

VYSÍLÁNÍ PRACOVNÍKŮ K POSKYTOVÁNÍ SLUŽEB DO NĚMECKA A RAKOUSKA*

MARTIN ŠTEFKO

ÚVOD

V souvislosti s tvorbou jednotného vnitřního trhu v rámci Evropské unie (EU), resp. Evropského hospodářského prostoru (EHP) došlo k deregulaci administrativních překážek přístupu na pracovní trhy členských států EU (EHS). Soutěžitelé (zaměstnavatelé) získali právo poskytovat své služby také v jiných členských státech, což mělo za následek, že zaměstnavatelé skutečně získávají zakázky v jiném členském státě a také tam vysílají své zaměstnance ke splnění zakázky do tohoto státu. Vysláním zaměstnance k výkonu práce do jiného členského státu však dochází ke střetu mezi více právními řády, které přicházejí v úvahu pro regulaci pracovněprávního vztahu vyslaného zaměstnance. Ale nejen to, zaměstnanci vyslaní zaměstnavatelem z nízko příjmových států (typicky země střední a východní Evropy) do států s vyšší průměrnou mzdou znamenají migraci levné pracovní síly. Vyhraněně je tento problém demonstrován u agenturního zaměstnávání, kdy agentura práce vyslané zaměstnance přiděluje k uživateli působícímu v jiném členském státě, namísto aby uživatel využil vlastního zaměstnance.¹

Kompromisní řešení se očekávalo od Směrnice Evropského parlamentu a Rady 96/71/ES ze dne 16. prosince 1996 o vysílání pracovníků v rámci poskytování služeb (Směrnice č. 96/71/ES).² Takováto úprava měla zabezpečit poctivou soutěž³ mezi tuzemskými a zahraničními zaměstnavateli a také chránit práva vyslaného zaměstnance.⁴

* Tento příspěvek vznikl díky finanční podpoře poskytované v rámci výzkumného projektu „Soukromé právo XXI. století“, id. č. PRVOUK P5.

¹ Problémy mělo Rakousko v oblasti pečovatelských služeb. Bližší viz BARANCOVÁ, H.: Dočasné vyslání zamestnancov v rámci Európskej únie v judikature sudneho dvora ES, s. 34.

² Úřední věstník L 18, 21. 1. 1997, s. 1–6 (ES, DA, DE, EL, EN, FR, IT, NL, PT, FI, SV); zvláštní vydání v českém jazyce, kapitola 05, svazek 02, s. 431–436.

³ Viz rozsudek SDEU ve věci C-341/05.

⁴ Právě s odkazem na sociální ochranu zaměstnanců SDEU ve spojených věcech C-369/96 a C-376/96 dovodil, že povinnost vysílajícího zaměstnavatele platit příspěvky do fondu hostitelského státu nemůže být odůvodněna zájmem na sociální ochraně zaměstnanců, pokud vyslaným zaměstnancům neposkytuje žádnou sociální výhodu. Viz rozsudek SDEU ve spojených věcech C-369/96 a C-376/96, body 52 a 54. Srov. též rozsudek SDEU ve věci C-438/05, Viking Line, bod 81.

Přestože Směrnice č. 96/71/ES byla vydána na základě čl. 57 odst. 2⁵ a čl. 66⁶ Smlouvy o založení Evropského společenství,⁷ tedy nikoliv na základě ustanovení věnovaných sociální politice (ochraně), uznal SDEU v rozhodnutích Laval⁸ a Viking Line⁹ jako důvod veřejného zájmu právo zaměstnanců hostitelského státu na ochranu před sociálním dumpingem ze strany práce zaměstnanců, vyslaných zaměstnavatelem usídleným v jiném členském státu. Názory na přínos směrnice č. 96/71/ES se liší dle sledovaných zájmů. Posuzujeme-li směrnici č. 96/71/ES z pohledu vysílaného zaměstnance, pak je pravdou, že směrnice č. 96/71/ES skutečně posiluje postavení vyslaných zaměstnanců. Získávají výhody, na které by jinak nemohli ani pomyslet. Hlavní příčinou posilování pozice zaměstnance je povinné zohledňování legislativy hostitelského státu, domovského státu a případně také dalšího (dalších) členského státu. Navzdory, či spíše spolu s touto prioritní funkcí je však nutno vidět, že důvodem přijetí směrnice č. 96/71/ES byl zájem na omezení konkurence mezi pracovněprávními nároky vyslaných zaměstnanců a ostatních zaměstnanců, kteří v hostitelském státě (trvale či obvykle) pracují. Cílem bylo zabránit soutěžním praktikám spočívajícím v šetření na zaměstnancích. Tento „závod ve snižování sociální ochrany“ zaměstnanců by totiž byl bolestným pro všechny,¹⁰ nejcitelněji však samozřejmě pro domácí zaměstnance (a voliče vlády) hostitelského státu.

Předkládaný příspěvek se snaží poukázat a napomoci řešit základní koncepční problémy spojené s vysláním zaměstnanců zaměstnavatele usídleného na území České republiky do dvou jejích sousedních států – Německa a Rakouska. Tyto státy nebyly zvoleny náhodně, nýbrž pro svoji historickou a geografickou blízkost k Českým zemím. Nejprve bude stručně pojednáno na vymezení minimálního rozsahu ochrany pracovněprávních standardů, aby bylo následně přikročeno k rozboru tří vybraných vysílajících zaměstnavatelem povinně srovnávaných institutů v pracovním právu Německa (minimální mzda a příspěvek za práci přesčas) a Rakouska (dovolená za kalendářní rok), to vše při vyloučení zvláštní úpravy pro děti, mladistvých, těhotných žen a žen krátce po porodu.

1. MINIMÁLNÍ ÚROVEŇ OCHRANY

Směrnice č. 96/71/ES stanoví v čl. 3 odst. 1 pracovní podmínky, které musí hostitelský stát garantovat vyslaným zaměstnancům nezávisle na tom, jakým právem se bude řídit jejich pracovní smlouva, resp. pracovněprávní vztah.¹¹ Aplikaci čl. 3 odst. 1

⁵ Později čl. 47 odst. 2 Smlouvy o ES (SES) a nyní čl. 53 odst. 2 Smlouvy o fungování Evropské unie (SFEU).

⁶ Později čl. 55 SES, čl. 62 SFEU.

⁷ Srov. preambule Směrnice č. 96/71/ES.

⁸ Viz rozhodnutí SDEU ve věci C-341/05, body 81 a 82. Srov. též rozsudek ze dne 27. března 1990, Rush Portuguesa, C-113/89, bod 12.

⁹ Rozsudek SDEU ve věci C-438/05.

¹⁰ Srov. MAZAL, W.: The Posting Directive – Application Issues in Oustria, s. 56.

¹¹ Viz Bericht der Kommissionsdienststellen über die Umsetzung der Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, leden 2003, s. 2.

směrnice č. 96/71/ES nelze tedy vyloučit ani volbou práva.¹² Hostitelský stát je povinen zabezpečit, aby vyslaným zaměstnancům byly zajištěny vyjmenované (minimální) pracovní podmínky tak, jak jsou v daném státě upraveny právními či správními předpisy a/nebo kolektivními smlouvami nebo rozhodčími nálezy, které byly prohlášeny za všeobecně použitelné, jestliže se týkají stavebních činností uvedených v příloze směrnice č. 96/71ES.

Konkrétně se jedná o následující podmínky:

- maximální délka pracovní doby a minimální doba odpočinku,
- minimální délka dovolené za kalendářní rok,
- minimální mzda, včetně sazeb za přesčasy,
- poskytování pracovníků, zejména prostřednictvím podniků pro dočasnou práci,
- ochrana zdraví, bezpečnosti a hygieny při práci,
- ochranná opatření týkající se pracovních podmínek těhotných žen nebo žen krátce po porodu, dětí a mladistvých,
- rovné zacházení pro muže a ženy a ostatní ustanovení o nediskriminaci.¹³

Nabízí se konstatovat, že čl. 3 odst. 1 směrnice č. 96/71/ES vypočítává právní instituty a jejich omezení, jež mají z hlediska unijního zákonodárce pro ochranu zaměstnance největší význam.¹⁴ Proti takovému závěru nicméně směřuje absence jakéhokoliv důvěryhodného zdůvodnění výběru porovnávaných institutů/nároků.^{15, 16} Např. není zřejmé, proč by měly být chráněny pouze ženy, a nikoliv muži starající se o děti. Ignorování jsou také zdravotně postižení, kolektivní pracovní právo atd.

Nicméně vedle pracovněprávních institutů vypočtených v čl. 3 odst. 1 Směrnice č. 96/71/ES/ES může hostitelský stát aplikovat na pracovněprávní vztahy vyslaných zaměstnanců, při dodržení podmínky rovnosti, předpisy o veřejném pořádku (ve smyslu kolizně právním). Za takové předpisy se považuje koaliční svoboda, zákaz nucené práce, ochrana dětské práce, ochrana osobnosti (včetně ochrany osobních údajů) nebo ustanovení upravující správní dozor na území hostitelského státu.¹⁷ Veřejný zájem hostitelského státu je zintenzivněn tím, že hostitelský stát nemůže bránit cizincům (zaměstnancům vyslaným zaměstnavatelem usídleným v jiném členském státu) ve vstupu na své území.¹⁸ Na druhou stranu cílem Směrnice č. 96/71/ES/ES je usnadnit přeshraniční poskytování služeb, což je nutno mít na zřeteli zejména v případě ukládání dalších po-

¹² Srov. BARANCOVÁ, H.: Dočasné vyslanie zamestnancov v rámci Európskej únie v judikatuře sudneho dvora ES, s. 19.

¹³ Nezahrnutý zůstaly např. překážky v práci, sociální politika zaměstnavatele v rámci péče o zaměstnance a skončení pracovního poměru.

¹⁴ Obdobně BIRK, R.: Der Arbeitsvertrag der Grenzüberschreitenden Arbeitnehmer, s. 175.

¹⁵ Např. Schnorr považuje za nutně použitelné ustanovení o dovolené, srážkách ze mzdy, ochraně proti výpovědi z pracovního poměru, zabezpečení v případě nemoci. Srov. SCHNORR, G.: *Das Arbeitsrecht als Gegenstand internationaler Rechtsetzung*. München, Berlin, 1960, s. 306.

¹⁶ Srov. též GEMMEL, Y.: Personaleinsatz über Grenzen hinweg. *Arbeit und Arbeitsrecht*, 2008, No. 5, s. 271.

¹⁷ Srov. Bericht der Arbeitsgruppe zur Umsetzung der Richtlinie über die Entsendung von Arbeitnehmern, s. 12, 13.

¹⁸ Viz rozhodnutí SDEU ve věci C-113/89 (Rush Portuguesa), bod 18; C-43/93 (Vander Elst), bod 23; ve věci C-272/94 (Guiot) bod 12.

vinnosti vysílajícím zaměstnavatelům. Pracovní skupina takto zejména za pomoci čl. 10 Římské úmluvy argumentuje proti použití úpravy ochrany před skončením pracovního poměru vyslaného zaměstnance dle práva hostitelského státu.¹⁹

Hostitelský členský stát však nemůže pouze garantovat ochranu vyslaných zaměstnanců dle svého práva, ale je povinen umožnit též aplikaci pracovního práva jiného členského státu, jedná-li se o výhodnější pracovní podmínky.²⁰ Pokud hostitelský stát aplikuje své právo v širším než minimálním rozsahu (tj. nad instituty vypočtené v čl. 3 odst. 1 směrnice č. 96/71/ES) pak dle Pfeila se rovněž princip výhodnosti rozšíří a zahrne tyto další pracovněprávní instituty. Princip výhodnosti se tak uplatní v celé širší pracovněprávního vztahu vyslaného zaměstnance.²¹

1.1 NIKOLIV VÍCE NEŽ MINIMUM

Směrnice v čl. 3 odst. 7 stanoví, že nebrání použití pracovních podmínek, které jsou pro pracovníky výhodnější.²² Přesto SDEU, i v reakci na toto ustanovení a na bod 17 preambule cit. směrnice, judikoval, že stanovená úprava musí být způsobilá zaručit uskutečnění cíle, který sledují, tedy minimální (nikoliv maximální!) ochranu vyslaných zaměstnanců a že nesmí překračovat meze toho, co je k dosažení tohoto cíle nezbytné (princip přiměřenosti).

Dle rozsudku Laval²³ tak čl. 3 odst. 7 Směrnice č. 96/71/ES nemůže být vykládán v tom smyslu, že umožňuje hostitelskému členskému státu podřídit poskytování služeb na jeho území dodržování pracovních podmínek, které jdou nad úroveň garantovanou kogentními ustanoveními směrnice jako minimální ochranu.²⁴ Např. nárok na minimální mzdu nelze zaměňovat za nárok na průměrnou mzdu v daném odvětví,²⁵ či kolektivní smlouvu všeobecně použitelnou za jakoukoliv kolektivní smlouvu.²⁶ Ve stejném smyslu je nutno vykládat také čl. 3 odst. 10 druhý podbod Směrnice č. 96/71/ES/ES; pracovní podmínky obsažené v kolektivních smlouvách z jiných oblastí než stavebnictví se tak

¹⁹ Srov. Bericht der Arbeitsgruppe zur Umsetzung der Richtlinie über die Entsendung von Arbeitnehmern, s. 12 a 13.

²⁰ Viz rozhodnutí SDEU ve věci C-341/05, Laval, bod 81.

²¹ Viz PFEIL, W. J.: Grenzüberschreitender Einsatz von Arbeitnehmern. Teil 2. *Das Recht der Arbeit*, 2008, No. 2, s. 124–134.

²² Srov. O. SCHULZ, řeč přednesená na fóru 9. 10. 2008 k nové judikatuře ESD (nyní SDEU – pozn. autora) ve věci vysílání zaměstnanců v rámci nadnárodního poskytování služeb, dostupná na: http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/docs/2008/scholz_speech_de.pdf. Dále viz Bericht der Kommissionsdienststellen über die Umsetzung der Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen z ledna 2003, s. 13.

²³ Viz rozhodnutí SDEU ve věci C-341/05, bod 81 a 82. Srov. též rozsudek ze dne 27. března 1990, Rush Portuguesa, C-113/89, bod 12.

²⁴ Obdobně viz rozsudek SDEU ve věci C-346/06, Dirk Rüffert, jednající jako správce konkurzní podstaty společnosti Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG.

²⁵ Viz DAVIES, A.: One Step Forward, Two Steps Back? The Viking And Laval CASE in the ECJ. *Industrial Law Journal*, 2008, Vol. 37, s. 129.

²⁶ Srov. rozsudek SDEU ve věci C-346/06, Rüffert v. Land Niedersachsen, bod 33.

opět mohou týkat pouze pracovních podmínek vypočtených v čl. 3 odst. 1 cit. směrnice.²⁷ V rozsudku Rüffert navíc SDEU judikoval:

Právní předpisy, které ukládají zadavateli, aby zadával veřejné zakázky na stavební práce pouze podnikům, které se při podání nabídky písemně zavázou, že svým zaměstnancům zaplatí jako protihodnotu za uskutečnění dotčených plnění přinejmenším odměnu stanovenou v kolektivní smlouvě platné v místě uskutečnění zmíněných plnění, aniž by uvedená smlouva byla kvalifikována jako všeobecně použitelná, nestanovují mzdu jedním ze způsobů uvedených v čl. 3 odst. 1 prvním pododstavci první a druhé odrážce a čl. 3 odst. 8 druhém pododstavci Směrnice č. 96/71/ES o vysílání pracovníků v rámci poskytování služeb. Taková mzda se tudíž nemůže považovat za minimální mzdu ve smyslu čl. 3 odst. 1 prvního pododstavce písm. c) téže směrnice, kterou jsou členské státy oprávněny uložit na základě této směrnice podnikům usazeným v jiných členských státech v rámci nadnárodního poskytování služeb.²⁸

V rozsudku SDEU Finalarte bod 50 dále opatrně zazněla myšlenka, že nadstandardní ochranu zaměstnance a administrativní a ekonomickou zátěž vysílajícího zaměstnavatele by měl soud vyvažovat, v případě příliš vysokých nákladů vysílajícího zaměstnavatele by měl soud odmítnout poskytnout zaměstnanci ochranu, a to i v případě, že by se jednalo o ustanovení výhodné pro zaměstnance.

Sociální partneři (smluvní strany předmětných kolektivních smluv) se často snaží donutit cizí zaměstnavatele uzavírat dohody o aplikaci kolektivních smluv i na ně. Obvykle se vyhlašuje bojkot, což znamená, že členové odborů jsou povinni odmítat nabídky na zaměstnání ze strany takovýchto zaměstnavatelů. V některých skandinávských státech se také jedná o fyzické bránění ve výkonu práce (odboráři udělají ze svých těl živý řetěz), případně jsou vyhlašovány také různé nátlakové akce ze solidárnosti.²⁹

K možnosti vynucování uzavření kolektivní smlouvy nátlakovými kolektivními akcemi resp. jinými opatřeními se SDEU vyjádřil v rozhodnutí Viking Line a Laval. Kolektivní akce (stávky) odborových organizací a jiných sdružení³⁰ jsou obecně dovoleny. Limitem pro ně je však čl. 49 a čl. 56 SFEU. Lze je proto vést pouze z naléhavých důvodů při respektování zásady přiměřenosti.³¹ Naléhavé důvody obecného zájmu, již

²⁷ Srov. závěry pracovní skupiny in Bericht der Arbeitsgruppe zur Umsetzung der Richtlinie über die Entsendung von Arbeitnehmern, s. 13.

²⁸ Viz rozsudek SDEU ve věci C-346/06, Dirk Rüffert, jednající jako správce konkurzní podstaty společnosti Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG, body 33–34.

²⁹ Viz KRISTIANSEN, J.: Flexicurity and danisches Arbeitsrecht. *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 2008, Vol. 54, No. 8, s. 515.

³⁰ Definice soukromých (nevládních) akcí, kterým může zaměstnavatel čelit dle čl. 43 a 49 SES byla SDEU v rozhodnutích Viking a Laval velmi nejasně definována. Srov. DAVIES, A.: One Step Forward, Two Steps Back? The Viking And Laval CASE in the ECJ. *Industrial Law Journal*, 2008, Vol. 37, s. 137, 140.

³¹ Jako nepřiměřený se ukázal dle rozhodnutí SDEU požadavek členského státu, aby zaměstnavatelé vysílající zaměstnance na území jiného členského státu měli zástupce bydlicího v tomto členském státě. Postačující by totiž dle SDEU bylo jmenování jedné osoby z řad vyslaných zaměstnanců (například mistra), která bude zajišťovat kontakt mezi zahraničním vysílajícím zaměstnavatelem a příslušným kontrolním orgánem členského státu EU. Dalším příkladem zakázaného omezování volného pohybu služeb je povinnost získat povolení pro vysílajícího zaměstnavatele nebo potvrzení o evropském vyslání, k jehož vydání je třeba, např. aby dotčení pracovníci byli zaměstnáni u vysílajícího zaměstnavatele po dobu nejméně jednoho roku nebo s ním měli uzavřenou smlouvu na dobu neurčitou. Viz BĚLINA, M.: *Zákoník práce: komentář*, výklad k ust. § 319, 2008.

uznané ESD, zahrnují také ochranu pracovníků.³² V případě existence naléhavého důvodu je však navíc nutno ověřit, zda tento zájem není zajištěn již předpisy členského státu, ve kterém je vysílající zaměstnavatel usídlen.³³ Má-li být porušením těchto ustanovení naplněna skutková podstata správního deliktu spáchaného zaměstnavatelem, pak musí jít o ustanovení dostatečně přesná a dostupná vysílajícímu zaměstnavateli, aby tato ustanovení v praxi zaměstnavateli neznemožnila nebo nadměrně nezatížila určení povinností, které musí dodržovat.³⁴ Takovým důvodem může být mimo jiné také ochrana před sociálním dumpingem ze strany vyslaných zaměstnanců; stávkou však nelze nahrazovat nedostatečnou národní právní úpravu týkající se minimální mzdy.³⁵ Naprázdno tak vyzněl názor komise, že Směrnice č. 96/71/ES se na kolektivní akce (právo na stávku) nevztahuje.³⁶

2. POROVNÁVANÉ PRACOVNÍ A MZDOVÉ PODMÍNKY

Vysílající zaměstnavatel je povinen zajistit, aby vyslanému zaměstnanci byly garantovány nejvýhodnější pracovněprávní nároky v rozsahu dle čl. 3 odst. 1 Směrnice č. 96/71/ES. Praktické problémy spojené s používáním principu výhodnosti nutí všechny zainteresované subjekty se s tímto principem blíže seznámit a jeho aplikaci věnovat zvýšenou pozornost. Jako obecný výkladový princip nebyl princip výhodnosti v českém (československém) pracovním právu ani kolizním nikdy obecně zakotven.³⁷ Pokud jde o německé právo, pak jej lze nalézt v čl. 30 odst. 1 EGBGB a v ust. § 4 odst. 3 TVG.^{38, 39} Německá doktrína chápe tento princip jako provedení požadavku na ochranu zaměstnance v tom smyslu, že smluvní volnost má působit pouze k ochraně zaměstnance. Princip výhodnosti má tak místo pouze v případě, že je přípustná volba práva.⁴⁰ Tento přístup zcela odpovídá principu výhodnosti, tak jak jej upravuje (předvídá) čl. 6 Úmluvě o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (Římské úmluvy). Ostatně čl. 30 odst. 1 EGBGB je národní transformací předmětného článku Římské úmluvy. Nicméně princip výhodnosti upravený ve Směrnici č. 96/71/ES není totožný s principem výhodnosti dle čl. 6 Římské úmluvy a čl. 8 nařízení č. 593/2008 o právu

³² Srov. rozhodnutí SDEU ve věci C-60/03, Wolff & Müller GmbH & Co. KG v. José Filipe Pereira Félix, marg. č. 35.

³³ Tuto podmínku lze vnímat jako „úlitbu“ principu státu původu, tedy aplikaci práva státu, kde zaměstnanec obvykle pracuje. Srov. FETSCH, J.: Eingriffsnormen und EG-Vertrag, s. 303.

³⁴ Viz rozsudek ESD ve spojených věcech C-369/96 a C-376/96, marg. č. 43.

³⁵ Srov. DAVIES, A.: One Step Forward, Two Steps Back? The Viking And Laval CASE in the ECJ. *Industrial Law Journal*, 2008, Vol. 37, s. 132.

³⁶ Viz Bericht der Kommissionsdienststellen zur Durchführung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, z 4. dubna 2006, s. 21. Viz též bod 22 preamble směrnice č. 96/71/ES.

³⁷ V díle podobě lze za princip výhodnosti považovat výkladové pravidlo zakotvené v ust. § 243 odst. 4 zákona č. 65/1965 Sb., zákoník práce, ve znění do 31. 12. 2006 a § 19 odst. 2 ZPr.

³⁸ Tarifvertragsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. August 1969 (BGBl. I S. 1323), zuletzt geändert durch Artikel 223 der Verordnung vom 31. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2407).

³⁹ K principu výhodnosti v kolizním pracovním právu viz SCHNITZLER, E.: Das Günstigkeitsprinzip im internationalen Arbeitsrecht, s. 5 a násl. a dále s. 38.

⁴⁰ Viz SCHNITZLER, E.: Das Günstigkeitsprinzip im internationalen Arbeitsrecht, s. 35.

rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (Řím I).⁴¹ Z těchto důvodů nelze automaticky převzít poznatky získané při aplikaci principu výhodnosti dle čl. 6 Římské úmluvy nebo čl. 8 nařízení Řím I, ale je nutno jejich využitelnost při realizaci principu výhodnosti předvídaného Směrnicí č. 96/71/ES zvlášť pečlivě posoudit.

Výhodnost pracovněprávních institutů vypočtených v čl. 3 odst. 1 Směrnice č. 96/71/ES nelze posuzovat obecně, vždy je nutno je posuzovat individuálně. To je však v určitých případech velmi složité. Věcný rozsah porovnávaných nároků není totiž v různých členských státech jednotný (např. ochranná opatření vůči mladistvým či těhotným ženám spadají v řadě právních řádů do oblasti bezpečnosti a ochrany zdraví při práci).

Rozhodujícím kritériem je zjištění výhodnosti pro zaměstnance.⁴² Zaměstnanci musí z úpravy v hostitelském státě či v jiném členském státě Evropské unie vyplývat právo na konkrétní výhodu, kterou také skutečně obdrží.⁴³ Přichází-li v úvahu několik právních řádů, na zaměstnance se vždy vztahuje úprava pro něj nejvýhodnější. Porovnávání jde zřejmě napříč soukromým a veřejným právem, limitováno je pouze věcným rozsahem porovnávaných pracovněprávních institutů.⁴⁴

Princip částečného porovnání vybraných pracovněprávních institutů je jediný možný přístup, protože porovnávat celý právní řád dvou a více členských států je nereálné. Předmětem porovnání jsou přitom pouze ta pravidla kolektivních smluv a pracovních smluv, které jsou ve vztahu očividně souvislosti. Předmětem porovnání jsou také ustanovení práva vnitřně související. Tak např. délku dovolené nelze zkoumat odděleně od podmínek nároku na dovolenou a výše náhrady placené zaměstnanci po dobu dovolené. Ve vztahu úzké souvislosti naopak nestojí prémie, odměny a nadtarifní část mzdy.⁴⁵ Princip výhodnosti totiž nemůže vést k tzv. rozinkové teorii, tedy k „vyzobání“ nejvýhodnějších úprav z porovnávaných právních řádů. Aplikovaný soubor práv vyslaného zaměstnance nesmí umožnit kumulaci nároků, které z hlediska některého z porovnávaných právních řádů jsou nepřipustné (např. poskytnutí odstupného za současného trvání pracovního poměru).

⁴¹ Shodnost lze vidět v porovnávání pracovněprávních (skupin) institutů. Stejně jako v případě Římské smlouvy a nařízení Řím I se unijní zákonodárce vyhnul porovnávání celých právních řádů. Na druhou stranu se většina autorů u Římské smlouvy a nařízení Řím I snaží vyhnout porovnávání konkrétních pracovněprávních nároků. Porovnání podle čl. 6 Římské smlouvy spočívá ve zjištění stupně ochrany zaměstnance, nikoliv v porovnávání (jako u čl. 3 odst. 1 směrnice č. 96/71/es) výše nároků garantovaných právními řády. Navíc nároky vypočtené v čl. 3 odst. 1 směrnice č. 96/71/ES je nutno na rozdíl od čl. 6 Římské smlouvy posuzovat odděleně, což může vést ke vzniku kumulativních nároků vyslaného zaměstnance. Důvod odlišnosti mezi principem výhodnosti upraveným v čl. 6 Římské úmluvy a principem výhodnosti předvídaným v čl. 3 odst. 1 Směrnice č. 96/71/ES jen nutno vidět v odlišných důvodech vzniku obou právních úprav. Směrnice č. 96/71/ES zavedla povinné porovnávání různých právních řádů jako nástroj proti sociálnímu dumpingu, prostředek k překonání nedůvěry k sociálnímu systému ochrany obyvatelstva používaném jiného členského státu Evropské unie. Cílem tedy nebylo stejné jako v Římské úmluvě korigovat neuváženou volbu práva, které je pro vyslaného zaměstnance nevýhodné.

⁴² Viz rozsudek SDEU ve spojených věcech C-49/98, 50/98, 52-54/98, 68-71/98, Finalarte, bod 51.

⁴³ K tomu srov. rozhodnutí ESD ve věci C-346/06, Dirk Rüffert, marg. č. 32 a násl.

⁴⁴ A. Olšovská v této souvislosti uvádí, že slovenská úprava se aplikuje na vyslané zaměstnance pouze v základním rozsahu. Porovnání by se tedy týkalo pouze základních pracovních podmínek. Srov. BARANCOVÁ, H. a kol.: Vysílání zaměstnanců, s. 115.

⁴⁵ Viz SCHNITZLER, E.: Das Güstigkeitsprinzip im internationalen Arbeitsrecht, s. 67.

2.1 OBECNĚ K MINIMÁLNÍ MZDĚ

Minimální mzda je významným ochranným prvkem pro zaměstnance. Garantuje alimentární funkci mzdy, tedy možnost zaměstnance vydělat příjem postačující pro důstojné živobytí. Na druhou stranu, povinnost zaměstnavatele odměňovat zaměstnance určitou minimální odměnou za vykonanou práci, a to bez zřetele na kvalitu práce zaměstnance, je demotivující faktor. Navíc zvyšování minimální mzdy, které není vyrovnáno zvýšením produktivity práce zaměstnanců, může vést ke snížení počtu zaměstnanců a tedy zvyšování nezaměstnanosti. Směrnice č. 96/71/ES v čl. 3 odst. 1 poslední věta stanoví, že pojem „minimální mzda“ vymezují vnitrostátní právní předpisy a/nebo zvyklosti členského státu, na jehož území je pracovník vyslán. Na unijní úrovni neexistuje jednotný pojem odměny za vykonanou práci (mzdy) a ani Směrnice č. 96/71/ES neukládá členským státům, jejichž národní legislativa s tímto institutem nepočítá, zavádět tento institut.⁴⁶ Zná-li však právo hostitelského státu minimální mzdu, pak se tato úprava uplatní také na vyslané zaměstnance.

Pojem „minimální mzda“ vymezují vnitrostátní právní předpisy nebo zvyklosti hostitelského státu. Definice v různých členských státech Evropské unie se různí. Jedná se o minimální mzdy hodinové či měsíční, vztahující se na všechny zaměstnance či pouze na určitá povolání. Členské státy mohou do pojmu minimální mzdy zahrnout také různé příplatky či bonusy. Jedná se např. příplatky placené ke mzdě ve stavebnictví,⁴⁷ odstupné a další plnění poskytované na základě zákona či kolektivní smlouvy, pokud nemají svůj původ v právu sociálního zabezpečení.⁴⁸ Dle výslovné úpravy se totiž porovnání výše minimální mzdy nevztahuje na doplňkové podnikové penzijní systémy [čl. 3 odst. 1 písm. c) směrnice č. 96/71/ES]. V souladu s čl. 3 odst. 7 Směrnice č. 69/71/ES se zvláštní příplatky za vyslání považují za součást minimální mzdy, pokud se nevyplácejí jako náhrada výdajů skutečně vynaložených v důsledku vyslání, například výdaje za cestovné, ubytování a stravu. SDEU dále dovodil, že součástí minimální mzdy nejsou ani příspěvky a příplatky, které nejsou poskytovány na základě právních předpisů či zvyklostí v daném členském státě (nejsou definovány jako podstatná složka mzdy), a jejich smyslem je odměnit zaměstnance za změněné pracovní podmínky (např. prémie za kvalitu prováděné práce a prémie za práce ve ztíženém a zdraví škodlivém pracovním prostředí, namáhavé a obtížné práce nebo nebezpečné práce).⁴⁹ Cestovní náhrady nejsou součástí pojmu minimální mzdy.⁵⁰

Pro účely porovnání s minimální mzdou je nutno zohlednit celou výši odměny za vykonanou práci, a to včetně záloh na daň a odvodů na pojistné na sociální zabezpečení.

⁴⁶ Report by the Working Party on the transposal of the Directive concerning the posting of workers, s. 7.

⁴⁷ Viz rozhodnutí SDEU ve věci C-244/04, Komise v. Německo.

⁴⁸ Viz též Commission's services report on the implementation of Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services ze dne 4. 4. 2006, s. 16.

⁴⁹ Viz bod 38 a násl. rozsudku ESD ve věci C-341/02, Komise Evropských společenství v. Spolková republika Německo.

⁵⁰ Viz KRŠÍNKOVÁ, E.: Slovenská právna úprava dočasného vyslania zamestnancov vo svetle smernice č. 96/71/ES o vysielaní zamestnancov v rámci poskytovania služieb a problémy aplikačnej praxe, s. 11.

ní.⁵¹ Povinnost odměňovat vyslané zaměstnance minimální mzdou se vztahuje také na subdodavatele.⁵² Pokud hostitelský stát upravuje několik sazeb minimální mzdy, pak v souladu se smyslem Směrnice č. 96/71/ES je na vyslané zaměstnance aplikovatelná pouze nejnižší úroveň minimální mzdy, a to bez ohledu na znaky práce zaměstnance, kterému je taková minimální mzda určena.⁵³ Je-li minimální mzda stanovena ve formě hodinové minimální mzdy ve všech srovnávaných právních řádech, pak je nutno přepočíst sazby do stejné měny. Pro vyslaného zaměstnance je nejvýhodnější nejvyšší hodnota minimální mzdy. Není-li ve všech porovnávaných státech minimální mzda stanovena v této podobě, pak je nutno při porovnávání zohlednit vztah mezi výší minimální mzdy a odpracovanými hodinami, za něž minimální mzda náleží.⁵⁴ Alespoň minimální mzdu musí zaměstnanec obdržet v penězích, ne v naturáliích.

2.1.1 NĚMECKO

Bude-li hostitelským státem Spolková republika Německo, je nutno respektovat dílčí úpravy minimálních mezd pro jednotlivé sektory německého hospodářství. Jedná se konkrétně tyto profese a odvětví: odpadové hospodářství, pokrývače, montéry (lešení), stavebnictví, pokrývače, elektrikáře, úklid budov, malíře, natěrače, pečovatelské služby, bezpečnostní služby a agenturní zaměstnance. Pro většinu zmíněných oborů a profesí je stanovena rozdílná výše minimální mzdy v trojím členění – spolkové země patřící do západního Německa, Berlín (jako zvláštní kategorie) a spolkové země v rámci bývalého východního Německa. V Berlíně přitom obvykle platí sazby stejné jako ve spolkových zemích západního Německa. Pouze v případě elektrikářů platí pro Berlín stejná sazba jako v případě východních spolkových zemí. V menšině případů je stanovena jednotná sazba pro celé území Německa, a sice pro pokrývače, odpadové hospodářství a montéry (lešení). Naopak pro bezpečnostní služby je stanovena výše minimální mzdy specificky pro jednotlivé spolkové země.

Informativní materiály pojednávající o sazbách minimálních mezd jsou k dispozici na v německé a anglické podobě⁵⁵ na stránkách německého ministerstva práce a sociálních věcí, jakož i na kontaktních pracovištích Spolkové agentury práce.⁵⁶ Nespokojíme-li se ovšem s těmito obecnými a nutně mezerovitými poznatky a zkoumáme-li blíže jednotlivé univerzálně aplikovatelné rámcové kolektivní smlouvy, vznikají četné aplikační problémy.

Tak např. Třetí nařízení o kogentních pracovních podmínkách v úklidu budov (Dritte Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen in der Gebäudereinigung,⁵⁷

⁵¹ Viz Bericht der Kommissionsdienststellen zur Durchführung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, z 4. dubna 2006, s. 19. Viz rozsudek ESD ve věci C-341/02, Komise vs. Německo.

⁵² Srov. C-60/03 (Filipe Pereira Félix) ze dne 12. 10. 2004.

⁵³ Obdobně viz PLESTERNINKS, I.: *Entsenderregelungen nach nationalem und europäischem Recht*, s. 20.

⁵⁴ Srov. Bericht der Kommissionsdienststellen zur Durchführung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, z 4. dubna 2006, s. 18.

⁵⁵ Některé svazy ovšem příležitostně publikují relevantní informace též v českém jazyce, tak např. SOKA-BAU.

⁵⁶ Viz <http://www.bmas.de/DE/Themen/Arbeitsrecht> (cit. 22. 10. 2013).

⁵⁷ Třetí nařízení z 21. prosince 2011, BAnz. 2011 Nr. 196 S. 4621.

TVMindestlohnGebäude, dále „RKS“)⁵⁸ stanoví ve skutečnosti v ust. § 2 cit. RKS dvě sazby minimální mzdy, diferencované podle složitosti prováděných prací. Zatím pro skupinu prací 1 (Lohngruppe 1) platí nižší výše minimálních mezd ve všech spolkových zemích (rozlišeno ovšem na západní spolkové země a Berlín na jedné straně a východní spolkové země na straně druhé), v skupině prací 6 (Lohngruppe 6) se jedná o sazby řádově vyšší o 2 EUR. Do vyšší skupiny prací č. 6 je přitom nutné zaměstnance zařadit podle převážně konané práce (ust. § 8 RKS). V tomto případě je touto činností úklid a čištění venkovních stran budov a skelných ploch. Předmětná Rámcová kolektivní smlouva v publikovaném všeobecně aplikovatelném rozsahu neobsahuje pouze úpravu výše minimálních mezd, ale též splatnost mezd (ust. § 2 odst. 4 RKS) a zánik nároku (ust. § 2 odst. 4 RKS).

2.2 PŘÍPLATEK ZA PRÁCI PŘESČAS

Pokud jde o porovnávání úpravy práce přesčas, pak je nutno nejprve zjistit, zda pojem práce přesčas je v porovnávaných právních řádech totožný, či zda existují pro vyslaného zaměstnance v této úpravě významné rozdíly. Umožňuje-li právo některého členského státu příplatek za práci přesčas vůbec neposkytnout, pak je nutno tuto skutečnost rovněž zohlednit. Vyslanému zaměstnanci totiž není ku prospěchu taková úprava, která právo na příplatky přiznává sice teoreticky ve vyšší výši, v praxi je však možno nárok takového zaměstnance anulovat. Jestliže je výše příplatku poskytována ve více sazbách (např. práce přesčas a práce přesčas ve svátek nebo v noci), pak je nutno zohlednit ty sazby příplatku za práci přesčas, na něž by vyslanému zaměstnanci mohl vzniknout nárok. Jestliže naopak zaměstnanec nebude pracovat za podmínek zakládajících právo na zvýšenou výši příplatku za práci přesčas, není důvod pro zohledňování této výše příplatku.

K detailnějšímu zkoumání lze využít opět stejnou profesi jako v případě minimální mzdy. Nárok na příplatek za práci přesčas je u uklízacích prací v Německu pro vyslané zaměstnance založen Rámcovou smlouvou z 28. 6. 2011 (dále „RS“), která byla prohlášena za obecně závaznou Sdělením ze 7. 5. 2012.⁵⁹ Nejprve je nutno poukázat na odlišnou definici práce přesčas v ust. § 3 odst. 1 „RS“, podle níž týdenní pracovní doba činí 39 hodin a pravidelná délka směny 8 hodin. Práci přesčas je přitom výkon práce nad pravidelnou týdenní či denní délkou pracovní doby. Výše příplatku je sice srovnatelná s českou úpravou [ust. § 3.7 písm. a) RS], vypočítává se ovšem z jiného základu a výkon práce za ztížených pracovních podmínek vede ke zvýšení výše příplatku (ust. § 10 RS). Obě naposledy zmíněné znaky právní úpravy vedou k obtížné porovnatelnosti české a německé úpravy, neboť vysílající zaměstnavatel bude muset v prvním případě provést

⁵⁸ Tarifvertrag zur Regelung der Mindestlöhne für gewerbliche Arbeitnehmer in der Gebäudereinigung im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland.

⁵⁹ Bekanntmachung über die Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags für die Gebäudereinigung. Sdělení je dostupné zde: https://www.bundesanzeiger.de/ebanzwww/wexsservlet?page.navid=official_starttoofficial_view_publication&session.sessionid=30eeddb4501d191cc58d7cdc065949ac&fts_search_list.selected=b67967cdad2fbf8c&&fts_search_list.destHistoryId=34657&fundstelle=BAAnz_AT_15.08.2013_B2 (cit. 7. 11. 2013). Rámcová smlouva je dostupná např. zde: <http://www.die-gebaeuedienstleister.de/service-fuer-gebaeuedienstleister/tarfinformationen/> (cit. 7. 11. 2013).

srovnávací výpočty, v druhém pak posoudit, zda německá úprava je skutečně úpravou minimálního příplatku za práci přesčas.

2.3 DOVOLENÁ

Porovnávat lze pouze srovnatelné právní instituty.⁶⁰ Proto, stejně jako v případě pojmů pracovní doby a doby odpočinku, je nutno objasnit význam dovolené z hlediska unijního práva. Nárok na dovolenou je upraven v čl. 7 Směrnice č. 2003/88/ES, jedná se o nárok na dovolenou za kalendářní rok.⁶¹ Minimální délkou dovolené proto je nutno rozumět minimální délku dovolenou za kalendářní rok. Přitom platí, že minimální dobu placené dovolené za kalendářní rok nelze nahradit finanční náhradou, s výjimkou případů ukončení pracovního poměru.⁶² V porovnávaných právních řádech je tak nutno vyhledat délku dovolené za kalendářní rok či její ekvivalent. K jiným typům dovolené se nepřihlíží. Nezohledňují se ani podmínky nároku na dovolenou za kalendářní rok.⁶³ Zejména ne čekací doba, kterou zná též rakouská úprava.⁶⁴

Ve sporu o minimální délku dovolené požadoval SDEU zjištění, kolik dnů dovolené podle té které právní úpravy by zaměstnanci náleželo a jak vysoká by byla náhrada pracovní odměny poskytovaná za tyto dny.⁶⁵ Obecná rakouská úprava je obsažena v zákoně o dovolené (Urlaubsgesetz, dále „ZD“).⁶⁶ Pokud jde o délku dovolené za kalendářní rok, pak dle ust. § 2 ZD tato činí 30 pracovních dnů (Werktage) a v případě seniority (tj. příslušnosti k témuž zaměstnavateli) alespoň 25 let činí 36 dnů. Z odborné literatury však vyplývá, že za pracovní den se považuje též sobota, a to i v případě, že na tento

⁶⁰ Viz BARANCOVÁ, H.: Dočasné vyslanie zamestnancov v rámci Európskej únie v judikature sudneho dvora ES, s. 26.

⁶¹ Dle čl. 7 Směrnice č. 2003/88/ES jsou členské státy povinny přijmout nezbytná opatření, aby měl každý pracovník nárok na placenou dovolenou za kalendářní rok v trvání nejméně čtyř týdnů v souladu s podmínkami pro získání a přiznávání této dovolené stanovenými vnitrostátními právními předpisy nebo zvyklostmi.

⁶² Článek 7 Směrnice č. 2003/88/ES tak zejména brání tomu, aby vnitrostátní předpis umožnil za trvání pracovněprávního vztahu nahradit dny dovolené za kalendářní rok, jež v jednom roce nebyly vyčerpány, poskytnutím finanční náhrady v následujícím roce. Nárok každého pracovníka na placenou dovolenou za kalendářní rok, jak konstatoval SDEU v rozsudku Federatie Nederlandse Vakbeweging v. Staat der Nederlanden, totiž musí být považován za zásadu sociálního práva Společenství mající zvláštní význam, od níž se nelze odchýlit a jejíž provedení příslušnými vnitrostátními orgány může být uskutečněno pouze v mezích výslovně uvedených samotnou směrnicí. Cílem této úpravy je zabezpečit, aby si každý zaměstnanec mohl vyčerpat dovolenou, na niž mu vzniklo právo.

⁶³ Dovolena za kalendářní rok nelze ztotožňovat či zaměňovat s mateřskou dovolenou. Zatímco mateřská dovolená plní speciální účel spojený s pokročilým těhotenstvím a péčí o narozené dítě, smyslem dovolené na zotavenou je odpočinek zaměstnance v zájmu bezpečnosti a ochrany zdraví při práci. Zaměstnankyni proto musí být vedle mateřské dovolené také garantováno právo na dovolenou na zotavenou. Rozsudek SDEU ve věci C-342/01, María Paz Merino Gómez v. Continental Industrias del Caucho SA. Viz též rozsudek ze dne 14. dubna 2005, Komise v. Lucembursko, C-519/03, bod 33.

⁶⁴ Viz rozsudek SDEU ve věci C-173/99, The Queen v. Secretary of State for Trade and Industry, bod 63 a 64.

⁶⁵ Viz rozsudek SDEU ve spojených věcech C-49/98, 50/98, 52-54/98, 68-71/98 Finalarte body 48–51.

⁶⁶ Bundesgesetz vom 7. Juli 1976 betreffend die Vereinheitlichung des Urlaubsrechtes und die Einführung einer Pflegefreistellung StF: BGBl. Nr. 390/1976 (NR: GP XIV RV 150 AB 276 S. 30. BR: AB 1567 S. 354.). Zákon je dostupný zde: <http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10008376> (cit. 7. 11. 2013).

den nebyla zaměstnanci nařízena směna.⁶⁷ Při zohlednění této odlišnosti,⁶⁸ pak je pak základní výše dovolené srovnatelná s 5 týdenní dovolenou dle české úpravy. Právě v případě Rakouska je dále otázkou, zda za minimální je možno považovat také délku dovolené, která náleží zaměstnanci až při dosažení určité délky trvání pracovněprávního vztahu (příslušnosti) k zaměstnavateli.⁶⁹ Dle názoru autora není možno k takovéto délce dovolené přihlížet. Ve skutečnosti totiž zaměstnanec nabývá nárok na tuto dovolenou až po určité době výkonu práce, a nelze ji tedy označit za minimální pracovní podmínku platnou pro všechny zaměstnance pracující v hostitelském státě.

Nárok na dovolenou v sobě obsahuje dvě nedílné částky – omluvené pracovní volno a náhradu odměny za práci nekonanou v důsledku čerpání dovolené. Předmětem porovnání proto není jen délka dovolené za rok, ale také výše náhrady placená zaměstnanci během jejího čerpání.⁷⁰ Stejně jako v případě Německa i Rakousko nesdílí český přístup a výpočet dovolené je prováděn z posledních 13 zcela odpracovaných týdnů. Nezohledňují se výjimečně konané práce (srov. ust. § 6 odst. 4 ZD). I v tomto případě proto bude nutné provést srovnávací přepočty.

Další aplikační otázkou je výpočet délky dovolené pro vyslaného zaměstnance, který v hostitelském státě nekoná práce po dobu celého kalendářního (či pracovního) roku. Výslovně tento problém řeší pouze rakouský zákonodárce. Po skončení vyslání do Rakouska má vyslaný zaměstnanec právo obdržet dovolenou v rozsahu odpovídajícím alikvotní části rozdílu (vyššího) nároku na dovolenou plynoucímu z rakouského práva a nároku na dovolenou plynoucímu z práva domovského státu.⁷¹ S tímto řešením lze souhlasit a obdobně jej aplikovat i v ostatních případech.⁷²

Ve spojených věcech C-131/04 a C-257/04 judikoval SDEU také ve velmi ožehavé věci výplaty náhrady mzdy (platu) za dovolenou. Jak SDEU konstatoval, „*je nepřipustné, aby část mzdy vyplácené pracovníkovi za provedenou práci byla určena jakožto proplacení dovolené za kalendářní rok, aniž by pracovník obdržel za tuto dovolenou platbu vyplácenou nad to, co je vyplaceno za provedenou práci*“.⁷³ Od tohoto práva se přitom není možné odchýlit ani na základě smluvního ujednání. Přípustné není ani proplacení náhrady mzdy formou částečných plateb vyplácených spolu s odměnou za provedenou práci v průběhu roku.⁷⁴ Na druhou stranu není v rozporu s unijním právem, pokud náhrada mzdy připadající na minimální dovolenou za kalendářní rok bude transparentně a srozumitelně vyplacena formou částečných plateb rozložených v průběhu odpovídajícího pracovního roku, a to i v případě, že náhrada mzdy bude vyplacena spolu s odmě-

⁶⁷ Srov. LÖSCHNIGG, G.: *Arbeitsrecht*. 11. ed. Wien: OGB Verlag, 2011, s. 487.

⁶⁸ Rakouská úprava je vykládána obdobně též v případě svátků. Z dikce čl. 7 Směrnice č. 2003/88/ES však není zřejmé, zda nárok na dovolenou je nutno počítat včetně svátků jako dnů pracovního klidu. Srov. BARNARD, C.: *EC Employment Law*, s. 581.

⁶⁹ Dalším příkladem může být slovenská úprava, která zaměstnancům, kteří do konce kalendářního roku dovrší alespoň 15 let délky stejného pracovního poměru po dosažení 18. roku svého věku, garantuje dovolenou ve výměře nejméně pěti týdnů. Obdobnou úpravu má také Polsko.

⁷⁰ Srov. bod 58 rozsudku SDEU ve spojených věcech Ve spojených věcech C-350/06 a C-520/06.

⁷¹ Viz LÖSCHNIGG, G.: *Arbeitsrecht*, s. 53.

⁷² Viz rozsudek SDEU ve věci C-313/02, bod 48.

⁷³ Viz rozsudek SDEU ve spojených věcech C-131/04 a C-257/04, C. D. Robinson-Steele a další v. R. D. Retail Services Ltd a další, bod 52, výrok 1.

⁷⁴ Viz bod 63, výrok 2 rozsudku SDEU ve spojených věcech C-131/04 a C-257/04.

nou za provedenou práci. Vyplacená náhrada mzdy pak může být započtena pro účely proplacení stanovené dovolené, kterou zaměstnanec skutečně čerpá. Podstatné ovšem je, že náhrada mzdy za dovolenou je dodatečné plnění poskytované zaměstnanci, nikoliv účelově vyčleněná část odměny za práci. Nicméně nejvhodnější by bylo vyplacení náhrady mzdy až během čerpání dovolené.⁷⁵ Předmětem porovnání proto není jen délka dovolené za rok, ale také výše náhrady placená zaměstnanci během jejího čerpání.⁷⁶

Rada i Komise se shodly na tom, že čl. 3 odst. 1 písm. b) a c) Směrnice č. 96/71/ES zahrnuje specifické národní zajišťovací instituty (např. „Sozialkassen“), odvodové povinnosti do těchto systémů a dávky z nich vyplácené, pokud nespádají do oblasti sociálního zabezpečení.⁷⁷ Omezení pro aplikaci úpravy hostitelského státu, která je upravena též v Rakousku však vyplývají z rozsudku SDEU ve věci *Finalarte*.⁷⁸ Podmínkou aplikace úpravy hostitelského státu přitom je, že vyslaný zaměstnanec nepožívá v podstatě stejnou úroveň ochrany dle práva státu, kde je jeho zaměstnavatel usídlen, a že právo hostitelského státu garantuje vyslanému zaměstnanci skutečnou dodatečnou ochranu jeho sociálních práv.

ZÁVĚR

Směrnice č. 96/71/ES chrání práva vyslaných zaměstnanců, činí tak však kompromisně v zájmu vysílajícího zaměstnavatele a v zájmu udržitelnosti sociálního systému hostitelského státu. Požadavek aplikace více právních řádů je však současně také klíčovým aplikačním problémem omezujícím realizaci volného poskytování služeb. Na vysílajícího zaměstnavatele jsou tak kladeny rozsáhlé požadavky. Musí nejen znát pracovníprávní úpravu několika členských států Evropské unie (informační materiály o národní legislativě dostupné v angličtině, němčině či francouzštině jsou přitom stále minimální, informační materiály v jiných jazycích se ve starých členských státech Evropské unie vyskytují naprosto výjimečně, což jen dále zvyšuje náklady na vyslání zaměstnance), ale být schopen ji také porovnat a vybrat ten nejvýhodnější pro vyslaného zaměstnance.⁷⁹ To vše při neexistenci odpovědi na základní aplikační otázky (např. rozsah pojmu pracovní doba, zohledňování výjimek z maximálních či minimálních dob odpočinku, vymezení pojmu dovolené atd.).⁸⁰ Princip výhodnosti je tedy z dlouhodobého hlediska nutno považovat za velmi nevýhodný, a to pro zaměstnavatele i zaměstnan-

⁷⁵ Srov. BARNARD, C.: EC Employment Law, s. 585.

⁷⁶ Srov. bod 58 rozsudku ESD ve spojených věcech C-350/06 a C-520/06.

⁷⁷ Report by the Working Party on the transposal of the Directive concerning the posting of workers, s. 6. Viz též Bericht der Kommissionsdienststellen zur Durchführung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, z 4. dubna 2006, s. 16.

⁷⁸ Viz rozsudek SDEU ve spojených věcech C-49/98, 50/98, 52-54/98, 68-71/98, *Finalarte*, bod 51.

⁷⁹ Viz Bericht der Kommissionsdienststellen zur Durchführung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, z 4. dubna 2006, s. 25.

⁸⁰ První z nabízejících se otázek je, proč byly zvoleny právě tyto instituty, resp. zda lze z výřtu těchto institutů něco dále dovozovat. Např. Adelman dovozuje, že směrnice 96/71/ES uvedla tzv. tvrdé jádro nutně použitelných norem garantujících minimální úroveň ochrany v pracovním právu. Viz ADELMANN, N.: Das Haftungsprivileg bei grenzüberschreitenden Arbeitsverhältnissen im Spannungsfeld zwischen Arbeitskollisions- und Arbeitnehmerentsenderrecht. *IPRax*, 2007, s. 539.

ce. Tento princip ohrožuje právní jistotu, zejména pokud je tímto způsobem překonána volba práva učiněná oběma smluvními stranami. Výsledná dikce čl. 3 odst. 1 směrnice č. 96/71/ES navíc vede nutně ke štěpení smluvního statutu, což jen dále oslabuje ochranu zaměstnance. Se zlepšením informační kampaně jednotlivých členských států je snad možno v tomto směru očekávat pokrok,⁸¹ přesto princip výhodnosti představuje stále významnou překážku vysílání zaměstnanců do jiného členského státu Evropské unie k poskytování mezinárodních služeb. Významnou pomocí je pouze příbuznost právních řádů v rámci kontinentální části Evropské unie a jejich alespoň částečná harmonizace s unijním právem.

POSTING OF WORKERS TO PROVIDE SERVICES IN AUSTRIA AND GERMANY

Summary

The Posted Workers Directive represents a compromise on how to negotiate the tension between freedom and protection in an employment relationship with employees temporarily relocated to another Member State. In accordance with the Rome Convention (or the regulation Rome I) respective employment relationships are governed by the home state's laws. However, employers relocating employees to another Member State shall obey minimum protection guaranteed within the ambit of Article 3 I of the Posted Workers Directive by the host state. Such employers shall apply working conditions more favourable to relocated employees. This mandatory comparison that applies solely towards foreign employers makes foreign labour more expensive. Relocated employees acquire more rights than domestic employees; duties are not subject to comparison. Such practise is not sustainable in the long-term, even if the information campaign of the Member States improves. There must be issued either a uniform set of rules governing employment relationships of relocated employees or one law system chosen that will govern respective employment relationships.⁸² Although the EU is primary an economic union, the Posted Workers Directive is evidence that, in social Europe, it is impossible both to constitute and guarantee freedom to provide services without setting forth rules unifying social protection in all Member States. Not only did social policy on the European Union level not improve and not harmonize in each Member State somehow "automatically" (which is what the founders expected), but it also has become a serious obstacle for the European Union's most important aim – creation of an internal free market. There are serious problems connected to the application of Posted Workers Directive. Regardless of the chosen solution, for Central Europe there is no alternative to the process of the EU's integration. Either strong national welfare states will surrender or the integration will be diminished.

Key words: temporary work agencies, posting of workers, free movement of workers, labour law, the Posted Workers Directive

Klíčová slova: agenturní zaměstnanci, vysílání pracovníků, svoboda volného pohybu pracovníků, pracovní právo, směrnice o vysílání pracovníků

⁸¹ K jednotlivým projektům, které jsou na tomto poli realizovány viz Bericht der Kommissionsdienststellen zur Durchführung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, z 4. dubna 2006, s. 22 a násl.

⁸² In principle, employment relationships of relocated employees may be governed either by the host state or the home state. The former would keep equality between all employees working in one place at the same time. See WINDISCH-GRAETZ, M.: Lohn- und Sozialdumping bei grenzüberschreitenden Entsendungen. *Das Recht der Arbeit*, 2008, No. 3, p. 228. This solution was proposed by the Commission in the first proposal of Posted Workers Directive. Employment relationships of relocated employees had to be governed solely by the home state only within a period of the first three months of relocation. The second option is the home state law. This would be in compliance with the Rome Convention (the regulation Rome I) and principles applied in interstate exchange of goods. See WINDISCH-GRAETZ, M.: Lohn- und Sozialdumping bei grenzüberschreitenden Entsendungen. *Das Recht der Arbeit*, 2008, No. 3, p. 228.