotlivými institucemi, v širším pohledu pak také snaha tehdejšího zákonodárce reagovat alespoň částečně na potřebu zaměstnavatelských subjektů, které trpěly (mimo jiné) nedostatkem mobility pracovní síly, tak typickým pro socialistické plánovité hospodářství.

Začlenění tohoto ustanovení umožňovalo zaměstnavatelům (v tehdejší terminologii organizacím – v 99 % případů se jednalo o tzv. socialistické organizace) operativní „zapůjčování“ vlastních odborníků (zaměstnanců jedné socialistické organizace) pro zavedení výtěžků tzv. vědecko-technické revoluce v dalších socialistických organizacích, aniž by muselo dojít ke změně zaměstnavatelského subjektu.

Tato úprava byla na dobu svého vzniku zcela výjimečná. Účastníkům pracovněprávního vztahu, pro který byla v tehdejší době typická rigidnost výkladů pracovněprávních předpisů, které byly navíc pojímány s maximálním důrazem na jejich kogentní charakter, dávala legální možnost pružně reagovat na jejich potřeby bez toho, že by muselo dojít ke složitému procesu schválení změny počtu plánovaných pracovních míst u daného zaměstnavatele a s tím souvisejícímu navýšení objemu mzdových prostředků atd., tedy k agendě, která byla do značné míry mimo působnost zaměstnavatele – socialistické organizace a která se mj. nevyznačovala pružností.

Od roku 1988 až do změny zákoníku práce provedené zákonem č. 74/1994 Sb. byla aplikace ustanovení § 38 odst. 4 ZP v textu zákona „uvozena“ zájmem společensky účelné spolupráce organizací⁸ jako připomínka toho, že u zrodu tohoto ustanovení byla snaha socialistického zákonodárce učinit cosi pozitivního pro (zákonitě) málo funkční spolupráci socialistických organizací. Přestože i po roce 1989 byl ještě po určitou dobu

⁷ „Podnikáním se rozumí soustavná činnost prováděná samostatně podnikatelem vlastním jménem a na vlastní odpovědnost za účelem dosažení zisku.“ (§ 2 odst. 1 OBCHZ).

⁸ První věta ust. § 38 odst. 4 ZP zněla do novelizace provedené zákonem č. 74/1974 Sb. takto: „V zájmu společensky účelné spolupráce organizací může organizace, u níž je pracovník v pracovním poměru, sjednat s ním v písemné dohodě, že ho dočasně přidělí k výkonu práce v jiné organizaci.“

tento institut nazírán převážně výše uvedeným prizmatem společensky účelné spolupráce,⁹ došlo v důsledku politicko-ekonomických změn po roce 1989 a související liberalizace pracovněprávních vztahů k tomu, že původní důvod, pro který bylo ust. § 38 odst. 4 ZP do právního řádu zařazeno, zcela ustoupil do pozadí.¹⁰ Zákonem deklarovaný zájem socialistického zákonodárce na společensky účelné spolupráci organizací při zavádění výtěžků vědecko-technické revoluce do praxe byl nahrazen přirozenými zájmy jednotlivých zaměstnavatelů působících v tržní ekonomice, a to zájmem řešit institutem tzv. „zapůjčení zaměstnance“ zejména případy, kdy se zaměstnavatelé musí vypořádat s výkyvy ve spotřebě práce. Jednalo se zejména o problematiku rozličné sezónní spotřeby práce, zajištění práce pro zaměstnance při provozním výpadku, i když stále aktuální byly i možnosti použít tento institut např. při zaškolování zaměstnanců při práci s novými přístroji či novou technologií.¹¹ Ke stejným účelům slouží v převážné míře toto ustanovení ZP dosud a praxe ukazuje, že se jedná o jeden z institutů pracovního práva, který je možné, z pohledu vztahů zaměstnanec – zaměstnavatel, označit za bezproblémový, a to zejména proto, že je založen na úplné dohodě všech (tří) účastníků.¹²

2.2.2 Rozvoj normálních tržních mechanismů v naší republice vedl při absenci speciální právní úpravy agenturního zaměstnávání časem k tomu, že ustanovení § 38 odst. 4 ZP našlo svoje další uplatnění v aplikační praxi. Fakt, že na našem pracovním trhu již po mnoho let působí v oblasti agenturního zaměstnávání různé agentury bez toho, že by na jejich činnost platný právní řád v oblasti pracovněprávní úpravy jakkoliv reagoval, vedl k tomu, že právě ustanovení § 38 odst. 4 ZP začalo být těmito agenturami používáno jako jeden z možných právních rámců jejich činnosti při agenturním zaměstnávání. Skutečnost, že ustanovení § 38 odst. 4 ZP je tímto způsobem aplikováno, je po delší dobu široce známa odborné veřejnosti i praxi,¹³ stejně tak jako skutečnost, že se jedná o řešení ne zcela vyhovující, vynucené absencí specifické právní úpravy. Teprve až nezbytnost učinit náš právní řád konformní s Úmluvou, tedy mezinárodní smlouvou, kterou jsme vázáni v oblasti soukromých agentur práce, vedla zá-

⁹ Srv. např. Tkáč. V. a kol., *Zákoník práce (komentář)*, Spektrum, Praha 1991, str. 110–111. „V zájmu účelné spolupráce mezi organizacemi zejména při zavádění vědy a techniky do praxe, právní úprava umožňuje, aby organizace pracovníky s jejich souhlasem přidělila dočasně k výkonu práce do jiné organizace.“

¹⁰ Tomu odpovídala i úprava textace příslušného ustanovení ZP. Novelizací ZP provedenou zákonem č. 74/1994 Sb. byla v příslušném ustanovení provedena změna, v důsledku které již nebyla aplikace příslušného ustanovení vázána na „zájem společensky účelné spolupráce organizací“. Ustanovení § 38 odst. 4 ZP nabylo touto novelizací v zásadě podobu, ve které platí dosud: „Zaměstnavatel, u něhož je zaměstnanec v pracovním poměru, může s ním sjednat v písemné dohodě, že ho dočasně přidělí k výkonu práce k jiné právnické nebo fyzické osobě. V dohodě musí být uvedeno název právnické osoby nebo jméno a příjmení fyzické osoby, k níž se zaměstnanec přiděluje, den, kdy dočasné přidělení vznikne, druh a místo výkonu práce a doba, na kterou se dočasné přidělení sjednává. Vláda stanoví nařízením bližší podmínky dočasného přidělení zaměstnance.“

¹¹ Srv. Novelizovaný zákoník práce, 1996, Jakubka J. a kolektiv, komentář str. 89.

¹² O to více lze litovat toho, že má být zrušen, ale o tom viz níže.

¹³ Tak např. v publikaci *Zákoník práce a související předpisy s komentářem*, autorů: Jakubka J., Michal P., Špundová E., Tomandlová L., ANAG 2003, 3. aktualizované vydání, str. 336, se uvádí cit.: „Zákoník práce výslovně neupravuje právní podmínky pro výkon tzv. agenturní práce (práce pod hlavičkou agentury), která je poměrně běžná v zahraničí. Agenturní práce je zvláštní formou pracovního zapojení zaměstnanců. Zaměstnanec je zaměstnán u zprostředkovatelské firmy a práce je vykonávána formou zapůjčování jednotlivých zaměstnanců či jejich skupin, kteří pracují pod autoritou jiného subjektu. V naší praxi se pro obdobné pracovní vztahy využívá úprava uvedená v § 38 odst. 4 zákoníku práce.“

konodárce k tomu, že se v rámci nově navrhované podoby zákona o zaměstnanosti a související úpravy zákoníku práce¹⁴ rozhodl též upravit agenturní zaměstnávání způsobem, ke kterému se dále vyjádřím.

2.2.3 Výše popsané používání ust. § 38 odst. 4 ZP pro realizaci agenturního zaměstnávání poskytuje sice agenturám jakýsi právní nástroj pro zapůjčení jejich vlastních zaměstnanců k výkonu práce k jiné právnické nebo fyzické osobě, na druhé straně jim však (s ohledem na svoji dikci) neposkytuje potřebný právní základ pro to, aby mohly uživatelským organizacím účtovat, vedle mzdových nákladů zapůjčených zaměstnanců, též další své výdaje a příjmovou složku zabezpečující jim zisk z této činnosti.

Prováděcí vládní nařízení, kterým se provádí zákoník práce (nařízení vlády č. 108/1994 Sb.), které na základě zmocnění obsaženém v § 38 odst. 4 ZP stanoví bližší podmínky dočasného přidělení zaměstnance k výkonu práce k jiné právnické nebo fyzické osobě, uvádí totiž v ustanovení § 2 odst. 2 cit.: „*Po dobu dočasného přidělení poskytujete zaměstnanci mzdu, popřípadě též náhradu cestovních výdajů, zaměstnavatel, který zaměstnance dočasně přidělil. Zaměstnavatel a právnická nebo fyzická osoba, ke které byl zaměstnanec dočasně přidělen, mohou uzavřít dohodu, podle níž právnická nebo fyzická osoba uhradí zaměstnavateli, který k ní zaměstnance přidělil, dohodnutou část poskytnuté mzdy, popřípadě též náhrady cestovních výdajů, odpovídající rozsahu plnění úkolů zaměstnance pro právnickou nebo fyzickou osobu, ke které byl zaměstnanec dočasně přidělen.*“ Znění tohoto ustanovení je (až na drobné terminologické úpravy) shodné s úpravou obsaženou v § 5 odst. 2 předcházejícího prováděcího vládního nařízení k zákoníku práce (nařízení vlády č. 223/1988 Sb.). V zásadě tedy v tomto případě bylo v roce 1994 přežato do nového prováděcího předpisu ustanovení z doby před rokem 1989. Z dikce „mohou uzavřít“ je patrné, že v době zrodu tohoto ustanovení, tj. před rokem 1989, asi nebylo neobvyklé, že se taková dohoda ani neuzavírala, což lze pochopit s ohledem na charakter tzv. socialistického vlastnictví a socialistické ekonomiky. Ještě zřejmější však je, že pokud již dvě socialistické organizace takovou dohodu (dále jen „dohoda o náhradě mzdy“) uzavřely, měla na jejím základě být „refundována“ toliko „dohodnutá část poskytnuté mzdy, popřípadě též náhrady cestovních výdajů“, tedy nebyl právní úpravou vytvořen „prostor“ pro to, aby bylo dohodnuto i plnění nad rámec těchto položek, což je pochopitelné pokud si uvědomíme, že se jedná o ustanovení z doby, kdy nikdo neuvažoval o podnikání v této oblasti, „zisk“ byl zakázaným ovocem, kdy daňová soustava, systém sociálního zabezpečení a s tím související odvody zaměstnavatelů, byly zcela odlišné. Bohužel, pro agentury, se ustanovení § 2 odst. 2 cit. prováděcího vládního nařízení k zákoníku práce od doby svého vzniku dodnes v zásadě nezměnilo.

Nejen agentury na straně jedné a uživatelské organizace na straně druhé, ale všichni zaměstnavatelé, kteří využívají institut dočasného přidělení zaměstnance k výkonu práce k jiné právnické nebo fyzické osobě, dnes (pochopitelně) dohody o náhradě mzdy uzavírají, není v zásadě ani možné z ekonomických důvodů, aby tak nečinili.

¹⁴ V době odevzdání tohoto článku redakci časopisu (leden 2004) byl návrh nového zákona o zaměstnanosti v projednávání PSP ČR.

V případě agentur však může vznikat problém právě s onou „ziskovou složkou“. Pokud by se mělo jednat o dohody o náhradě mzdy, které se striktně drží výše uvedené ustanovení, pak lze na základě dohody o náhradě mzdy „refundovat“ uživatelskou organizací agentuře pouze část mzdy, resp. celou mzdu, popř. též náhrady cestovních výdajů. Příslušné ustanovení však neposkytuje nástroj pro to, aby agentury mohly sjednat s uživatelskými organizacemi v rámci dohod o náhradě mzdy také další finanční plnění, které by mělo krýt další náklady či vytvářet jejich zisk z provozování agenturního zaměstnávání. Pokud dohody o náhradě mzdy obsahují ustanovení, na základě kterého je uživatelskými organizacemi poskytováno agenturám práce, mimo náhrady mzdy a náhrady cestovních výdajů, také další finanční plnění, pak je třeba konstatovat, že v této části se jedná o ustanovení smluv, které nemá oporu v § 38 odst. 4 ZP, § 2 odst. 2 prováděcího vládního nařízení ZP ani v jiném ustanovení pracovněprávních předpisů. Z převažujícího, resp. ustáleného, výkladu ustanovení § 244 odst. 1 ZP vyplývá, že účastníci pracovněprávních vztahů mohou sjednat jen takovou smlouvu (dohodu), která je jako smluvní typ upravena pracovněprávními předpisy a jejich smluvní volnost může být uplatněna toliko tam, kde je to právními předpisy umožněno.¹⁵ Stávající znění zákoníku práce neumožňuje uzavírání nepojmenovaných smluv v pracovním právu, i kdyby to však bylo možné, nedomnívám se, že by bylo případné právně upravit vztah mezi agenturou a uživatelskou organizací, tedy vztah, na základě kterého agentura za úplatu poskytuje služby (tzn. vztah mezi podnikateli o realizaci podnikatelské činnosti agentury) smluvním ujednáním podle pracovního práva, neboť se o pracovněprávní vztah svojí podstatou nejedná. I ustanovení § 2 odst. 2 věty druhé prováděcího nařízení k ZP, považuji v tomto smyslu za ustanovení, které systémově spíše nepatří do pracovního práva a je ve stávající podobě anachronismem. Některé agentury se proto snaží sjednávat paralelně s dohodami o dočasném přidělení zaměstnance k výkonu práce k jiné právnické nebo fyzické osobě též dohody o poskytování jiných služeb, ke kterým mají podnikatelské oprávnění, např. formou různého poskytování poradenství, konzultačních či zprostředkovatelských služeb apod., a tímto způsobem se snaží vytvořit jiný než pracovněprávní smluvní základ s uživatelskými organizacemi pro zajištění finančních toků zajišťujících jim další příjmy z půjčování zaměstnanců. Je pochopitelné, že zejména v těch případech, kdy fakticky není na základě takovýchto paralelních smluv poskytováno žádné plnění či jen symbolické plnění, neposkytuje tato konstrukce účastníkům potřebné právní jistoty, nehledě na skutečnost, že takováto konstrukce z hlediska daňových a souvisejících aspektů v sobě skrývá i četná nebezpečí, jejichž rozbor by však byl nad rámec tohoto článku. Je však třeba se v této souvislosti zmínit alespoň okrajově o dani z přidané hodnoty. S účinností od 1. 4. 2000 není (podle ustanovení § 8 písm. m/ zákona č. 588/1992 Sb, o dani z přidané hodnoty) zdanitelným plněním dočasné přidělení zaměstnance k výkonu práce k jiné osobě podle zvláštního předpisu, přičemž zákon v této souvislosti odkazuje pod čarou na ustanovení § 38 odst. 4 ZP, ve znění pozdějších předpisů. Z toho bývá dovozováno, že v případě, kdy sjednaná finální náhrada mezi zaměstnavateli (agenturou a uživatelským podnikem)

¹⁵ Dle ustanovení § 244 odst. 1 ZP: „Smlouva (dohoda) sjednaná podle příslušných ustanovení pracovněprávních předpisů je uzavřena, jakmile se účastníci shodli na jejím obsahu.“

jde nad rámec ustanovení § 2 odst. 2 prováděcího vládního nařízení k ZP se již nejedná o přidělení realizované na základě § 38 odst. 4 ZP a jedná se o poskytnutí služby, která je předmětem daně z přidané hodnoty.

2.2.4 Postup v případě konkrétního dočasného přidělení zaměstnanců dle ustanovení § 38 odst. 4 ZP je založen od počátku na souhlasu všech tří účastníků (zaměstnavatel, přidělený zaměstnanec, jiná právnická či fyzická osoba). V pracovněprávních předpisech jsou v této souvislosti upraveny výslovně dvě smlouvy:

- a) písemná dohoda sjednaná dle § 38 odst. 4 ZP mezi zaměstnavatelem a přiděleným zaměstnancem o jeho dočasném přidělení k výkonu práce k jiné právnické nebo fyzické osobě,¹⁶
- b) dohoda sjednaná dle ustanovení § 2 odst. 2 prováděcího vládního nařízení k ZP mezi zaměstnavatelem a právnickou nebo fyzickou osobou, ke které byl zaměstnanec přidělen, podle níž tato právnická nebo fyzická osoba uhradí zaměstnavateli, který zaměstnance přidělil, dohodnutou část poskytnuté mzdy, popřípadě též náhrady cestovních výdajů, odpovídající rozsahu plnění úkolů zaměstnance pro právnickou nebo fyzickou osobou, ke které byl zaměstnanec přidělen.

Smlouva mezi oběma „zaměstnavatelskými“ subjekty, jejímž obsahem by bylo samotné dočasné přidělení zaměstnance a ve které by tedy měly být fixovány základní podmínky přidělení, korespondující s obsahovými náležitostmi dohody uvedené výše pod písm. a) uzavírané mezi zaměstnavatelem a dočasně přiděleným zaměstnancem, v pracovněprávních předpisech výslovně upravena není, ačkoliv její faktická existence je (na rozdíl od dohody uvedené shora pod písm. b/) nezbytným předpokladem toho, aby k realizaci dočasného přidělení dle § 38 odst. 4 ZP vůbec mohlo dojít. Jedná se tedy o dohodu, o níž lze dovodit, že její existence je sice pracovněprávními předpisy mlčky předpokládána, avšak není jako smluvní typ upravena (viz výše k výkladu § 244 odst. 1 ZP), ačkoliv o její nezbytnosti není pochyb.¹⁷

V praxi postupují zaměstnavatelé a právnické či fyzické osoby, ke kterým se zaměstnanec přiděluje, různými způsoby. Např. rozšiřují o takové ujednání (podmínky přidělení) dohodu popsanou výše pod písm. b), zde je však nutné poznamenat, že v takové části se pak jedná o dohodu neupravenou pracovněprávními předpisy¹⁸ nebo uzavírají o výše uvedených podmínkách různé samostatné nepojmenované smlouvy. V obou případech je možné o takovém ujednání uvažovat jako o dohodě sjednané dle § 269. odst. 2 OBCHZ (dále též jen „OBCHZ“), jejíž existence mezi zaměstnavatelskými subjekty je předpokladem pro to, aby vůbec mohlo dojít k uzavření dohody výše uvedené ad a), logicky vzato by mělo uzavření takovéto smlouvy mezi zaměstnavateli

¹⁶ V dohodě musí být uveden název právnické osoby nebo jméno a příjmení fyzické osoby, k níž se zaměstnanec přiděluje, den, kdy dočasné přidělení vznikne, druh a místo práce a doba, na kterou se dočasné přidělení sjednává. Písemná forma je zákonem požadována, její nedodržení však není sankcionováno neplatností.

¹⁷ Srov. Gregorová, Z. Dohoda o dočasném přidělení pracovníka k výkonu práce v jiné organizaci, Právní praxe v podnikání, ročník 1993, č. 6.

¹⁸ V takovém případě by se mohlo jednat o smlouvu hybridní, která je z části dohodou o úhradě mzdy ve smyslu ust. § 2 odst. 2 prováděcího vládního nařízení k zákoníku práce (tzn. smlouvou uzavíranou podle pracovního práva) a v části ostatních podmínek přidělení smlouvou uzavíranou např. ve smyslu ust. § 269 odst. 2 obchodního zákoníku.

(jejich dohoda o podmínkách realizaci dočasného přidělení) vždy předcházet uzavření dohody dle § 38 odst. 4 ZP.

2.3 Jednou z dalších cest, kterou volí agentury při podnikání v oblasti agenturního zaměstnávání při neexistenci speciální právní úpravy, je uzavírání nejrůznějších smluv s uživatelskými podniky, ve kterých je sice deklarováno, že jsou uzavírány na bázi obchodního práva, avšak podstatou se jedná o dohody uzavírané mezi agenturou a uživatelským podnikem o podmínkách dočasného přidělení zaměstnanců k výkonu práce k jiné právnické nebo fyzické osobě za úplatu, která vedle pokrytí nákladové složky zaměstnavatele (agentury) v sobě obsahuje též složku určenou k tvorbě zisku agentury z této činnosti.

Podstatou je tedy opět podnikání formou dočasného přidělení vlastních zaměstnanců k výkonu práce k jiné osobě, které se děje za účelem dosažení zisku. Úskalí může být v tom, že agentury zpravidla sice disponují nejrůznějšími živnostenskými či jinými oprávněními k podnikatelské činnosti, ta však zřejmě „nepokrývají“ výše uvedenou činnost. Nejčastějším oprávněním agentur jsou různé zprostředkovatelské služby. Typické je oprávnění ke „zprostředkování zaměstnání“ jako činnosti vykonávané na základě povolení MPSV ČR dle § 4 zákona o zaměstnanosti, tedy činnosti, která je cit.: „...zaměřená na vyhledání vhodného zaměstnání pro občana, který se o práci uchází, a na vyhledání zaměstnanců pro zaměstnavatele, který hledá nové pracovní síly“. Takové oprávnění však není oprávněním k činnosti soukromé agentury v oblasti agenturního zaměstnávání. Takovým oprávněním však nemohou být ani jiné typy různých „zprostředkovatelských“ oprávnění, neboť agentura v případě dočasného přidělení svým zaměstnancům nic nezprostředkovává a sama sobě nic zprostředkovat nemůže. Patrně i obava ze skutečnosti, že činnost v oblasti agenturního zaměstnávání nemají dostatečně „pokrytu“ příslušným oprávněním, vede některé agentury k tomu, že pro tuto činnost používají smluvní typy, které na první pohled o jejím skutečném charakteru nemusí vypovídat.

V praxi je možné setkat se v této oblasti s nejrůznějšími smluvními typy, zpravidla se jedná o smlouvy sjednávané s odkazem na ustanovení § 536 a násl. OBCHZ jako smlouvy o dílo, dále s odkazem na ustanovení § 269 odst. 2 OBCHZ jako smlouvy nepojmenované či jiné.

Na základě takových smluv se agentura (označovaná v takových smlouvách zpravidla jako zhotovitel, dodavatel apod.) zavazuje poskytnout uživatelským podnikům (zpravidla označovaným jako objednatel) plnění ve smlouvách popisované nejrůznějším způsobem, jehož podstatou je však zase jen závazek dočasně přidělit zaměstnance dodavatele k výkonu práce u objednatele. Na základě ujednání obsažených v takových smlouvách je objednatel zpravidla „opravňován“ dodavatelem „zapůjčenému“ zaměstnanci ukládat pracovní úkoly, organizovat, řídit a kontrolovat jeho práci a je „zavazován“ vytvářet pro „zapůjčeného“ zaměstnance vhodné pracovní podmínky a zajišťovat bezpečnost a ochranu zdraví při práci, tedy plní vůči zaměstnanci práva a povinnosti typická pro vztah „dočasného přidělení zaměstnance k výkonu práce k jiné právnické nebo fyzické osobě“ tak, jak jsou specifikována v ustanovení § 2 odst. 1 prováděcího nařízení k zákoníku práce.

V takových smlouvách mnohdy dochází k nejroztodivnějším „opisům“ pracovních institutů ve snaze vyhnout se pracovníprávní terminologii, stává se však též, že kontrahenti v takových smlouvách (které mezi sebou uzavírají dva subjekty dle obchodního práva) uvádějí pracovníprávní instituty, mnohdy i s odkazem na zákoník práce, často si mezi sebou též rozdělují plnění povinností, které je ze zákoníku práce a pracovníprávních předpisů povinen plnit zaměstnavatel vůči svým zaměstnancům apod.

Při postupu popsaném výše mohou vznikat komplikace, vyplývající z toho, že samotné uzavření takové dvoustranné smlouvy nemá žádný přímý právní důsledek ve vztahu k zaměstnanci. Pokud by zaměstnavatel (agentura) uzavřel s právnickou nebo fyzickou osobou, ke které je zaměstnanec dočasně zapůjčen (s uživatelskou organizací), výše naznačenou „smlouvu o dílo“ a vzápětí uzavřel se zaměstnancem dohodu o dočasném přidělení zaměstnance dle § 38 odst. 4 ZP, dochází zřejmě k pojmovému rozporu mezi výše uzavřenými smlouvami, neboť přidělení jednotlivých zaměstnanců do dispozice jiného zaměstnavatele samo o sobě dle mého názoru nemůže být dílem (takovou situaci je třeba odlišovat od „přidělení“ skupiny zaměstnanců, včetně jejich vedoucího zaměstnance, který je při práci řídí, k provedení určitých prací). Využití institutu vyslání na pracovní cestu je limitované (nehledě na možné komplikace s cestovními výdaji aj.), takže nezbude než v takovém případě dohodnout se zaměstnancem jeho působení u uživatelského podniku prostřednictvím změny pracovní smlouvy (zejména místa práce, často též druhu práce),¹⁹ což je neflexibilní a může být pro obě strany nebezpečné s ohledem na potřebu opětovné změny smlouvy po uplynutí doby přidělení. Navíc tento postup stejně neřeší problematiku vedení a řízení přiděleného zaměstnance a plnění povinností, které má vůči němu plnit zaměstnavatel ze zákoníku práce.

2.4 Závěrem části věnované dosavadním způsobům agenturního zaměstnávání v ČR bych se chtěl zmínit ještě o jednom aspektu, který s danou problematikou úzce souvisí. Jakkoliv naše právní úprava dosud neupravuje v rámci pracovního práva ani v rámci jiného právního oboru výslovně agenturní práci a ČR sdělila deponitářů Úmluvy v roce 2002, že služby spočívající v zaměstnávání pracovníků soukromou agenturou práce s cílem dát je k dispozici uživatelskému podniku nejsou v ČR realizovány a náš právní řád je neumožňuje, reagoval zákonodárce již před více lety v oblasti daňových předpisů na skutečnost stále silícího „dovozu zaměstnanců“ prostřednictvím zahraničních soukromých agentur práce.

Např. z pohledu některých zahraničních soukromých agentur práce je již po několik let naše území „cílovou zemí“ pro realizaci jejich činnosti spočívající v tzv. „mezinárodním pronájmu pracovní síly“.

Na základě činnosti zahraničních soukromých agentur práce je do ČR (a zejména v minulosti bylo) ze Slovenské republiky pronajímáno velké množství zaměstnanců zejména z oborů, ve kterých se projevuje v některých regionech ČR nedostatek kvalifi-

¹⁹ Samostatnou otázkou je při tom obsah pracovních smluv zaměstnance „agentur“ za stávající právní úpravy.

kovaných zaměstnanců, a které naopak procházely či procházejí v některých regionech SR útlumem (např. profese z oblasti kovoprůmyslu). Soukromé agentury práce ze SR uzavírají se zaměstnavateli v ČR různě pojmenované smlouvy (nejčastěji označené jako smlouvy o dílo), na základě kterých „dodávají“ podniku XY se sídlem v ČR určitý počet zaměstnanců s určitou kvalifikací, dílo je tedy zpravidla deklarováno např. jako dodání (práce) xx svářečů a xx zámečníků, předmět díla v takových smlouvách zpravidla vymezen není. Takto zapůjčeným zahraničním zaměstnancům je mzda zpravidla hrazena prostřednictvím jejich zahraniční agentury. Do 31. 12. 1996 mohl být mezinárodní nájem práce pro některé účastníky těchto vztahů i daňově velmi zajímavý z pohledu tehdejší právní úpravy v zákoně o dani z příjmů. Pokud byly zahraniční zaměstnanci na našem území po dobu kratší než 183 dnů (nepřekročení této doby bylo většinou zúčastněných pečlivě kontrolováno) a mzda nebyla uživatelským podnikem v ČR hrazena těmto zaměstnancům přímo, ale byla hrazena zahraničnímu zaměstnavateli s tím, že teprve ten provede následně výplatu zahraničních zaměstnanců, byly podle zákona o dani z příjmů tyto mzdy zahraničních zaměstnanců za práci na našem území od zdanění v ČR osvobozeny. Značný nárůst takto vyplácených plnění do zahraničí, které v ČR nebyly zdaňovány a naopak tvořily daňově uznatelný náklad uživatelského podniku, motivoval zákonodárce ke změně právní úpravy. S účinností od 1. 1. 1997 provedl zákonodárce zákonem č. 316/1996 Sb. změnu ustanovení § 6 odst. 2 zákona o dani z příjmů (zákon č. 586/1992 Sb., ve znění pozdějších změn a doplnění), které po novelizaci znělo takto, cit.:

„(2) Poplatník s příjmy ze závislé činnosti a z funkčních požitků je dále označen jako „zaměstnanec“, plátce příjmů jako „zaměstnavatel“. Zaměstnavatelem je i poplatník uvedený v § 2 odst. 2 nebo v § 17 odst. 3, u kterého zaměstnanci vykonávají práci podle jeho příkazů, i když příjmy za tuto práci jsou na základě smluvního vztahu vypláceny prostřednictvím osoby se sídlem nebo bydlištěm v zahraničí. Z hlediska dalších ustanovení zákona se takto vyplácený příjem považuje za příjem vyplácený poplatníkem uvedeným v § 2 odst. 2 nebo § 17 odst. 3. V případě, že v úhradách zaměstnavatele osobě se sídlem nebo bydlištěm v zahraničí je obsažena i částka za zprostředkování, považuje se za příjem zaměstnance nejméně 60 % z celkové úhrady.“

Na základě této změny zákona o dani z příjmů došlo od 1. 1. 1997 k tomu, že při zdanění mezd bylo postupováno tak, jako by český zaměstnavatel vyplácel mzdy přímo zahraničním zaměstnancům bez mezičlánku, který tvoří zahraniční soukromá agentura práce. Bez ohledu na smluvní titul mezi zahraničním subjektem (agenturou práce) a uživatelským podnikem v ČR jsou (ve smyslu pokynu Ministerstva financí č. D-151 k zajištění jednotného postupu při uplatňování § 6 odst. 2 zákona č. 586/1992 Sb.) považovány za nejčastější znaky a okolnosti mezinárodního pronájmu pracovní síly případy, kdy:

- a) zaměstnavatel určuje (objednává) množství, kvalifikaci a další požadavky na pracovníky (věk, pohlaví atd.), určuje dobu, po níž je bude potřebovat,
- b) zaměstnavatel ukládá přímo či nepřímo úkoly, řídí a kontroluje pracovníky,
- c) práce je vykonávána na místě, které určuje zaměstnavatel a které je pod jeho kontrolou a odpovědností,

d) odměna za práci je vypočítána na základě délky pracovní doby nebo jiným způsobem, z něhož lze zjistit souvislost mezi odměnou pronajímatele a příjmem vypláceným zaměstnanci,

e) nářadí a materiál jsou pracovníkům poskytovány zaměstnavatelem.

Pokyn MF dále upozorňuje na to, že výše uvedené znaky jsou pouze příkladné a nemusí být vždy v konkrétních případech naplněny všechny, pokyn upozorňuje např. na situace kdy znak ad e) není dán nebo znak ad d) lze jen obtížně vysledovat. Znaky ad a) a ad b) však označuje za zásadní a rozhodující pro charakterizovaný stav.

Jakkoliv tedy ČR v roce 2002 doručila signatáři Úmluvy o soukromých agenturách práce oznámení, že služby spočívající v zaměstnávání pracovníků soukromou agenturou práce s cílem dát je k dispozici uživatelskému podniku, nejsou u nás realizovány a právní řád ČR je v současnosti neumožňuje, pak agenturní zaměstnávání realizované na našem území zahraničními subjekty, které svým charakterem jsou soukromou agenturou práce, umožňuje (a to nejen mlčky – jako je tomu v případě činnosti českých agentur), ale z důvodů daňových, tuto jejich činnost „legitimizuje“, byť nepřímo, tím, že právně upravuje daňový režim odměn za tuto činnost.

2.5 Domnívám se, že stávající stav v oblasti agenturního zaměstnávání v ČR, který se vyznačuje nejen v oblasti pracovního práva absencí specifické právní úpravy, s sebou může nést pro účastníky určitá potenciální rizika. Ponechám-li stranou problematiku případného nedovoleného podnikání, považuji za takové zejména nedostatečnou právní jistotu všech účastníků v případech, kdy se jejich přidělení realizuje na základě nepřiliš transparentních smluvních vztahů. Tato rizika lze najít např. v oblasti otázek souvisejících se stabilitou pracovního poměru, zajištění bezpečnosti a ochrany zdraví při práci, odpovědnosti za pracovní úraz či nemoc z povolání, odpovědnosti za škodu způsobenou „zaměstnavatelským“ subjektům a jejího pojistného krytí. Diskusní otázkou pak může být za stávajícího právního stavu problematika možnosti vzniku (byť jen faktického) pracovního poměru mezi uživatelským podnikem a zaměstnancem v případě, že dodatečně vyjde najevo, že pracovněprávní vztah mezi zaměstnancem a agenturou nikdy nebyl platně uzavřen aj.

Proto je nepochybně třeba přivítat, že agenturní zaměstnávání bude v ČR konečně výslovně právně upraveno. Navrhované právní úpravě se věnuje část 3. tohoto článku.

3. NAVRHOVANÁ PRÁVNÍ ÚPRAVA AGENTURNÍHO ZAMĚŠTNÁVÁNÍ V ČR

V Poslanecké sněmovně Parlamentu ČR je v současné době pojednávána nová podoba zákona o zaměstnanosti. Vládní návrh nového zákona obsahuje v podstatě jediné ustanovení o agenturní práci, je jím ustanovení § 66, které pod nadpisem „Zprostředkování zaměstnání formou dočasného přidělení zaměstnance k výkonu práce pro jinou právnickou nebo fyzickou osobu“ uvádí: „Zprostředkováním zaměstnání agenturou práce podle § 14 odst. 1 písm. b) se rozumí uzavření pracovního poměru mezi fyzickou osobou a agenturou práce za účelem výkonu práce pro jinou právnickou

nebo fyzickou osobu (dále jen „uživatel“), která jí ukládá úkoly a dohlíží na jejich provedení. Agentura práce může svého zaměstnance dočasně přidělit k výkonu práce pro uživatele jen na základě písemné dohody o dočasném přidělení zaměstnance uzavřené s uživatelem podle zvláštního právního předpisu.“ Zvláštní předpis, na který je pod čarou odkazováno, je zákoník práce, resp. ustanovení jeho § 38a, které má být pod nadpisem „Agenturní zaměstnávání“ do zákoníku práce nově včleněno zákonem, kterým se budou měnit některé zákony v souvislosti s přijetím zákona o zaměstnanosti. Těžiště agenturního zaměstnávání tedy má být nově upraveno v zákoníku práce, jehož ustanovení § 38a odst. 1 by mělo znít: „(1) Zaměstnavatel, který je právnickou nebo fyzickou osobou zprostředkovávající zaměstnání na základě povolení^{a)} (dále jen „agentura práce“), může svého zaměstnance dočasně přidělit k výkonu práce k jinému zaměstnavateli jen na základě písemného ujednání v pracovní smlouvě, kterým se agentura práce zaváže zajistit svému zaměstnanci dočasný výkon práce podle pracovní smlouvy u jiného zaměstnavatele (dále jen „uživatel“) a zaměstnanec se zaváže tuto práci konat podle pokynů uživatele a na základě dohody o dočasném přidělení zaměstnance agentury práce, uzavřené mezi agenturou práce a uživatelem.“ Povoláním, na které je v textu odkazováno, je příslušné povolení MPSV ČR.

Není cílem tohoto článku celkově komentovat navrhovanou úpravu § 38a ZP, budu se proto dále věnovat pouze hlavním rysům navrhované úpravy a některým úpravám, které jsou v souvislosti s ní navrhovány.

Agentura práce může (podle navrhované úpravy) zaměstnanci, se kterým uzavřela pracovní smlouvu obsahující i písemné ujednání výše uvedené, dát písemný pokyn, kterým jej přidělí k dočasnému výkonu práce u uživatele, přičemž takový písemný pokyn (slovy návrhu) „obsahuje zejména“:

- a) název a sídlo uživatele,
- b) místo výkonu práce u uživatele,
- c) dobu trvání dočasného přidělení,
- d) určení vedoucího zaměstnance uživatele oprávněného přidělovat zaměstnanci práci a kontrolovat ji,
- e) podmínky jednostranného prohlášení o ukončení výkonu práce před uplynutím doby dočasného přidělení, byly-li sjednány v dohodě o dočasném přidělení zaměstnance agentury práce (sjednané mezi agenturou práce a uživatelem),
- f) informaci o pracovních a mzdových podmínkách srovnatelného zaměstnance uživatele.

Na rovné pracovní a mzdové podmínky je pak návrhem kladen velký důraz, dle ustanovení odst. 5 navrhovaného § 38a ZP: „(5) Agentura práce a uživatel jsou povinni zabezpečit, aby pracovní a mzdové podmínky dočasně přiděleného zaměstnance nebyly horší, než jsou nebo by byly podmínky srovnatelného zaměstnance. Pokud jsou po dobu výkonu práce pro uživatele pracovní nebo mzdové podmínky dočasně přiděleného zaměstnance horší, je agentura práce povinna na žádost dočasně přiděleného zaměstnance, popřípadě, pokud tuto skutečnost zjistí jinak, i bez žádosti, zajistit rovné zacházení; dočasně přidělený zaměstnanec má právo se domáhat u agentury práce uspokojení nároků, které mu z toho vznikly.“

V ustanovení § 38a odst. 2 písm. h) návrhu novely ZP je pak „srovnatelný zaměstnanec“ vymezen jako zaměstnanec uživatele, „*který vykonává nebo by vykonával stejnou práci jako dočasně přidělený zaměstnanec s přihlédnutím ke kvalifikaci a délce odborné praxe*“. Jakkoliv je smysl podobného ustanovení zřejmý, asi až praxe ukáže, jak se bude naplňovat zejména v oblasti mzdových podmínek např. tehdy, pokud u uživatele žádný srovnatelný zaměstnanec nepracuje a ani v minulosti nepracoval nebo se bude dokonce jednat o práci na jediném a nově zřízeném pracovním místě u uživatele.

Dohoda agentury práce s uživatelem o dočasném přidělení zaměstnance agentury práce (musí být uzavřena písemně, jinak je neplatná) je poněkud neobvyklá výčetm podstatných obsahových náležitostí smlouvy (v navrhovaném ustanovení § 38 a ZP je v odstavci druhém uveden po písm. a/ – l/), který nemá co do rozsahu v pracovníprávních smluvních vztazích obdoby. Diskutabilní se mi ale zdá sám charakter tohoto smluvního typu. Osobně se domnívám, že tato smlouva se svou podstatou blíží spíše smlouvě obchodněprávní než smlouvě pracovníprávní a je otázkou, zda by nemohla či neměla být upravena jinde než v zákoníku práce.

Dle ustanovení odst. 3 navrhovaného § 38a ZP: „(3) *Dočasné přidělení končí uplynutím doby, na kterou bylo sjednáno; před uplynutím této doby končí dohodou mezi agenturou práce a dočasně přiděleným zaměstnancem, popřípadě jednostranným prohlášením uživatele nebo dočasně přiděleného zaměstnance podle podmínek sjednaných v dohodě o dočasném přidělení zaměstnance agentury práce.*“

V souvislosti s výše uvedeným se naskýtá otázka, jaká bude praxe agentur práce při přijímání zaměstnanců do pracovního poměru. Ponecháme-li stranou otázku, jak by vůbec měla, z pohledu platné právní úpravy a jejich dosavadních výkladů, vypadat pracovní smlouva zaměstnanců agentury např. v otázce podstatných náležitostí pracovní smlouvy (druh práce, místo výkonu práce, den nástupu do práce), když již z podstaty činnosti jejich zaměstnavatele vyplývá, že budou nepravidelně vykonávat nejrůznější práce na nejrůznějších místech, pak samostatnou problematikou je oblast překážek v práci a skončení pracovního poměru agenturního zaměstnance.

Dohoda mezi agenturou práce a uživatelem musí (dle návrhu novely ZP) obsahovat i podmínky, za nichž může být dočasné přidělení zaměstnancem nebo uživatelem ukončeno před uplynutím doby, na kterou bylo dočasné přidělení sjednáno, přičemž sjednání podmínek pro ukončení doby dočasněho přidělení před uplynutím doby, na kterou bylo dočasné přidělení sjednáno pouze ve prospěch uživatele, bude neplatné. Je tedy zřejmé, že se agentury mohou dostávat do situací, kdy na základě takového ujednání (přičemž toto ujednání bude z hlediska podmínek tím „širší“, čím větší bude konkurence v agenturním zaměstnávání) budou náhle pocítovat značný přebytek zaměstnanců. V této souvislosti stojí za povšimnutí, že úprava výpovědi ze strany zaměstnavatele z důvodu rozhodnutí zaměstnavatele o nadbytečnosti zaměstnance (§ 46 odst. 1 písm. c/ ZP) v souvislosti s institutem agenturní práce žádné změny nedozná, stejně jako fakt, že podstatou činnosti většiny agentur práce je, že nabízejí práci svých zaměstnanců, kteří jsou v mezidobí jednotlivých působení u uživatelů fakticky nadbyteční a je tedy do budoucna otázkou, zda-li by tato specifická situace zaměstnanců agentur neměla najít svůj odraz v právní úpravě. V této souvislosti se vybaví, jako

jedna z možných variant postupu agentur, donedávna občas využívaná práce zaměstnanců v pracovním poměru na tzv. nepravidelnou výpomoc, je však třeba mít na zřeteli, že ujednání o nepravidelné výpomoci bylo nedávno jedním soudním rozhodnutím označeno za právu odporující, a to přesto, že s pojmem nepravidelné výpomoci se lze setkat např. v rámci platných předpisů práva sociálního zabezpečení.

O potřebě odchylek v souvislosti s agenturním zaměstnáváním by bylo možné diskutovat nejen u problematiky výpovědi, ale např. i u otázek přestávek v práci, dovolené, konkurenčních doložek, specifické úpravy problematiky pracovních poměrů na dobu určitou aj. Náš právní řád zatím touto cestou, která by reflektovala odchylný charakter agenturního zaměstnávání v takové šíři, nejde a ani cesta typická např. pro skandinávskou oblast, kde specifika tohoto typu mohou být upravena v rámci dohod sociálních partnerů, u nás není, s ohledem na kogentní charakter právní úpravy, možná.²⁰ Je tedy pravděpodobné, že i za této situace agentury budou preferovat uzavírání pracovních poměrů na dobu určitou (na dobu přidělení) se svými zaměstnanci.

V souvislosti s úpravou agenturní práce je však úsilí legislativy, podle mého názoru zcela zbytečné a dokonce „na škodu věci“, namířeno jiným směrem. Tím je snaha po zrušení stávajícího ustanovení § 38 odst. 4 ZP. Je politováníhodné, že v době, kdy byl Ministerstvem práce a sociálních věcí ČR veřejnosti představen věcný záměr nového zákoníku práce, který (konečně) slibuje tak dlouho očekávanou liberalizaci pracovních vztahů,²¹ je současně velmi tvrdošíjně prosazován (nyní projednávaným vládním návrhem zákona, kterým se mění některé zákony v souvislosti s přijetím zákona o zaměstnanosti) záměr vypustit stávající ustanovení § 38 odst. 4 ZP o dočasném přidělení zaměstnance k výkonu práce k jiné právnické nebo fyzické osobě ze zákoníku práce. Vláda v této věci projevuje pozoruhodné odhodlání prosadit tento záměr i přes opačný názor značné části odborné veřejnosti, mnoha odborných pracovišť či významných zaměstnavatelů, a dokonce i přes negativní stanovisko Legislativní rady vlády, k tomuto záměru.

V době, kdy věcný záměr nového zákoníku práce proklamuje nutnost liberalizovat pracovníprávní vztahy, naopak jedno z mála liberálních ustanovení současných pracovníprávních předpisů, navíc hojně praxí užívané, zmizí. Je to škoda, neboť v praxi bude scházet a k jeho zrušení nás (v rozporu s tím, co je při rozpravách k tomuto tématu v PSP ČR ze strany předkladatele prezentováno) žádné existující směrnice ani úmluvy nenutí a paralelní existence stávajícího ustanovení § 38 odst. 4 ZP a nově navrhované úpravy agenturního zaměstnávání je nejen možná, ale z pohledu praxe i žádoucí.

Je nepochybně možné, aby i do budoucna byly v našem právním řádu vedle sebe oba instituty, tzn.:

²⁰ Tak např. dohoda uzavřená pro tuto oblast mezi sociálními partnery ve Švédsku pro období 1. 4. 2002–30. 4. 2004 (Agreement for Salaried Employees of Staffing Companies) upravuje taková specifika, jako jsou např. odstupňované finanční náhrady za dobu, kdy zaměstnanec práci nekoná, ale je připraven jí konat na pokyn agentury práce, které jsou diferencovány podle různých režimů „připravenosti“ (§ 6.3 Compensation for On-Call Time, § 7.3 Compensation for Emergency Service) apod.

²¹ „Kogentní povaha zákoníku práce, která přetrvává i navzdory jeho novelizacím v posledních letech, je závažnou překážkou dalšího rozvoje pracovníprávních vztahů.“ Citace z věcného záměru zákoníku práce a změn navazujících zákonů (listopad 2003).

1. **agenturní zaměstnávání** (v souladu s Úmluvou upravené např. způsobem, který je obsažen ve vládním návrhu), přičemž tato úprava bude aplikována pouze v případech (podnikatelské) činnosti agentur práce, tj. pro soustavné služby agentur práce, **provazované za účelem dosažení zisku, spočívající v zaměstnávání zaměstnanců** (agenturou práce, podnikající v této oblasti na základě zvláštního oprávnění) **s cílem je dát k dispozici (jednostranným pokynem agentury práce) třetí straně** (uživatelskému podniku),
2. **dočasné přidělení zaměstnance** (podle ustanovení § 38 odst. 4 ZP), **kterého zaměstnavatel nezaměstnal s cílem dát jej k dispozici třetí straně, které může být realizováno:**
 - a) **výhradně po dohodě se zaměstnancem,**
 - b) **bez nutnosti zvl. oprávnění,** tzn. mezi kterýmikoliv zaměstnavateli, pro které je to dočasně vhodné,
 - c) **„neziskově“**, což je zajištěno mj. stávajícím ustanovením § 2 odst. 2 prováděcího nařízení k zákoníku práce, umožňujícím sjednat dohodou pouze náhradu mzdy a cestovních výdajů.

Jak je vidět, oba výše uvedené instituty se v mnohých znacích liší. V prvním případě jde o podnikání zacílené na široké spektrum zájemců. Druhý případ je nevýdělečnou činností dvou konkrétních subjektů při překlenutí nárůstu či výpadku ve spotřebě práce, přičemž je nutno zdůraznit, že jeho dosavadní aplikace ze strany agentur byla spíše jeho „zneužitím“, vyvolaným absencí zvláštní úpravy a tolerancí příslušných státních orgánů k této činnosti.

Případné zrušení ustanovení § 38 odst. 4 ZP postihne v konkrétních případech negativně některé zaměstnavatele a zaměstnance a potěší snad pouze agentury práce.

AGENCY EMPLOYMENT IN THE CZECH LEGAL SYSTEM AND PRACTICE

Summary

On 9 October 2001, the Private Employment Agencies Convention, No. 181 of the International Labour Organization, came into force in the Czech Republic (hereinafter „the Convention“). The Convention regulates i.a. the area of the so called agency employment, i.e. the services consisting in the engaging by private employment companies of the workers who shall provide services to a third party which can be a natural as well as a juridical person (the so called recipient enterprise), and specifies the workers' tasks and controls their performance.

In the legal system of the Czech Republic, the regulation of agency work is still missing; however, even though the legal framework for agency employment has not been established in this country, the private employment companies have been operating in the Czech territory for a number of years.

After a brief introduction, in its following part the article is concerned with the current policies of the private employment companies in carrying on the agency employment in the territory of the Czech Republic. The article does not confine itself only to analyzing this issue from the labour law point of view, but in some contexts, it also looks at selected commercial and tax law aspects of the present practices of the staffing companies in agency employment.

Further on, the contribution deals with the proposed regulation of agency employment which is presently in the stage of legislative process as part of the government proposal for the new employment law. Even though the article appreciates as positive the fact of finally having the concept of agency employment regulated in the legal system of the Czech Republic, it, however, is in particular concerned with critical evaluation of some of the items of the proposed legislation and it presents reflections on the character of the regulation and its position in the system. It also reviews some of the legislative measures associated with the agency employment regulation in the proposed bill.