

# Vybrané problematické okruhy agenturního zaměstnávání v poměrech české a německé právní úpravy\*

## Selected Issues of Temporary Agency Work in Czech and German Legal Systems

Vojtěch Jirásko \*\*

### Abstrakt

Článek nabízí analýzu stěžejních parametrů agenturního zaměstnávání v zák. č. 262/2006 Sb., zákoníku práce a dále navazuje analýzou agenturního zaměstnávání v německé legislativě. Zevrubně je rozebrána možnost přenositelnosti některých pracovněprávních instrumentů do tuzemské právní úpravy, a to jednak ve smyslu *de lege ferenda*, tak i v rámci výkladu a dotváření práva *de lege lata*. Pozornost je zvláště zaměřena na otázky doby dočasného přidělení, délky trvání pracovního poměru či fenoménu fikce pracovního poměru v agenturních vztazích. Článek přináší úvahy nad dalším normativním vývojem této oblasti, přičemž nezůstává jen v teoretické rovině, ale závěry a doporučení podepírá konkrétními daty empirického výzkumu. Záměrně čtenáře vede k zamyšlení nad současnou praxí a prostřednictvím právní metodologie hledá vhodná juristická řešení. V závěru poměřuje optikou principu proporcionality jednotlivé dotčené hodnoty a doporučuje posílit postavení agenturních zaměstnanců, zejména poté dovozením fikce pracovního poměru mezi agenturním zaměstnancem a uživatelem.

### Klíčová slova

Agenturní zaměstnávání; agenturní zaměstnanec; uživatel; agentura práce; německá právní úprava; komparativní analýzy; dotváření práva; fikce pracovního poměru.

### Abstract

The article analyses the pivotal parameters of temporary agency work in Act no. 262/2006 Sb. [*Czech collection of laws*], the Labour Code, and it follows up with the analysis of temporary agency work in German law. The feasibility of transferring some of the instruments of German labour law to our national legislation both within the meaning of *de lege ferenda*, and in the law interpretation and gap-filling *de lege lata* is thoroughly examined here. The attention is mainly paid to the issues of temporary assignment duration, employment duration or the phenomenon of employment fiction in agency relationships. The article presents reflections on further normative development in this area and it extends beyond the theoretical level as its conclusions and recommendations are supported

\* Tento článek vznikl v rámci projektu Studentské grantové soutěže Univerzity Palackého v Olomouci. Název projektu: *Vybrané otázky povinnosti k náhradě újm v pracovním právu*, číslo projektu: IGA\_PF\_2021\_002.

\*\* Mgr. Vojtěch Jirásko, doktorand, Právnická fakulta, Univerzita Palackého, Olomouc; advokátní koncipient, advokátní kancelář Narcis Tomášek a partneři / Ph.D. student, Faculty of Law, Palacký University, Olomouc, Czech Republic; Lawyer Clerk, Narcis Tomášek and partners / E-mail: vojtech.jirasko01@upol.cz / ORCID: 0000-0003-0396-9899 / Scopus ID: 57215901099

with specific empirical research data. It intentionally provokes thoughts about the current practice and seeks to find suitable juristic solutions using legal methodology. In its conclusion, the article compares the individual values in question from the perspective of the proportionality principle and it recommends strengthening the position of temporary agency workers especially by deducing employment between a temporary agency worker and a user by legal fiction.

## Keywords

Temporary Agency Work; Temporary Agency Worker; User; Employment Agency; German Law; Comparative Analyses; Gap-Filling; Employment by Legal Fiction.

## Úvod

Agenturní zaměstnávání představuje specifickou formu zaměstnávání, v jejímž rámci dochází k dočasnému přidělení agenturního zaměstnance k uživateli (třetí osobě). Výkon práce tedy není realizován u zaměstnavatele (agentury práce), ale veškerá činnost je zaměstnancem vykonávána u uživatele.

Agenturní zaměstnávání představuje živě se vyvíjející oblast, což imanentně zakládá aktuálnost výzkumu normativního základu. Dané potvrzuje i realizace výstupů jako je Analytická studie agentur práce a využívání agenturního zaměstnávání v ČR<sup>1</sup> či Souhrnná výzkumná zpráva Výzkumného ústavu bezpečnosti práce, v. v. i., zaměřená na právní úpravu agenturního zaměstnávání v komparaci s jinými státy Evropské unie a přidělování zaměstnanců dle § 43a zákoníku práce v kontextu BOZP.<sup>2</sup> Nicméně přes projevený zájem o zkoumanou oblast se citované výstupy nezaměřují zcela detailně na určité aspekty (např. institut fikce pracovního poměru, naplňování imanentního požadavku doby dočasného přidělení).

Zmíněné aspekty budou v článku blíže rozebrány. Otázka *dočasnosti* přidělení není v tuzemské doktríně nijak blíže reflektována a s otázkou fikce pracovního poměru v agenturním zaměstnávání se téměř nelze setkat, přitom u posledně uvedeného jde o téma zásadní pro svou relativní (alespoň územně místní) novost a současně otázky na oblast agenturního zaměstnávání obecně jsou klíčové pro svou aktuálnost, neboť v souvislosti se zvýšenou migrační vlnou (ať již v důsledku konfliktů v Sýrii či na Ukrajině) lze očekávat zvýšenou poptávku po dočasném zaměstnávání v rámci agentur práce.

Agenturní zaměstnávání jako zvláštní formu dočasného přidělení je nutné odlišit od obecné formy dočasného přidělení dle § 43a zák. č. 262/2006 Sb., zákoník práce, (dále jen „ZP“), tj. dočasné přidělení bez nutnosti zvláštního oprávnění.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> TREXIMA. Analytická studie agentur práce a využívání agenturního zaměstnávání v ČR. *Svaž průmyslu a dopravy České republiky* [online]. 2020. Dostupné z: [https://www.spcr.cz/images/Studie\\_Agentury\\_prace\\_fin.pdf](https://www.spcr.cz/images/Studie_Agentury_prace_fin.pdf)

<sup>2</sup> Souhrnná výzkumná zpráva. Číslo výzkumného úkolu: 9601-V06-S4. Název výzkumného úkolu: Právní úprava agenturního zaměstnávání v komparaci s jinými státy Evropské unie a vysílání zaměstnanců dle § 43a zákoníku práce v kontextu BOZP. *Výzkumný ústav bezpečnosti práce, v. v. i.* [online]. 2020, 142 s. Dostupné z: <https://vubp.cz/soubory/vyzkum/projekty/V06-S4/Vsouhrn-Pravni-uprava-agenturniho-zamestnavani-v-komparaci-s-jinymi-staty-EU-a-vysilani-zamestnancu.pdf>

<sup>3</sup> Mezi základní rozdíly dočasného přidělení dle § 43a ZP a agenturního zaměstnávání dle § 307a ZP patří zejména úplatnost, délka trvání pracovního poměru zaměstnance, maximální doba dočasného přidělení.

## 1 Agenturní zaměstnávání v poměrech české legislativy

Agenturní zaměstnávání začíná i končí v rámci vztahu mezi agenturou práce a zaměstnancem agentury práce.<sup>4</sup> Nicméně i tato základní podmínka bývá často obcházena. Výzvou půle poslední dekády již je,<sup>5</sup> a v letech následujících zajisté bude, rozkrývání tzv. zastřeného agenturního zaměstnávání, zejména v rámci kontrolní praxe, kde rozkrývání může být poměrně komplikované.<sup>6</sup> Tento nežádoucí případ představuje vztah mezi zaměstnavatelem a zaměstnancem za situace, kdy je zaměstnanec „dočasně přidělen“ k jinému zaměstnavateli, avšak děje se tak na základě smlouvy o dílo či zpravidla na základě smlouvy o poskytování služeb. Přestože se formálně může jednat o smlouvu o poskytování služeb, na případy je nezbytné nahlížet z materiálního (faktického) hlediska, kdy musí být posuzovány jednotlivé aspekty (prvky) agenturního zaměstnávání.<sup>7</sup> Při hodnocení jednotlivých případů je možné vyjít z recentní judikatury Nejvyššího správního soudu, která ale není v posuzované oblasti zcela jednotná.<sup>8</sup>

Mezi agenturou práce a agenturním zaměstnancem může být uzavřen pracovní poměr na základě pracovní smlouvy (a to buď na dobu určitou, nebo na dobu neurčitou). Jedná-li se o pracovní poměr na dobu určitou, právní úprava umožňuje určité modifikace od jinak typického pracovního vztahu na dobu určitou. Specifická forma agenturního zaměstnávání zakládá i specifické možnosti trvání pracovního vztahu. Oproti klasické formě pracovního poměru na dobu určitou totiž v případě agenturního zaměstnávání neplatí limitace rozsahu doby a opakování (resp. prodlužování) trvání pracovního poměru dle § 39 odst. 2 ZP.<sup>9</sup> Pracovní poměr lze uzavírat opakovaně bez jakýchkoli limitací. Zásadní aspekt ale představuje skutečnost, že pracovní poměr bývá zpravidla sjednán na dobu určitou,

<sup>4</sup> Aby mohla agentura práce realizovat tuto zprostředkovatelskou činnost je nezbytné, aby disponovala oprávněním, které na základě zák. č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti, poskytuje Úřad práce – generální ředitelství Úřadu práce v podobě povolení (právníckým nebo fyzickým osobám) ke zprostředkování zaměstnání.

<sup>5</sup> Srov. roční souhrnné zprávy o výsledcích kontrolních akcí provedených inspekcí (Státním úřadem inspekce práce) za roky 2016–2020. *Státní úřad inspekce práce* [online]. Dostupné z: <http://www.suip.cz/>

<sup>6</sup> ŠTEFKO, M. Zastřené agenturní zaměstnávání – návrat Jediho? *Právní rozhledy*. 2017, roč. 25, č. 21, s. 744. ISSN 1210-6410.

<sup>7</sup> Mezi tyto lze zařadit: „Způsob vymezení díla, způsob stanovení ceny díla, ujednání o způsobu předání a způsob předání dokončeného díla, vztah ke dílu jako takovému, kde je dílo prováděno a v jakých časových rámcích, kdo je povinen evidovat odpracovanou pracovní dobu zaměstnanců zhotovitele, kým je dílo prováděno, z jakých prostředků je dílo vyráběno, jakými prostředky (za pomoci čích zařízení) je dílo prováděno, způsob provádění díla“ (zejména poté udělení pracovních úkolů, kontroling). Viz LOSERT, F. Zastřené agenturní zaměstnávání a jeho znaky. *Epravo.cz* [online]. 31. 7. 2019 [cit. 15. 9. 2021]. ISSN 1213-189X. Dostupné z: <https://www.epravo.cz/top/clanky/zastrene-agenturni-zaměstnávání-a-jeho-znaky-109705.html>

<sup>8</sup> Srov. rešerši Randlové, která odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu (dále jen „NSS“) ze dne 30. 8. 2018, sp. zn. 2 Ads 25/2018, rozsudek NSS ze dne 5. 12. 2018, sp. zn. 1 Ads 252/2018 či rozsudek NSS ze dne 25. 6. 2020, č. j. 5 Ads 208/2019-33; RANDLOVÁ, K. Problematické aspekty agenturního zaměstnávání optikou nejvyšších soudů. *Právní rozhledy*. 2021, roč. 29, č. 13–14, s. 502–504. ISSN 1210-6410.

<sup>9</sup> V klasické formě pracovního poměru na dobu určitou nesmí doba trvání takového pracovního poměru přesáhnout 3 roky a ode dne vzniku prvního pracovního poměru na dobu určitou může být opakována nejvýše dvakrát. V případě agenturního zaměstnávání se tyto podmínky neuplatní, srov. § 39 odst. 6 ZP.

a to konkrétně *po dobu, po kterou trvá dočasné přidělení*.<sup>10,11</sup> V okamžiku, kdy dochází k zániku dočasného přidělení, dochází taktéž k zániku pracovního poměru. Přesto je otázkou, zdali je vůbec tento postup v souladu se zákonem.<sup>12,13</sup> Vedle pracovního poměru může být vztah mezi agenturou práce a zaměstnancem agentury práce založen také dohodou o pracovní činnosti.<sup>14</sup>

**Maximální doba**, po kterou může být agenturní zaměstnanec k uživateli dočasně přidělen, je limitována na 12 kalendářních po sobě jdoucích měsíců. Cílem tohoto opatření je posílení dočasnosti této zvláštní formy pracovněprávního vztahu tak, aby v budoucnu mohlo dojít k uplatnění zaměstnance v tradiční formě pracovního poměru. Agenturní zaměstnávání má tedy pomyslně představovat pouhý „odrazový můstek“ pro zaměstnance, který bude touto formou přiveden ke stabilnímu a v ideálním případě dlouhodobému zaměstnání.<sup>15</sup>

- <sup>10</sup> „V rámci odborných diskusí se lze setkat s názory považující rychlé skončení pracovního vztahu (možné takřka ze dne na den) ze strany agentury práce za odporující primárním zásadám pracovního práva (především zvláštní zákonné ochraně zaměstnance dle ustanovení § 1a zákoníku práce). Avšak agentury práce v České republice uvedené tolerují a široce využívají.“ ZPĚVÁK, A. Agenturní zaměstnávání – optimalizace spolupráce dotčených orgánů státní správy při dozoru nad činností agentur práce, odborná studie – podklad ČMKOS. ČMKOS [online]. Praha: Educa Service, 2021, 120 s. Dostupné z: [https://ipodpora.odborny.info/dms/soubory/index?file=Agenturni%20zamestnavani-studie%202021\\_20211215091757.pdf](https://ipodpora.odborny.info/dms/soubory/index?file=Agenturni%20zamestnavani-studie%202021_20211215091757.pdf)
- <sup>11</sup> PICHR, J., HEJDUK, V. a kol. *Agenturní zaměstnávání v komplexních souvislostech*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 108. ISBN 978-80-7400-481-0; Dále např. NÁHLÍKOVÁ KALETOVÁ, R. Agenturní zaměstnávání. *Právní prostor* [online]. 16. 7. 2018 [cit. 9. 3. 2022]. ISSN 2336-4114. Dostupné z: <https://www.pravni-prostor.cz/clanky/pracovni-pravo/agenturni-zamestnavani>
- <sup>12</sup> Lze nalézt argumentaci pro tento postup: „Tento výklad je nutné připustit proto, že agentury práce samy nemají možnost tyto zaměstnance zaměstnávat ke plnění svých úkolů. Jsou tak vázány výlučně na poptávku od klientů – uživatelů. Pokud by například byl pracovní poměr sjednáván na dobu neurčitou nebo na dobu určitou, vymezenou konkrétním časovým údajem (např. na dobu 6 měsíců) a zaměstnanec nebo uživatel by využili možnosti jednostranně ukončit dočasné přidělení před uplynutím doby, na kterou bylo sjednáno, musela by agentura tomuto zaměstnanci bezprostředně přidělit jinou práci nebo by nastala překážka v práci na její straně – zaměstnanci by pak musela poskytovat náhradu mzdy ve výši průměrného výdělku. Výše uvedený způsob vymezení doby trvání pracovního poměru je tak v souladu s dobrými mravy (§ 13 odst. 5 a § 14 odst. 1 ZP). To je možné uznat bez ohledu na skutečnost, že takový pracovní poměr může končit i na základě již uvedeného jednostranného prohlášení uživatele nebo zaměstnance (§ 309 odst. 3 ZP).“ ŠUBRT, B. Právní analýza institutu agenturního zaměstnávání v ČR. *Úřad práce* [online]. Výzkumný ústav práce a sociálních věcí, v. v. i., Praha, 2008. Dostupné z: [https://www.uradprace.cz/documents/37855/545685/pravni\\_analyza\\_ap\\_v\\_cr.doc/bcc7ee14-ac79-e808-3200-87bee65f4dad](https://www.uradprace.cz/documents/37855/545685/pravni_analyza_ap_v_cr.doc/bcc7ee14-ac79-e808-3200-87bee65f4dad)
- <sup>13</sup> Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 20. 5. 2003, sp. zn. 21 Cdo 2372/2002: „Nebyla-li dohodnutá doba trvání pracovního poměru (§ 30 odst. 1 zák. práce) sjednána přímým časovým údajem, uvedením časového období podle týdnů, měsíců či let, dobou trvání určitých prací nebo jinou objektivně zjištělnou skutečností, ale tak, že předpokládá a současně umožňuje, aby tato doba skončila (mohla skončit) na základě skutečnosti, jež nastane (může nastat) z vůle jen jednoho účastníka pracovního poměru, je ujednání o době trvání pracovního poměru neplatné a pracovní poměr mezi účastníky je třeba považovat za uzavřený na dobu neurčitou.“
- <sup>14</sup> Právní úprava ale nepřipouští uzavření dohody o provedení práce dle § 75 ZP. Dohoda o pracovní činnosti, dále jen „DPČ“.
- <sup>15</sup> Dle § 309 odst. 6 věta druhá ZP: „Toto omezení neplatí v případech, kdy o to agenturu práce požádá zaměstnanec agentury práce, nebo jde-li o výkon práce na dobu náhrady za zaměstnankyni uživatele, která čerpá mateřskou nebo rodičovskou dovolenou, nebo za zaměstnance uživatele, který čerpá rodičovskou dovolenou.“ Samotná výjimka již představuje překážku v základní myšlence a podstatě agenturního zaměstnávání, spočívající v dočasnosti, přičemž sekundárně zavádá možnosti obcházení zákonných podmínek, terciárně v určité míře komplikuje vymahatelnost předmětných ustanovení.

## 2 Agenturní zaměstnávání v poměrech německé legislativy

Německá úprava agenturního zaměstnávání vychází ze zákona o dočasném zaměstnávání (*Arbeitnehmerüberlassungsgesetz*,<sup>16</sup> též jen „AÜG“). Prvotní odlišnost představuje již koncept agenturního zaměstnávání jako takového či jeho definice. Jedná se totiž o koncept *dočasného přidělení*, který je v porovnání s českou úpravou detailně upraven vlastním zákonem, a navíc zde není rozlišováno mezi agenturním zaměstnáváním a dočasným přidělením tak, jak to činí nám známý zákoník práce. I nadále bude nicméně v textu operováno s termínem „agenturní zaměstnávání“.

Obecná maximální doba přidělení agenturního zaměstnance k uživateli činí 18 po sobě jdoucích kalendářních měsíců.<sup>17</sup>

Koncepčně je zcela odlišné, české právní úpravě zcela neznámé, pojetí **fikce pracovního poměru**. Tato fikce je dána pro případ, kdy nebude účinná (*Unwirksamkeit*) pracovní smlouva mezi zaměstnavatelem a agenturním zaměstnancem.<sup>18</sup> Jedná se o následek, který má ve své podstatě vůči zaměstnavateli a uživateli (vedle správních deliktů<sup>19</sup>) sankční charakter a současně chrání agenturního zaměstnance. V návaznosti na porušení základních a nezbytných podmínek dojde k fikci pracovního poměru mezi agenturním zaměstnancem a uživatelem. Důvodem pro tento postup je situace, kdy a) zaměstnavatel nemá příslušné oprávnění od Federální agentury práce,<sup>20</sup> b) absentují formální náležitosti (explicitní uvedení, že jde o dočasné agenturní zaměstnávání a specifikace konkrétního agenturního zaměstnance ve smlouvě mezi zaměstnavatelem a uživatelem)<sup>21</sup> či c) není dodržena maximální délka dočasného přidělení (tj. 18 měsíců, nestanoví-li kolektivní smlouva jinak)<sup>22</sup>. Obdobně je postupováno tehdy, pokud zaměstnance dočasně přidělí zaměstnavatel, se kterým agenturní zaměstnanec nemá uzavřenou pracovní smlouvu (typicky sám uživatel).<sup>23</sup>

<sup>16</sup> Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung, Bundesgesetzblatt Jahrgang 1995 Teil I Nr. 8, ausgegeben am 16. 02. 1995, Seite 158, zákon o dočasném zaměstnávání.

<sup>17</sup> Výjimky stanoví § 1 odst. 1a AÜG, zejména v případech zvláštních ujednání v rámci kolektivních smluv.

<sup>18</sup> Srov. § 10 AÜG.

<sup>19</sup> Viz správní delikty dle § 16 AÜG a pokuty ve výši 30 000 € (absence oprávnění) či až do výše 500 000 € (narušení principu rovnosti či podmínek minimální mzdy).

<sup>20</sup> Srov. § 1 odst. 1 věta první AÜG ve spojení s § 9 odst. 1 bod 1 AÜG. Tato situace může nastat, pokud zaměstnavatel od počátku neměl příslušnou licenci (tzv. skryté či zastřené agenturní zaměstnávání), pokud ji měl a později vypršela, bylo rozhodnuto o odebrání licence či nebylo kladně rozhodnuto o prodloužení jejího trvání.

<sup>21</sup> Srov. § 1 odst. 1 věta pátá AÜG ve spojení s § 9 odst. 1 bod 1a AÜG.

<sup>22</sup> Srov. § 1 odst. 1b AÜG ve spojení s § 9 odst. 1 bod 1b AÜG.

<sup>23</sup> Srov. § 10a AÜG. Greiner ustanovení vykládá v tom smyslu, že musí dojít k „dvojitému“ porušení zákona (jednak dle § 1 odst. 1 věta třetí AÜG [kdy pracovní sílu „pronajímá“ jiná osoba než zaměstnavatel, typicky uživatel, čímž dochází k dalšímu řetězení dočasného přidělení] a k tomu jednak dle jednoho z následujících ustanovení § 1 odst. 1 věta první, pátá a šestá a odst. 1b AÜG), neboť pouhé porušení § 1 odst. 1 věta třetí AÜG je sankcionováno dle § 16 odst. 1 bod 1b AÜG. Srov. GREINER, S. In: THÜSING, G. *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz: AÜG*. 4. vyd. Mnichov: C. H. Beck, 2018, s. 426. ISBN 978-3-406-69611-4.

Výjimka z neúčinnosti smlouvy je stanovena, pokud agenturní zaměstnanec učiní prohlášení, že trvá na pracovní smlouvě vůči zaměstnavateli.<sup>24</sup>

Byť ke vzniku fikcí založených vztahů dochází v praktických situacích zřídka, otázka vhodnosti fikce pracovního poměru v německé doktríně rezonuje,<sup>25</sup> což je nezbytné vnímat v pozitivním smyslu, neboť (kritická) odborná diskuse (byť s protichůdnými závěry) může vývoj práva posunout vhodným směrem.

### 3 Komparativní analýza a konkluze

Německá právní úprava s sebou přináší specifika a odlišnosti plynoucí z odlišného sociálního vývoje zejména několika dekád druhé poloviny minulého století, jež se projevují například v silných pozicích subjektů kolektivního vyjednávání, což se v mnohém projevuje i do (četných výjimek) úpravy agenturního zaměstnávání,<sup>27</sup> které jsou mnohdy předmětem diskuse odborné veřejnosti.<sup>28</sup> Samotný zákon má historické kořeny již v roce 1972, kdy byl v původním znění přijat, což v mnohém usnadnilo dlouhodobou krystalizaci jednotlivých ustanovení, které v mezidobí doznaly precizace a vyjasnění jednotlivých instrumentů.<sup>29</sup> Poslední zásadní novela byla provedena v roce 2017.<sup>30</sup> Na druhé straně nelze konstatovat, že úprava by byla přijímána bez výhrad, neboť stále existují třecí plochy mezi zaměstnavateli (zpravidla velkými obchodními korporacemi) na straně jedné a skupinami zastupující zaměstnance na straně druhé, přičemž odborná diskuse se vedla zejména na téma fikce pracovního poměru.<sup>31</sup>

<sup>24</sup> Prohlášení musí být nejprve doručeno agenturním zaměstnancem Federální agentuře pro práci. Viz § 9 odst. 1 AÜG.

<sup>25</sup> SEIER, J. *Das fingierte Arbeitsverhältnis nach § 10 Abs. 1 AÜG*. Frankfurt am Main: Peter Lang Verlag, 2017, s. 1. ISBN 978-3631728703. DOI: <https://doi.org/10.3726/b11447>

<sup>26</sup> DIETMAR, M. Die Verfassungswidrigkeit der Fiktion des § 10 Abs. 1 AÜG, Strafbarkeit gemäß § 266 a StGB sowie die uneingeschränkte Anwendung des AÜG auf alle Arbeitnehmer. *Recht der Arbeit*. C. H. Beck, 2018, roč. 71, č. 3, s. 167–174. ISBN 978-3-9816488-8-1.

<sup>27</sup> Například úprava maximální délky dočasného přidělení k uživateli (§ 1 odst. 1a AÜG), či úprava hodinové mzdy narušující obecný princip rovnosti mezi agenturním a kmenovým zaměstnancem (§ 8 odst. 2 AÜG).

<sup>28</sup> CORZELIUS, Ch. *Grundlagen, Wirkungen und Grenzen des tarifdispositiven Rechts in der Arbeitnehmerüberlassung*. Berlin: Peter Lang Verlag, 2018, 230 s. ISBN 978-3-631-76014-7. DOI: <https://doi.org/10.3726/b14304>

<sup>29</sup> Zákon o regulaci komerčního agenturního zaměstnávání [*Gesetz zur Regelung der gewerbmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – AÜG)*. *Bundesgesetzblatt Jahrgang 1972 Teil I Nr. 83, ausgegeben am 11. 08. 1972, Seite 1393*].

<sup>30</sup> Novela zakotvila například limitaci celkové doby dočasného přidělení k jednomu uživateli, upravila podmínky rovného zacházení či upravila podmínky fikce pracovního poměru. Novela provedena zákonem, kterým se mění zákon o agenturním zaměstnávání a další zákony [*Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze*. *BGBI. I S. 258 (Nr. 8); Geltung ab 01. 04. 2017*].

<sup>31</sup> TUENGERTHAL, H., GEIßER, J., HENNECKE, F. *Zur Verfassungswidrigkeit der bisherigen § 9 Nr. 1 und 10 Absatz 1 Satz 1 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz*. Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit. Mannheim: Hennecke, Frank, 2015, 88 s. ISBN 978-3-9816488-8-1; Dále např. DIETMAR, M. Die Verfassungswidrigkeit der Fiktion des § 10 Abs. 1 AÜG, Strafbarkeit gemäß § 266 a StGB sowie die uneingeschränkte Anwendung des AÜG auf alle Arbeitnehmer. *Recht der Arbeit*. C. H. Beck, 2018, roč. 71, č. 3, s. 167–174. ISBN 978-3-9816488-8-1.



Mezi základními odlišnostmi lze vymezit maximální dobu dočasného přidělení (18 měsíců dle AÜG a 12 měsíců dle ZP). Výjimky jsou umožněny dle obou úprav ve zvláštních případech. Dále jde v německých podmínkách o existenci fikce pracovního poměru či informační povinnosti zaměstnavatele. Nad rámec těchto základních tří odlišností lze poukázat na odlišné koncepční pojetí pracovního poměru na dobu určitou, které v německých podmínkách neobsahuje žádnou zvláštní výjimku pro agenturní zaměstnávání, přičemž důsledkem této úpravy je poté zvýšená ochrana agenturních zaměstnanců, kteří primárně mají prostřednictvím dočasného agenturního zaměstnávání získat zaměstnání stálé a trvalé, avšak vedle toho jsou již v době dočasného přidělení chráněni za předpokladu, že uběhla maximální doba (dvou let) pro pracovní poměr na dobu určitou a je s nimi ve vztahu k agentuře práce uzavřen pracovní poměr na dobu neurčitou.

Byť úprava agenturního zaměstnávání v obou legislativách vychází ze shodných motivů, německá právní úprava je v určitých aspektech důslednější co do naplňování základních cílů (a v mnohém preferuje vyšší ochranu zaměstnanců nad flexibilitou u krátkodobých a přechodných pracovních vztahů). Dané platí zejména za situace, kdy dochází k tzv. čisté aplikaci zákona bez hlubší ingerence kolektivních smluv. V této rovině je možné uvažovat o přenosu některých instrumentů i do tuzemské právní úpravy.

Mezi další odlišnosti lze zařadit mnohé výjimky z působnosti zákona o dočasném zaměstnávání, ať již jde o dočasné přidělení mezi dvěma zaměstnavateli ve stejném odvětví průmyslu (v rámci ochrany před částečnou nezaměstnaností či propouštěním zaměstnanců),<sup>32</sup> na zaměstnavatele v jednom koncernu,<sup>33</sup> v případě, kdy k dočasnému přidělení dochází pouze příležitostně<sup>34</sup>, či v případě dočasného přidělení u zaměstnavatelů ve veřejném sektoru.<sup>35</sup> Zcela odlišné od tuzemského pojetí je zakotvení zvláštních podmínek v kolektivních smlouvách. Zvláštní úprava v kolektivních smlouvách je mnohdy podmínkou pro vyluku z působnosti AÜG. Kolektivní smlouvy tedy jednak a) zakládají možnost dočasného přidělení, b) upravují zvláštní podmínky dočasného přidělení (nahrazují či modifikují některá ustanovení AÜG). Podřízení kolektivním smlouvám je požadováno kupříkladu u vyluky mezi zaměstnavateli ve stejném odvětví průmyslu v rámci ochrany před propouštěním nebo částečnou nezaměstnaností, a dále u vyluky mezi zaměstnavateli ve veřejném sektoru.

<sup>32</sup> Lze aplikovat jen tehdy, má-li být zabráněno částečné nezaměstnanosti (*Kurzarbeit*) nebo propouštění zaměstnanců (*Entlassungen*), srov. § 1 odst. 3 bod 1 AÜG. Obsah výjimky se zde blíže podobá tuzemskému ust. § 43a ZP, které taktéž cílí na situace, kdy z provozních (hospodářských) důvodů zaměstnavatel nemůže zaměstnanci přidělovat práci, avšak v zájmu ochrany zaměstnance před jeho propuštěním přistoupí zaměstnavatel (po dohodě se zaměstnancem) k dočasnému přidělení k jinému zaměstnavateli.

<sup>33</sup> Vysílání pracovníků v rámci koncernu, srov. § 1 odst. 3 bod 2 AÜG.

<sup>34</sup> Lze aplikovat jen při výjimečné (jednorázové) a nahodilé události, např. při nečekané poptávce u uživatele, či naopak při prostojích u zaměstnavatele. Tato výjimka je pro svou neurčitost a způsobilost narušit soulad s unijním právem vykládána restriktivně.

<sup>35</sup> Zaměstnavatelem ve veřejném sektoru lze rozumět veřejnoprávní korporace (stát, územní samosprávné celky, profesní komory), které jsou vázány kolektivní smlouvou pro veřejný sektor, resp. veřejnou službu (*Tarifvertrag für den Öffentlichen Dienst – TVöD*) nebo předpisy církvi a náboženských společností.

Mnohé výjimky ale již vzbuzují diskusi, zdali jsou ve své podobě v souladu s evropskou unijní úpravou,<sup>36</sup> která takovéto výjimky nezná.<sup>37</sup>

Další podstatnou odlišností je skutečnost, že základní princip rovnosti při dočasném přidělení může být v německých podmínkách legálně narušen, a to opět prostřednictvím modifikace v kolektivní smlouvě.<sup>38</sup> Tato výjimka umožňuje rozdílné odměňování agenturního zaměstnance oproti srovnatelnému zaměstnanci uživatele, a to po dobu prvních devíti měsíců s možným prodloužením.<sup>39</sup> Evropské právo tuto výjimku připouští dle čl. 5 odst. 2 směrnice o agenturním zaměstnávání.<sup>40</sup> V německých podmínkách jde o citlivé téma, jsou-li proti sobě poměřovány a) zájem na sociálním (a obecně ekonomickém) zabezpečení agenturních zaměstnanců a b) zájem na zachování autonomie kolektivního vyjednávání. Hranice kolektivního vyjednávání v tomto smyslu ale nejsou bezbřehé, neboť odborová organizace musí být schopna hájit zájmy svých členů (musí být dostatečně asertivní a nelze akceptovat, aby sjednávala smlouvy ve prospěch zaměstnavatelů s výhradním cílem obejít zákonná ustanovení AÜG).<sup>41</sup> Současně zákon v ust. § 3a AÜG obsahuje možnost Spolkového ministerstva práce a sociálních věcí v určitých případech stanovit hranici minimální mzdy, která není ani kolektivní smlouvou podkročitelná. Navíc je tato výjimka ve srovnatelných podmínkách „kompenzována“ určitou stabilitou spočívající v pracovním poměru (vůči agentuře práce) na dobu neurčitou, kdy i v době mezi dočasným přidělením vzniká zaměstnanci nárok na mzdu/plat.

### 3.1 Přenositelnost instrumentů do české pracovněprávní úpravy

Pokud bychom chtěli uvažovat o posílení pravidel na ochranu zaměstnanců, ze kterých vychází jeden ze základních účelů agenturního zaměstnávání, je možné se nechat inspirovat některými instituty německé právní úpravy. Byť základní smysl agenturního zaměstnávání může být dle náhledu adresátů norem v mnoha ohledech protichůdný (na jedné straně je jím totiž začlenění zaměstnanců na stálý pracovní trh,<sup>42</sup> na druhé straně jím je podnikatelský

<sup>36</sup> Směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 2008/104/ES ze dne 19. listopadu 2008 o agenturním zaměstnávání, Úř. Věst. L 327/9, 5. prosince 2008, s. 9 a násl. (dále jen „směrnice“ nebo „směrnice o agenturním zaměstnávání“).

<sup>37</sup> Jde zejména o výjimku v rámci koncernového dočasného přidělení, výjimku příležitostného (jednorázového) dočasného přidělení či v případě dočasného přidělení u zaměstnavatelů veřejného práva. Srov. HÖPFNER, C. In. HENSSLER, M. a kol. *Arbeitsrecht Kommentar*. 9. vyd. Köln: Dr. Otto Schmidt Verlag, 2020, s. 442.

<sup>38</sup> § 8 odst. 2 AÜG.

<sup>39</sup> Prodloužení je možné, pokud po patnácti měsících od přidělení dojde k navýšení na úroveň stanovenou kolektivní smlouvou a pokud po zaváděcím období (ne delším než šest měsíců) dojde k postupnému navýšování mzdy.

<sup>40</sup> Směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 2008/104/ES ze dne 19. listopadu 2008 o agenturním zaměstnávání, cit. výše. Výjimka je možná, pokud zaměstnanci jsou u agentury práce zaměstnáni na dobu neurčitou a současně v době mezi jednotlivými přiděleními jim je poskytována mzda či plat.

<sup>41</sup> Lze odkázat na příklad kolektivních smluv Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP).

<sup>42</sup> „Obecnou formu pracovněprávního vztahu představuje pracovní smlouva na dobu neurčitou.“ Čl. 15 věta první preambule směrnice; Dále např. čl. 11 směrnice: „Agenturní zaměstnávání vyhovuje nejen potřebám podniků, pokud jde o pružnost, ale také potřebě zaměstnanců na sladění svého pracovního a soukromého života. Přispívá také k vytváření pracovních míst a k účasti na trhu práce a začlenění do něj.“; Lze uvést preambuli Úmluvy č. 181 o soukromých agenturách práce: „... připomínající potřebu chránit pracovníky před zneužíváním ...“.



záměr vedoucí k uspokojení poptávky po sezónní či časově omezené pracovní síle v rámci flexibilních pracovněprávních vztahů<sup>43</sup>), je nutné hledat vzájemnou vyváženost, harmonii a rovnováhu obou protichůdných proudů.<sup>44</sup>

Pokud by mělo dojít ke srovnání české a německé právní úpravy v obecné rovině, je nutné vyzdvihnout mnohá specifika, která zakládají širší práva zaměstnanců, a proto lze konstatovat, že německá právní úprava v širší míře chrání agenturní zaměstnance. I když jsou v německé úpravě zjevné odchylky vyplývající ze silného postavení kolektivních organizací, stále lze trvat na tom, že podmínky pro českého agenturního zaměstnance jsou v leccems méně příznivé a naopak spíše podporují vyšší flexibilitu pracovního trhu, čímž upevňují postavení agentur práce.

Obecné generalizace vždy naráží na své limity představující určitou relativitu závěrů (či jejich nepřezkoumatelnost), avšak to jen za předpokladu paušalizace tezí bez relevantního podkladu. Shora již bylo uvedeno několik základních odlišností, ve kterých je možné se nechat inspirovat a jež představují kvalifikované rozdíly v jinak blízkých či podobných (sociálních) prostředích. Naopak některé odlišnosti nelze *en bloc* převzít pro jejich komplexnost a celospolečenský přesah (zde myšleny zejména výjimky v případech kolektivních smluv). Otázka kolektivního vyjednávání představuje samostatnou kapitolu hodnou hlubší analýzy a případně reformy, kdy následně by i v tomto bylo možné uvažovat o možné inspiraci. Například v otázkách rovnosti zaměstnanců je případná inspirace otázkou k diskusi, neboť konkrétně odměňování nemůže být v tuzemsku modifikováno kolektivní smlouvou tak jako v německých podmínkách. Přesto určitá modifikace v odměňování i v tuzemských podmínkách přichází v úvahu (a to bez úpravy v kolektivní smlouvě) a záleží výhradně na zaměstnavateli, resp. uživateli.<sup>45</sup>

<sup>43</sup> „V zájmu pružného přístupu k rozmanitosti trhů práce a vztahů mezi sociálními partnery ...“. Čl. 16 věta první preambule směrnice; Dále např. Úmluva č. 181 o soukromých agenturách práce: „... vědoma si důležitosti pružnosti ve fungování trhů práce; [...] uznávajíc roli, kterou soukromé agentury práce mohou sebrát na dobře fungujícím trhu práce; ...“.

<sup>44</sup> „... vyjádřila Evropská rada názor, že nové formy organizace práce a větší rozmanitost smluvních ujednání, lépe spojujících pružnost s jistotou, přispívají k větší přizpůsobivosti. Evropská rada dále v prosinci roku 2007 potvrdila dohodnuté obecné zásady flexikurity, které na trhu práce vytvářejí rovnováhu mezi pružností a jistotou zaměstnání a pomáhají zaměstnancům i zaměstnavatelům využívat příležitosti, které přináší globalizace.“ Čl. 9 preambule směrnice.

<sup>45</sup> Rovnost, resp. „srovnatelnost“ v případě odměňování ale není absolutní ani v českých podmínkách, kdy určitá modifikace přichází v úvahu, je-li racionální a odůvodněná s ohledem na přínos pro zaměstnavatele (resp. uživatele). Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 5. 2020, sp. zn. 2 Ads 335/2018-32, bod 28. V německých podmínkách sice modifikace musí vyplývat z kolektivní smlouvy, na druhé straně není vyžadována zvláštní úvaha (o racionalitě a odůvodněnosti) a postačí, že podmínku obsahuje kolektivní smlouva, kdy následně zákon jen časově limituje určité přechodné období, než dojde k vyrovnání podmínek agenturních a kmenových zaměstnanců. Z tohoto pohledu nelze bez dalšího učinit závěr (v této oblasti týkající se „srovnatelnosti“) o jednoznačně výhodnějších podmínkách (v rámci vyšší ochrany) pro agenturní zaměstnance, kteří se řídí německou legislativou. Dané ale nic nemění na možnosti nechat se inspirovat pozitivním (například zakotvení odchýlení se od srovnatelných podmínek v kolektivní smlouvě, která nabídne jiné výhody pro zaměstnance) a současně negativním odmítnout (nepotřebnost zvláštní úvahy). Tyto náměty jsou otevřené hlubší diskusi, kdy relevantním protiargumentem zůstává komplexní pojetí (zhodnocující vzájemné vazby inspirační normy s dalšími navazujícími normami, a to jak vazby systematické, tak i teleologické) či komplexní náhled na věc, který je nezbytný učinit před přenesením normy do tuzemské úpravy na základě komparativní analýzy. Zde se otevírá prostor pro další navazující analýzu (zkoumající například soulad výše uvedeného výkladu s čl. 5 odst. 2 směrnice).

Je nutné zodpovědět otázku, jaký je důvod pro přenos některých instrumentů do české právní úpravy, přičemž tímto důvodem má být posílení postavení zaměstnanců, byť za cenu určité nižší míry flexibility v obdobných pracovněprávních vztazích. Současná pravidla v mnohém nedostatečně regulují ochranu zaměstnanců. Ačkoliv normy ochranného charakteru existují, jejich vymahatelnost není dostatečná a pro povinné subjekty není porušení povinností s ohledem na případné sankce natolik odstrašující, aby k případným excesům docházelo jen v minimu případů. Naopak lze v porušování povinností sledovat určitý trend. V této souvislosti lze odkázat na data Státního úřadu inspekce práce, dle kterých opakovaně dochází významným způsobem k porušování norem na poli agenturního zaměstnávání, přičemž kruciální problém představuje stále více se rozmáhající zastřené agenturní zaměstnávání.<sup>46</sup> Stává-li se porušení povinností typickým projevem v rámci těchto vztahů a vyplývá-li z něj určitý standard (alespoň v rámci sledovaných případů), je nutné vytvořit užší mantinely, které posílí ochranu zaměstnanců. Jde-li porušení povinností (povinných subjektů) k tíži zaměstnanců, je **justifikačním důvodem** posílení práv těchto zaměstnanců například právě prostřednictvím instrumentů ze zahraničních právních úprav, kdy je účelné prioritně využít nám nejbližší legislativy (tj. německou či rakouskou právní úpravu<sup>47</sup>). Třebaže se zejména v druhé polovině minulého století pracovněprávní úpravy v sousedních (rakouských a německých) zemích vyvíjely bez zásadního vlivu socialistických tendencí, což způsobilo koncepční oddálení české pracovněprávní úpravy podléhající těmto tendencím, stále tyto legislativy představují vhodný výzkumný komparativní rámec.

Základní výzkumný pramen představuje civilisticky (a historicky) blízká úprava občanskoprávních kodexů, v níž je nezbytné hledat kořeny i pro pracovněprávní úpravu. S ohledem na blízkost občanskoprávních kodexů se poté otevírá prostor i pro zkoumání navazujících právních předpisů. Lze relevantně namítat, že historická blízkost občanskoprávních úprav ale neimplikuje závěr, že jsou si (či měly by si být) blízké pracovněprávní regulace. V tomto smyslu tomu ani tak (v určitých aspektech přirozeně) být nemusí, a přesto německá právní úprava zakládá vhodný komparativní rámec z důvodu své podrobnosti a věčnosti (úprava vychází ze samostatného zákona s dlouholetou tradicí několika dekad). Tento argument ale sám o sobě též neobstojí, neboť i mnohé jiné zahraniční právní úpravy jsou podrobné a věčné. Zde je potřebné zvolený komparativní rámec zevrubněji osvětlit. Je-li výše uvedeno, že pro blízkost občanskoprávních úprav se otevírá prostor i pro zkoumání navazujících předpisů, je zde odkazováno zejména na předpisy subsidiárně aplikovatelné, kdy tato *subsidiarita* v aplikaci (historicky) blízkých zahraničních úprav zakládá legitimní (a alespoň

<sup>46</sup> Srov. část čtvrtá tohoto příspěvku.

<sup>47</sup> „České soukromé právo náleží do kontinentálního právního systému, historicky spočívajícího na římskoprávních základech. Určující v našem novodobém právním vývoji byla příslušnost k okruhu rakouského práva, který můžeme bez nadsázky nazývat okruhem česko-rakouským, protože jak na přípravě rakouské kodifikace (místy, osobnostmi či prameny), tak i na pozdějším rozvoji rakouské civilistiky měly české země nezanedbatelný podíl. Současně je však nutné zdůraznit, že také náš právní vývoj byl již tradičně pod vlivem německé právní kultury, ať šlo o domácí zákonodárství či právní vědu. Přestože tato spřízněnost nebyla ani v éře socialismu zcela popřena, tak až novým občanským zákoníkem se k této tradici programově vracíme. Z širší perspektivy (vývojové i komparativní) by naše soukromé právo bylo řazeno do německého právního okruhu.“ HORÁK, O. Dějiny kodifikace soukromého práva v českých zemích. In: MELZER, F., TĚGL, P. a kol. *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek I. § 1117*. Praha: Leges, 2013, s. XXVII–XXVIII. ISBN 978-80-87576-73-1.

parciální) důvod pro vzájemné zkoumání a komparativní analýzu (předpisů v pozici *lex specialis*). Jinými slovy řečeno, představuje-li určitá úprava (rozuměj občanský zákoník) materiální základ pro úpravu navazující (zákoník práce) v rozsahu neuvedeném ve zvláštní normě (srov. kolizní pravidlo *Lex specialis derogat legi generali*), poté je důvodné se tázat, zda i navazující zahraniční zvláštní norma (úprava *lex specialis*) nemůže představovat vhodný inspirační rámec pro tuzemskou navazující normu (úpravu *lex specialis*). Podpůrným argumentem poté může být skutečnost, že Česká republika a Spolková republika Německo již dnes mají (a opět pouze relativně, nikoli absolutně) podobné střeoevropské kulturní prostředí. Přesto je nutné reflektovat (stále v určité míře) přetrvávající kulturní a společenské rozdíly<sup>48</sup> a dále legislativní rozdíly založené v tuzemsku historicky zakotvenou socialistickou doktrínou (která v některých normách a judikaturních závěrech zůstává dodnes).<sup>49</sup> Kulturní a hodnotovou blízkost, která opět odůvodňuje zvolený komparativní rámec, zakládá též součást jednotlivých zemí v Evropské unii (čímž je založen i shodný hodnotový legislativní rámec vycházející ze společné unijní úpravy) a v řadě dalších mezinárodních organizací.<sup>50</sup> Zároveň je potřebné se vypořádat s otázkou, proč nebude zevrubněji rozebrána též úprava rakouská (je-li výše zmiňována historická legislativní blízkost). Tato úprava nebude analyzována z prostého důvodu, neboť z legislativní úpravy Rakouské republiky nevyplývá jasně určená maximální doba dočasného přidělení, jak je specifikována v podmínkách české a německé legislativy.<sup>51</sup> S ohledem na to, že maximální doba dočasného přidělení je stanovena jako základní východisko následujícího výzkumu, omezuje se komparativní rámec na českou a německou (a velmi zjednodušeně i slovenskou) právní úpravu. Tímto není zpochybněna legitimní možnost zákonodárce nestanovit maximální dobu dočasného přidělení, avšak naopak je akcentováno, že rozhodl-li se zákonodárce k limitaci (k *dočasnosti*) přidělení agenturních zaměstnanců, měl by taktéž trvat na materiálním (a nikoli formálním) naplnění obsahu této normy. Jak bude zevrubně analyzováno níže, důvodem, proč má být v tomto (materiálním) smyslu posílena ochrana agenturních zaměstnanců, je skutečnost, že jejich pozice se v aktuálních tuzemských podmínkách jeví jako více zranitelná (než u jiných

<sup>48</sup> Zde lze poukázat zejména na následující rozdíly vycházející z publikace zaměřené na studium česko-německých vztahů v podnikové sféře: a) vztah ke strukturám, podceňování struktur, improvizace a flexibilita, b) nedůvěra vůči univerzálním pravidlům, formalizovaným postupům a normám, c) vynalézavost a improvizace. Viz NOVÝ, I., SCHROLL-MACHL, S. *Interkulturní komunikace Češi a Němci*. 2. vyd. Praha: Management Press, 2015, s. 54–58. ISBN 978-80-7261-298-7.

<sup>49</sup> Například otázka povahy jednorázového odškodnění pozůstalých v ust. § 271i ZP (teprve novela ZP provedená zák. č. 285/2020 Sb. s účinností od 1. 1. 2021 vyřešila aplikační nejasnosti a paradoxy). Blíže k této otázce srov. BEZOUŠKA, P. Je náhrada škody v zákoníku práce opravdu upravena komplexně? *Právní rozhledy*, 2018, roč. 26, č. 12, s. 439–444.

<sup>50</sup> Účast v rámci Organizace spojených národů a připojení k mezinárodním smlouvám (Mezinárodní pakt o občanských a politických právech).

<sup>51</sup> Je samozřejmě otevřená diskuse, zda je vhodnější koncept bez doby dočasného přidělení či s maximální dobou dočasného přidělení, neboť obě varianty jsou zastoupeny v legislativách jednotlivých států (nejen) napříč Evropskou unií.

zaměstnanců), kdy tato zranitelnost vyplývá z vysoké míry nejistoty zaměstnání<sup>52</sup> a dále (obvykle) z navazujících bariér.<sup>53</sup> V souhrnu mohou bezbřehé (či neurčitě vymahatelné) normy zakládat prostor pro moderní vykořisťování agenturních zaměstnanců (ve smyslu rozebraném níže), které s ohledem na základní právní (a demokratické) hodnoty a principy nelze akceptovat. V dané situaci je povinností právní vědy reagovat a otevírat prostor pro věcnou diskusi nad problematickými aspekty, analyzovat právní problémy a navrhnout konkrétní řešení využitelná v praxi (tzn. předložení řešení pro potenciální soudní spory využitelné jednak pro sporující se strany, jednak pro možnou oporu závěrů justice).

Začlenění zaměstnanců do tradičních pracovněprávních vztahů (tzn. v ideálním případě do vztahů v rámci pracovního poměru na dobu neurčitou s vyhlídkou dlouhodobého a stálého zaměstnání) je v českých podmínkách upozaděno. K tomuto přispívá několik aspektů, mezi které lze zařadit a) dobu dočasného přidělení a délku trvání pracovního poměru, b) neexistenci fikce pracovního poměru či c) rozsah informačních povinností vůči agenturnímu zaměstnanci. Na tyto okruhy bude nyní zaměřena pozornost.

### 3.1.1 Doba dočasného přidělení a délka trvání pracovního poměru

Základním indikátorem, který může pomoci identifikovat míru ochrany zaměstnanců, je doba dočasného přidělení a zároveň doba trvání pracovního poměru. Nejprve bude věnován prostor době dočasného přidělení.

Vydeme-li z české právní úpravy, zákonné podmínky limitují dobu dočasného přidělení v obecné rovině na 12 po sobě jdoucích kalendářních měsíců. Po tuto dobu lze dočasně přidělit zaměstnance k uživateli a po této době by mělo dočasné přidělení u uživatele skončit. Následovat by měla v ideální variantě vlastní kariéerní cesta agenturního zaměstnance, který by se po získaných zkušenostech měl osamostatnit do té míry, že nebude potřebovat nadále využívat služeb agentury práce, ale bude schopen se zapojit na pracovním trhu (ať již

<sup>52</sup> Např. lze bez dalšího ukončit pracovněprávní vztah v závislosti na skončení dočasného přidělení (tzv. „ze dne na den“). Agenturní zaměstnanec navíc může být zaměstnán též i v rámci dohody o dočasném přidělení, kdy již i tato forma sama o sobě představuje omezení (jinak rozsáhlých) práv vycházejících ze zákoníku práce, srov. ust. § 77 odst. 2 ZP. V tomto smyslu představuje pozice agenturního zaměstnance „dvojitou“ či zvýšenou (v mnohých případech až extrémní) nejistotu zaměstnání. Obecně přitom základní jistoty (vyvěrající z jistoty práce, na kterou navazuje finanční zajištění, zajištění bytových a rodinných potřeb, řádné plnění výživových povinností, atd.) představují krucióální a imanentní potřebu každého jednotlivce. Nejde zde ale „pouze“ o *potřebu* jednotlivce, je zde přece celospolečenský zájem na tom, aby daný jednatel tvořil hodnoty (přispíval do systému sociálního zabezpečení, do systému daňového, atd.), kdy sekundárně je též zájmem ucelená (zdravá) společnost platebně způsobilých jednotlivců. K tomu je ale potřebné, aby tito jednotlivci měli vůbec reálnou šanci dosáhnout stabilního zaměstnání (a stabilního příjmu). Jak bude poukázáno na empirická data níže, je to též délka dočasného přidělení, která má podstatný vliv na zajištění přístupu k lepší pracovní (a sociální) pozici a trvalému pracovnímu vztahu agenturních zaměstnanců (ve stručnosti lze uvést, že čím delší je doba dočasného přidělení, tím horší je pozice a šance agenturního zaměstnance ve vztahu k získání trvalé pracovní pozice). Zde lze opětovně odkázat na čl. 11 preambule směrnice, dle kterého „Agenturní zaměstnávání vyhovuje [...] také potřebě zaměstnanců na sladění svého pracovního a soukromého života.“

<sup>53</sup> Např. bariér jazykových, jde-li o zahraniční agenturní zaměstnance, či obecně z bariér sociálních, které mohou vést k narušení požadavku na rovnost a zákaz diskriminace (není-li přístupováno k odměňování zaměstnanců rovnocenně a jsou-li kmenoví zaměstnanci nezákonně bonifikováni oproti zaměstnancům agenturním).

u uživatele, či u jiného zaměstnavatele). Není-li tato možnost reálná, poté má být agenturní zaměstnanec přidělen k jinému uživateli.

Z této základní premisy nicméně existuje legální výjimka v případě, kdy a) agenturní zaměstnanec nahrazuje zaměstnankyni na mateřské či (v sekundárním případě i zaměstnance na) rodičovské dovolené a b) pokud o to sám agenturní zaměstnanec požádá.

Zejména druhá výjimka je v praxi velmi jednoduše zneužitelná, a to ihned ze dvou důvodů. Prvním důvodem jsou nároky na (neformální) podobu žádosti, druhým důvodem jsou přímé či nepřímé vlivy (či tlaky) ze strany agentury práce. Byť písemná forma žádosti není zákonem přímo požadována, a proto by se mohlo zdát, že postačí žádost ústní, na kterou by se mohla agentura práce odvolat, lze v tomto případě dovodit, že pro splnění důkazní povinnosti agentury práce v případě kontroly příslušným orgánem musí být předložen verifikovatelný důkaz (ať již v písemné formě či ve formě audionahrávky). Jedině tehdy, bude-li jednoznačně prokázáno, že žádost zaměstnance byla dána, může být naplněn požadavek zákona, který je přezkoumáván v rámci kontrolních mechanismů příslušnými orgány (zejména Státním úřadem inspekce práce).<sup>54</sup> I přesto nicméně není žádných nástrojů, jak zabránit nežádoucímu přímému či nepřímému vlivu agentury práce vůči zaměstnanci. Je totiž zjevné, že v případě, kdy bude zaměstnanec postaven před volbu, zda podá žádost, či nikoli (avšak s důsledkem ukončení pracovního vztahu k agentuře práce, která například v dané době zaměstnance nevyužije), zaměstnanec raději žádost učiní ve snaze zachovat si zaměstnání.

Pichrt v této souvislosti uvádí, že „česká praxe, kdy mnohé agentury opakovaně přidělují po více let téhož zaměstnance ke stejnému zaměstnavateli na maximální dobu přidělení na základě ‚žádosti zaměstnance‘, je v jistém rozporu s převažujícím chápáním tohoto institutu jako zaměstnání, jehož atypičnost je dána právě jeho dočasností.“<sup>55</sup>

Valentová se vyjadřuje v tom smyslu, že „opakované přidělování zaměstnance ke jednomu uživateli může být bráno jako obcházení Zpr.“ a zároveň konstatuje, že při žádosti zaměstnance by se mělo jednat o „aktivní rozhodnutí agenturního zaměstnance, a nikoli agentury práce, což je v praxi často nedodržováno a agentura práce dává svým zaměstnancům automaticky podepisovat žádosti o prodloužení dočasného přidělení“.<sup>56</sup>

Vzhledem k tomu, že návrhy *de lege ferenda* nejsou v mnoha ohledech způsobilé efektivního řešení (zejména z důvodu časové a administrativní náročnosti), je nezbytné hledat v právní vědě primárně vhodná řešení *de lege lata*, aby právní řád mohl být vykládán vnitřně koherentním a racionálním způsobem v reálném čase, kdy vznikají výkladové otázky a právní problémy, nikoli až *ex post* (dodatečně).

<sup>54</sup> Obecně by sice mělo být možné prokázat žádost i v rámci zpětné výpovědi zaměstnance, avšak problematické situace mohou vyvstat v případě, kdy se bude jednat o zahraničního zaměstnance, který nebude kontaktní. Z těchto důvodů je třeba dbát na verifikovatelnou formu žádosti.

<sup>55</sup> PICHRT, J. In: BĚLINA, M., DRÁPAL, L. a kol. *Zákoník práce. Komentář*. 3. vyd. Praha: C. H. Beck, 2019, s. 1215. ISBN 978-80-7400-759-0.

<sup>56</sup> VALENTOVÁ, K. In: VALENTOVÁ, K., PROCHÁZKA, J., JANŠOVÁ, M. a kol. *Zákoník práce. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2018, s. 948. ISBN 978-80-7400-534-3.



## Doba dočasného přidělení ve světle unijní právní úpravy

Ve světle shora uvedeného je namístě konfrontovat souladnost ust. § 309 odst. 6 věta druhá ZP s požadavkem vyplývajícím z čl. 5 odst. 5 a čl. 6 odst. 2 **směrnice o agenturním zaměstnávání**.

Čl. 5 odst. 5 směrnice o agenturním zaměstnávání: „*Členské státy přijmou vhodná opatření v souladu s vnitrostátním právem nebo zvyklostmi s cílem zamezit nesprávnému používání tohoto článku a zejména zamezit opakujícím se přidělením, jejichž cílem je obejít ustanovení této směrnice. Členské státy o těchto opatřeních uvědomí Komisi.*“

Čl. 6 odst. 2 směrnice o agenturním zaměstnávání: „*Členské státy přijmou veškerá opatření nezbytná k zajištění toho, aby všechna ustanovení zakazující nebo mající za následek znemožnění uzavření pracovní smlouvy nebo vzniku pracovněprávního vztahu mezi uživatelem a zaměstnancem agentury práce po uplynutí doby jeho přidělení byla neplatná nebo mohla být prohlášena za neplatná od samého počátku.*“ Nejprve je nutné přednést úvahy nad posledně uvedeným.

Imperativní ustanovení **čl. 6 odst. 2 směrnice** jinými slovy přikazuje zákonodárci přijmout a) nezbytná opatření, b) k zajištění neplatnosti těch ustanovení, c) která mají za následek znemožnění uzavření pracovní smlouvy nebo vzniku pracovněprávního vztahu mezi uživatelem a zaměstnancem agentury práce po uplynutí doby jeho přidělení. Zde je nezbytné zhodnotit, zda výjimka v ust. 309 odst. 6 věta druhá ZP ve svém důsledku neznemožňuje vznik pracovněprávního vztahu (do něž je nezbytné řadit i základní pracovněprávní vztah v podobě pracovního poměru na základě pracovní smlouvy) mezi agenturním zaměstnancem a uživatelem. Je skutečností, že formálním způsobem není zabráněno tomu, aby agenturní zaměstnanec navázal nový pracovní vztah přímo s uživatelem, dojde-li k ukončení dočasného přidělení a rozvázání pracovního vztahu mezi agenturním zaměstnancem a agenturou práce. Žádné takové ustanovení právní řád explicitně neobsahuje. Je nicméně nezbytné na posuzovanou podmínku nahlížet z materiálního hlediska, kdy sice žádné formální ustanovení právního řádu explicitně nebrání uvedenému postupu, avšak z podstaty věci ust. § 309 odst. 6 věta druhá ZP v části „*Toto omezení neplatí v případech, kdy o to agenturu práce požádá zaměstnanec agentury práce*“ představuje zcela zásadní a ničím neobhájitelnou překážku v navázání nových pracovních vztahů (po ukončení dočasného přidělení a rozvázání pracovních vztahů k agentuře práce – dále též jen „agenturních vztahů“), pokud tyto agenturní vztahy ani nemohou být ukončeny a jsou fakticky stále prodlžovány (mnohdy i proti vůli samotných agenturních zaměstnanců).

Přílehlavějším je zde navíc ještě ustanovení **čl. 5 odst. 5 směrnice**, dle kterého mají státy povinnosti přijmout „*vhodná opatření [v souladu s vnitrostátním právem nebo zvyklostmi] s cílem [...] zejména zamezit opakujícím se přidělením, jejichž cílem je obejít ustanovení této směrnice*“.

Empirická data k potvrzení těchto pochybení zcela přirozeně nejsou k dispozici, neboť je v převážné většině případů nelze ani získat (a zůstávají skryty v rámci vztahů *inter partes*), nicméně nelze tyto pochybnosti přehlížet, zejména je-li na ně již dlouhodobě poukazováno v rámci odborné veřejnosti (viz výše). Na druhé straně v rámci místní vědecké obce doposud nezazněly návrhy či efektivní řešení této situace.

Jak uvádí Valentová, v daném případě je možné tento postup považovat za obcházení zákoníku práce, avšak k čemu tento důsledek prakticky směřuje? Jednání *in fraudem legis*<sup>57</sup> je sice jako takové podle pozitivního práva nenapadnutelné, avšak ve svém důsledku vede k narušení podstaty a smyslu ustanovení, neboť se „někdo chová podle právní normy (*secundum legem*), ale tak, aby záměrně dosáhl výsledku právní normou nepředvídaného a nežádoucího“.<sup>58</sup> Nicméně ne vždy bude takovéto jednání považováno za neplatné,<sup>59</sup> byť v určitých specifických případech bylo v minulosti jednání *in fraudem legis* za neplatné prohlášeno.<sup>60</sup> Důsledkem neplatnosti by bylo porušení zákona (ust. § 309 odst. 6 ZP), což v konečném důsledku může vyústit v rozhodnutí Generálního ředitelství Úřadu práce ČR o odejmutí povolení ke zprostředkování zaměstnání.<sup>61</sup> Prakticky k tomuto řešení bylo přistoupeno v šesti případech za období posledních 8 let.<sup>62</sup> Navíc je nutné zohlednit, že k tomu, aby bylo možné rozhodnout o neplatnosti jednání či jen o obcházení zákona, je nezbytné prokázat takovéto jednání. Již bylo zmíněno, že prokázání takovéhoto jednání bude obvykle velice náročné a spíše neproveditelné. Praktický dosah uvedeného řešení (v podobě prostého označení za obcházení zákona) nebude velký a dle autora je tedy třeba přistoupit k hledání alternativního řešení, které může mít základ v unijním právu.

Jak trefně popisuje Hak, „K tomu, aby stát požadavkům unijního práva vyhověl, je třeba, aby směrnici řádně transponoval a implementoval. Ačkoli jsou někdy tyto pojmy zaměňovány, je třeba mezi nimi rozlišovat. Transpozicí rozumíme formální promítnutí obsahu směrnice do vnitrostátního práva, zatímco jako implementace se označuje vytvoření podmínek pro její skutečné materiální naplnění. Transpozice stojí tedy na počátku implementace, leč musí být doprovázena efektivním uplatňováním dané právní úpravy. K řádné implementaci je proto nezbytné, aby výsledku požadovaného směrnici bylo dosaženo jak právně, tak i fakticky (nutně kumulativně). Z právě popsaného plyne, že transponovat směrnici je jednodušší, než ji řádně implementovat. Tento fakt se odráží i v praxi členských států, které nezřídka v rámci procesu implementace chybují.“<sup>63</sup> Pokud nedojde k řádné implementaci směrnice, je namísto zvážít

<sup>57</sup> GERLOCH, A. In: HENDRYCH, D. a kol. *Právníký slovník*. 3. vyd. Praha: C. H. Beck, 2009, 1459 s. ISBN 978-80-7400-059-1. „Chování spočívá v tom, že se někdo chová nikoliv v rozporu s právní normou, tj. *contra legem*, ale tak, aby záměrně dosáhl výsledku právní normou nepředvídaného a nežádoucího, tedy obchází zákon. Takovéto chování může spočívat zejména ve využití mezery v právu či určité nejasnosti v zákoně. Vždy bude třeba zvážít, zda se nejedná o chování mlčky dovolené *praeter legem*.“

<sup>58</sup> KNAPP, V. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 186. Citováno dle ELIÁŠ, K. Porušení zákona oklikou: *fraus legis facta* v civilním právu. *Právník*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2018, roč. 157, č. 11, s. 897–921.

<sup>59</sup> ELIÁŠ, op. cit., s. 918. „Český občanský zákoník neuvádí výslovnou záповěd obcházení zákona. Přesto není pochyb, že je takový zákaz zahrnuje implicitně. Dovedit to lze z nejednoho ustanovení zákoníku, nejzřetelněji z jeho § 547 o. z., podle něhož právní jednání musí mj. odpovídat zákonu co do účelu. Pokud jde o sankci za porušení tohoto právního pravidla, je nutné uvést, že následkem nemusí být vždy neplatnost (§ 580 o. z.) a už vůbec ne neplatnost absolutní (§ 588 o. z.). V tomto kontextu je nutné chápat posun ve zdejší úpravě obecného občanského práva oproti předchozí regulaci z roku 1964. Nelze však přehlížet ani význam § 8 o. z. v tom smyslu, že i *fraus legis* – jako jedna z metod zneužití práva – musí být zjevná.“

<sup>60</sup> K případům neplatnosti při jednání *in fraudem legis* srov. nálezn Ústavního soudu ze dne 22. 4. 2003, sp. zn. II. ÚS 119/01, či rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 14. 11. 2018, sp. zn. 30 Cdo 5795/2017.

<sup>61</sup> Ust. § 63 odst. 3 zák. č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti.

<sup>62</sup> Srov. část čtvrtá tohoto článku.

<sup>63</sup> HAK, J. Transpozice a implementace unijního práva v zákoně č. 123/1998 Sb., o právu na informace o životním prostředí, se zaměřením na směrnici č. 2003/4/ES. *Iurium* [online]. 17. 9. 2019 [cit. 2. 9. 2021]. ISSN 2694-9008. Dostupné z: [https://www.iurium.cz/2019/09/17/informace-zivotni-prostredi/#\\_ftn11](https://www.iurium.cz/2019/09/17/informace-zivotni-prostredi/#_ftn11)

přímý (vzestupný vertikální) účinek směrnice, kdy musí být naplněny podmínky obecné (stran kvality: jasnost, konkrétnost, nepodmíněnost pravidla směrnice) a zvláštní (*vadná nebo žádná transpozice směrnice, uplynutí transpoziční lhůty a fakt, že směrnice neukládá povinnost přímo fyzické či právnické osobě*) a dále podmínky negativní (nebude přímo uložena nová povinnost jednotlivci a nebude-li zasaženo negativně do právního postavení jiných osob [v takovém případě je přímý účinek legitimně přípustný pouze tehdy, *jsou-li s ním spjaty „pouhé“ negativní dopady na právní postavení třetích osob, a není-li s plněním povinnosti státem bezprostředně spjato plnění jiné povinnosti třetí osobou na základě směrnice*]).<sup>64</sup>

V rozebíraném případě je tedy nutné zvážit, zda nedostatečným naplněním účelu a podstaty směrnice, zejména pravidla vycházejícího z čl. 5 odst. 5 a čl. 6 odst. 2 směrnice, nevzniká právo jednotlivce dovolat se přímého účinku směrnice, který by spočíval v neaplikovatelnosti ust. § 309 odst. 6 věta druhá ZP v části „*Toto omezení neplatí v případech, kdy o to agenturu práce požádá zaměstnanec agentury práce*“. V konečném důsledku by tak bylo *de lege lata* znemožněno agenturnímu zaměstnanci požádat o prodloužení dočasného přidělení k uživateli nad zákonem stanovený obecný rámec.

Obecně je nezbytné zkoumat podmínku, zda nebude zasaženo negativně do právního postavení jiných osob, případně zda jsou splněny důvody pro aplikaci výjimky. Přímý účinek směrnice je tedy možné dovodit (i když bude negativně zasaženo do postavení jiných), pokud s ním jsou spojeny jen „*pouhé*“ *negativní dopady na právní postavení třetích osob*. Ostatní podmínky by bylo možné považovat za splněné.

Za zásah do postavení jiných osob nelze považovat omezení autonomie samotného zaměstnance (neboť on sám by se dovolával omezení proti sobě samému) a lze tedy uvažovat o omezení agentury práce, která v důsledku nemožnosti podat žádost nebude mít ani možnost vyslovit souhlas se žádostí.

Zde nicméně nedává dovolání se přímého účinku směrnice smysl, pokud by se jím měl omezit sám zaměstnanec, neboť tento (*de iure*) není povinen k podání žádosti.

Pokud by mělo dojít na základě dovolání se přímého účinku směrnice (ze strany zaměstnance) k zásahu do již založeného právního vztahu *inter partes* (žádost zaměstnance ve spojení s vyhověním žádosti agenturou práce), jednalo by se o přímý účinek horizontální, který není připuštěn.<sup>65</sup> Lze sice uvažovat o aplikaci horizontálního přímého účinku obecných zásad právních, nicméně tomuto (relativně novému) postupu je vtisknut podstatný prvek nejistoty, který jej činí prakticky těžko využitelný.<sup>66</sup>

Je otázkou, zda lze dojít k výsledku, kdy předmětné ust. § 309 odst. 6 věta druhá ZP v části „*Toto omezení neplatí v případech, kdy o to agenturu práce požádá zaměstnanec agentury práce*“ bude vrchnostensky považováno za obsolentní. Optikou základních zásad pracovněprávních vztahů (zejména zásady zvláštní zákonné ochrany postavení zaměstnance)<sup>67</sup> by tento závěr

<sup>64</sup> HAK, 2019, op. cit.

<sup>65</sup> STEHLÍK, V. a kol. *Právo Evropské unie: Ústavní základy a vnitřní trh*. Praha: Leges, 2017, s. 110. ISBN 978-80-7502-277-6.

<sup>66</sup> Ibid., s. 111.

<sup>67</sup> Ust. § 1a odst. 1 písm. a) ZP.

měl své opodstatnění (nicméně jedinečně za současné aplikace přímého účinku směrnice). Tímto způsobem ovšem nelze dojít juristicky správného řešení. Pokud by mělo dojít vrchnostensky (například výkladem Generálního ředitelství Úřadu práce ČR) k zásahu do autonomie vůle k tíži zaměstnance (nemožnost podat žádost *en bloc*), jednalo by se sice o přímý účinek vertikální, avšak sestupný (stát uplatňuje povinnosti plynoucí ze směrnice vůči jednotlivci). Vertikální sestupný přímý účinek směrnice ovšem není přípustný.<sup>68</sup> Současně je vyloučeno, aby výklad směrnice sloužil jako základ pro výklad vnitrostátního práva *contra legem*.<sup>69</sup> Do úvahy je potřebné přizvat i další „cíle“ právní úpravy, které prozařují z práva unijního do práva vnitrostátního, kde se skrze zásady a principy daného odvětví promítají v konkrétním ustanovení. Lze na tyto cíle nahlížet i inverzně (kdy společné unijní cíle jsou tvořeny cíli a projevy zásad pracovního práva jednotlivých členských států, které následně ve svém souhrnu tvoří mozaiku základního cíle či cílů unijního práva)? I tento pohled si lze relevantně představit. Přes tuto teoreticko-právní otázku, která bude v dalším rozboru ponechána stranou, lze poukázat na další konkrétní cíl ztělesněný již zmiňovanou *flexibilitou*, která v rámci pracovního trhu hraje zcela jednoznačně nezastupitelnou roli (v souvislosti s nahodilými změnami pracovního trhu (například z důvodu sezónních prací či výpadku kmenových zaměstnanců), dále z důvodu získání nových pracovních kontaktů (obvykle v případě studentů v zahraničí), z důvodu usnadnění přechodu z nezaměstnanosti do zaměstnání, či z důvodu, aby nedocházelo k zastřenému agenturnímu zaměstnávání nebo k výkonu nelegální práce).<sup>70,71</sup> *Flexibilitu* tedy nelze nebrat v potaz. Přesto je třeba zkoumat, zda i bez shora uvedené výjimky v limitaci doby dočasného přidělení (spočívající v žádosti zaměstnance), by byl právní řád způsobilý dostatečně naplňovat požadovaný cíl *flexibility*. I když by došlo k této limitaci v absolutní podobě, tzn. nemožnost žádat o prodloužení dočasného přidělení, lze dojít k závěru, že tato doba (12 kalendářních po sobě jdoucích měsíců) představuje dostatečný časový prostor k naplnění cíle *flexibility*. V tomto období je totiž možné vyrovnat provozní výkyvy (z důvodu zvýšené poptávky či absence části kmenových zaměstnanců) a současně je v potřebném rozsahu zohledněno i naplnění dalších výše uvedených aspektů. V tomto smyslu je možné dojít k závěru, že takovéto omezení bude souladné s unijní úpravou, zejména s čl. 4 odst. 1 směrnice, protože omezení bude odůvodněno obecným zájmem

<sup>68</sup> „Vyloučení vertikálního sestupného přímého účinku směrnice, tedy možnosti, aby se veřejná moc domáhala uložení povinnosti jednotlivci na základě ustanovení směrnice, je opřené o zásadu *common law* nazývanou *estoppel*, která je vyjádřením římské poněkud *Nemo auditor propriam turpitudinem allegans* (Nikdo nemůže mít prospěch z vlastního protiprávního jednání). Soudní dvůr potvrdil toto pravidlo opět v rozsudku *Ratti*, ve kterém vyslovil, že „členský stát, který v určené lhůtě nevydal prováděcí opatření stanovené směrnicí, se nemůže vůči jednotlivcům bránit tím, že on sám nesplnil závazky, jež pro něj vyplývají ze směrnice“. Zásada *estoppel* proto znamená, že členský stát nemůže mít výhody z vlastního porušení ustanovení práva Evropské unie, a to ani v případech, kdy měl příznanou jistou volnost uvážení v rámci implementace.“ STEHLÍK a kol., op. cit., s. 109.

<sup>69</sup> Rozsudek Soudního dvora EU (velkého senátu) ze dne 16. 6. 2005, *Pupino*, C-105/03 (v el. sb. rozh.).

<sup>70</sup> IDEA Consult. *How Temporary Agency Work Compares with other Forms of Work* [online]. Brussels: Eurociett, UNI Europa, 2015, 160 s. Dostupné z: [https://www.weceurope.org/uploads/2019/07/2015\\_WECEU\\_Study-comparing-agency-work.pdf](https://www.weceurope.org/uploads/2019/07/2015_WECEU_Study-comparing-agency-work.pdf)

<sup>71</sup> ARROWSMITH, J. Temporary agency work in an enlarged European Union. *Eurofound* [online]. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2006, 46 s. Dostupné z: [https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef\\_publication/field\\_ef\\_document/ef0899en.pdf](https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef0899en.pdf)

týkajícím se zejména ochrany dočasných agenturních zaměstnanců (zde zájmem na *dočasnosti* přidělení).<sup>72</sup> Toto omezení může být založeno zákonem, ale též i kolektivní smlouvou.<sup>73</sup>

S vědomím plurality a nejednotnosti úprav (napříč členskými státy Evropské unie)<sup>74</sup> je přesto možné dojít k závěru (jak bude uvedeno níže), že ustanovení by mohlo být (s ohledem na tuzemský právní rámec)<sup>75</sup> z teleologických důvodů prohlášeno za obsoletní. Bude navazující (níže řešenou) otázkou, zda je takto invazivní zásah nezbytný.

Alternativní možností se jeví nárok na náhradu újmy za chybnou a neúplnou implementaci směrnice. Újmu by zde mohlo představovat například nulové odstupné, na které by jinak měl zaměstnanec právo dle zákoníku práce, pokud by nedocházelo k neoprávněnému cyklení dočasného přidělení, a namísto toho by byl zaměstnanec zaměstnán v klasickém pracovním poměru na dobu neurčitou.<sup>76</sup> Další majetková újma může spočívat v neposkytnutí finanční půjčky od bankovního subjektu, který u žadatele váže podmínku poskytnutí úvěru na existenci pracovního poměru na dobu neurčitou. Podmínkou pro možnou náhradu újmy nicméně v daném případě je, že a) porušená právní norma přiznává práva jednotlivcům, b) porušení je dostatečně závažné a c) existuje přímá příčinná souvislost mezi porušením povinnosti, která je uložena státu, a škodou utrpěnou poškozenými osobami.<sup>77</sup> Shora uvedené případy zakládají sice faktický sociální problém, nicméně *de lege lata* nejsou prakticky řešitelné, neboť by zaměstnanec musel prokázat, že nebýt neoprávněného prodloužení dočasného přidělení, měl by uzavřen pracovní poměr na dobu neurčitou (a to s agenturou práce, uživatelem či třetí osobou).

Vedlejší variantou je řízení o nesplnění povinnosti (řádne provést členským státem implementaci směrnice), které může zahájit Evropská komise.<sup>78</sup> Zaměstnanec (i jakákoliv jiná třetí osoba) může v tomto smyslu učinit podnět k Evropské komisi.

<sup>72</sup> Čl. 4 odst. 1 směrnice: „Zákazy nebo omezení týkající se agenturního zaměstnávání mohou být odůvodněny pouze na základě obecného zájmu souvisejícího zejména s ochranou zaměstnanců agentur práce, s požadavky na bezpečnost a ochranu zdraví při práci a s potřebou zajistit náležité fungování trhu práce a zamezit možnému zneužívání.“

<sup>73</sup> Rozsudek Soudního dvora EU ze dne 17. 3. 2015, *Auto- ja Kuljetusalan Työntekijäliitto AKT ry proti Öljytuote ry, Shell Aviation Finland Oy*, C-533/13, (v el. sb. rozh.).

<sup>74</sup> COUNTOURIS, N., DEAKIN, S., FREEDLAND, M., KOUKIADAKI, A., PRASSL, J. Report on temporary employment agencies and temporary agency work: A comparative analysis of the law on temporary work agencies and the social and economic implications of temporary work in 13 European countries. *International Labour Office* [online]. Geneva, 2016, 91 s. ISBN 978-92-2-131253-6. Dostupné z: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_dialogue/---ed\\_dialogue\\_msu/documents/publication/wcms\\_541655.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---ed_dialogue_msu/documents/publication/wcms_541655.pdf)

<sup>75</sup> Konkrétně s ohledem k čl. 1 a čl. 10 odst. 1 Listiny základních práv a svobod a dále s ohledem k čl. 3 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv ve spojení s čl. 4 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv.

<sup>76</sup> Srov. § 67 ZP.

<sup>77</sup> Rozsudek Soudního dvora EU ze dne 30. 9. 2003, *Gerhard Köbler proti Republik Österreich*, C-224/01, body 51–59 (v el. sb. rozh.), vycházející z rozsudku Soudního dvora EU ze dne 9. 11. 1995, *Andrea Francovich proti Italské republice*, C-479/93 (v el. sb. rozh.), a dále rozsudku Soudního dvora EU ze dne 5. 3. 1996, *Brasserie du Pêcheur*, spojených věcí C-46/93 a C-48/93 (v el. sb. rozh.).

<sup>78</sup> Dle čl. 17 odst. 1 smlouvy o Evropské unii a smlouvy o fungování Evropské unie (dále jen „SEU“): „Pod kontrolou Soudního dvora Evropské unie dohlíží na uplatňování práva Unie.“; Dle článku 258 (bývalý článek 226 Smlouvy o ES) Smlouvy o Evropské unii a Smlouvy o fungování Evropské unie: „Má-li Komise za to, že členský stát nesplnil povinnost, která pro něj ze Smluv vyplývá, vydá o tom odůvodněné stanovisko poté, co umožní tomuto státu podat vyjádření. Nevyhoví-li tento stát stanovisku ve lhůtě stanovené Komisí, může Komise předložit věc Soudnímu dvoru Evropské unie.“



**Rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie ve věci C-681/18**

Zásadní je v této souvislosti **rozhodnutí druhého senátu Soudního dvora Evropské unie ze dne 14. října 2020, JH proti KG, ve věci C-681/18**, jejímž předmětem je žádost o rozhodnutí o předběžné otázce ve vztahu k čl. 5 odst. 5 směrnice o agenturním zaměstnávání. Ač Soudní dvůr Evropské unie nespécifikoval, jak je nutné vykládat termín „dočasný“,<sup>79</sup> uzavřel, že článek 5 odst. 5 první věta směrnice o agenturním zaměstnávání „*musí být vykládán v tom smyslu, že nebrání vnitrostátní právní úpravě, která neomezuje počet po sobě jdoucích přidělení téhož zaměstnance agentury práce ke stejnému uživateli, a nepodmiňuje zákonnost využívání agenturního zaměstnávání uvedením důvodů technické povahy nebo důvodů zohledňujících požadavky související s výrobou, organizací nebo nabízkou zaměstnanců, které odůvodňují takové využívání. Toto ustanovení musí být naopak vykládáno v tom smyslu, že brání tomu, aby členský stát nepřijal vůbec žádná opatření, za tím účelem, aby zachoval přechodnou povahu agenturního zaměstnávání, jakož i vnitrostátní právní úpravě, která nestanoví žádná opatření s cílem zamezit po sobě jdoucím přidělováním téhož zaměstnance agentury práce ke stejnému uživateli s cílem obejít ustanovení směrnice 2008/104 jako celku.*“

Závěry tohoto rozhodnutí jsou zásadní, neboť na jedné straně není v rozporu se zkoumaným čl. 5 odst. 5 směrnice, pokud právní řád neomezuje počet po sobě jdoucích přidělení ke stejnému uživateli, ale je zcela nepřipustné a) nepřijmout vůbec žádná opatření, která mají zachovat přechodnou povahu agenturního zaměstnávání a zároveň je zcela nepřipustné b) nepřijmout vůbec žádná opatření (na poli norem po sobě jdoucích přidělování ke shodnému uživateli), která mají zabránit obcházení ustanovení směrnice jako celku.

Zde je namístě konstatovat, že v důsledku paušální výjimky (v případě žádosti zaměstnance) z omezení opakování dočasného přidělení se z tohoto omezení stává neaplikovatelné pravidlo (norma), jehož materiální obsah je možné postavit naroveň stavu, jako by zde vůbec žádné opatření přijato nebylo. Při porovnání současného stavu (existence formálního opatření) a normativního stavu bez žádného opatření je důsledek pro agenturní zaměstnance shodný. Charakter dočasného přidělení tak není od počátku plánovaný jako přechodný, ale déletrvající. Má-li agenturní zaměstnanec zájem práci vůbec získat, podepisuje totiž již předem žádost o opětovné dočasné přidělení.

Způsob, jakým zákonodárce přistoupil k implementaci směrnice o agenturním zaměstnávání, zejména poté čl. 5 odst. 5 a čl. 6 odst. 2 ve vztahu k § 309 odst. 6 ZP, nelze považovat za vyhovující. Alternativních možností řešení přitom lze uvést více. Ustanovení směrnice mohlo být provedeno například stanovením povinnosti (at' již agentury práce či zaměstnance) notifikovat určitý dohledový orgán o podání žádosti, který by následně mohl efektivně zjistit, zda se jedná o skutečné či (vnějším tlakem) podmíněné jednání zaměstnance. Další možností by bylo omezení doby dočasného přidělení po žádosti či možnost tuto žádost opakovat jen v určitém rozsahu.

Změna přístupu v této věci nebude jednoduchá. At' již se bude jednat o uplatnění unijního práva či odmítnutí obcházení zákona, jedná se o „běh na dlouhou trať“. Státní úřad inspekce

<sup>79</sup> FRANZEN, M. Missbräuchliche Arbeitnehmerüberlassung durch aufeinanderfolgende Überlassungen? Besprechung von EuGH, Urt. v. 14. 10. 2020 – C-681/18, NZA 2020, 1463 – JH/KG. *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*. C. H. Beck, 2018, roč. 38, č. 1, s. 24–27. ISSN 0176-3814.

práce a Generální ředitelství Úřadu práce ČR z důvodu důkazní nouze nemůže realizovat kontrolní činnost v plném (žádoucím) rozsahu. V této souvislosti je tedy veškerá aktivita přenesena na samotné zaměstnance, což není nikterak vyhovující stav. Nevymahatelnost obecné doby maximálního dočasného přidělení k uživateli přitom představuje základní problém, neboť tento limit má konstituovat základní rámec agenturního zaměstnávání vyvěrající z myšlenky (cílené a výhradní) dočasnosti agenturního vztahu. Nebude-li nicméně žádná reakce „shora“ stran Evropské komise, „zdola“ stran zaměstnanců, bude řešením až případná legislativní změna ve smyslu *de lege ferenda*.

Stále ale platí, že v případě soudního sporu by měl soud rozhodnout s přihlédnutím ke konkrétnímu skutkovému stavu „a pokud není v konkrétním případě objektivně vysvětleno využívání po sobě jdoucích smluv o přidělení agenturního zaměstnance dotyčným uživatelem, je na vnitrostátním soudu, aby v kontextu vnitrostátní právní úpravy a s přihlédnutím ke okolnostem každého případu zkontroloval, zda došlo k obejití některého z ustanovení směrnice 2008/104, a to tím spíše pokud je stále tenýž pracovník přidělován na základě série dotčených smluv ke určitému uživateli.“<sup>80</sup>

Je nicméně otázkou, zda české vnitrostátní soudy mohou relevantním způsobem na případné porušení reagovat.<sup>81</sup> Stanovisko generální advokátky Eleanor Sharpston v souvislosti se shora uvedeným rozhodnutím předpokládá, že příslušný soud (optikou všeho, co je s přihlédnutím k veškerým pravidlům vnitrostátního práva v jeho pravomoci) „uloží sankci za dotčené zneužití a odstraní následky porušení unijního práva.“ K sankci může přistoupit Státní úřad inspekce práce či Generální ředitelství Úřadu práce ČR, případně jej bude následně přezkoumávat soud správní. Zaměstnanci jde ale též o ochranu poskytovanou civilními soudy, ke kterým se obdobné případy (alespoň prozatím dle informací autora) nedostaly. Formálně totiž není žádných způsobilých nástrojů, kterými by se mohl zaměstnanec bránit (a odstranění následků porušení unijního práva je tedy v tomto individuálním smyslu vyloučeno). Dle § 72 ZP je možné u soudu přezkoumat neplatnost rozvázání pracovního poměru *výpovědí, okamžitým zrušením, zrušením ve zkušební době nebo dohodou*. V případě agenturního zaměstnance ale obvykle dojde k ukončení pracovního poměru na dobu určitou uplynutím doby (či jiným skončením) dočasného přidělení. Na takovéto skončení nicméně nenavazuje žádný možný přezkum nezávislého soudu. Je tedy namístě uvažovat o dalších nástrojích, které by byly vhodným řešením (např. fikce pracovního poměru, viz níže).

Alternativní možností by bylo umožnění přezkumu analogickým postupem k § 39 odst. 5 ZP, příp. dle § 65 odst. 2 ZP.<sup>82</sup>

<sup>80</sup> Rozsudek Soudního dvora EU ze dne 14. 10. 2020, *JH proti KG*, C-681/18, bod 71 (v el. sb. rozh.).

<sup>81</sup> Stanovisko generální advokátky Eleanor Sharpston přednesené dne 23. 4. 2020, *JH proti KG*, věc C-681/18, bod 72: „V případě zneužití opakujících se přidělení ukládají povinnost loajální spolupráce a zásada výkladu v souladu s unijním právem předkládajícímu soudu, aby učinil vše, co je s přihlédnutím k veškerým pravidlům vnitrostátního práva v jeho pravomoci, aby zaručil plnou efektivitu směrnice 2008/104 tím, že uloží sankci za dotčené zneužití a odstraní následky porušení unijního práva.“

<sup>82</sup> Jak bude níže rozebráno, možným řešením by byla žaloba na určení, že ze strany agenturního zaměstnance trvá pracovní poměr k uživateli.

## Délka trvání pracovního poměru v agenturním zaměstnávání

**Doba pracovního poměru** je dalším ukazatelem míry ochrany zaměstnanců v rámci agenturních vztahů. V rámci základního pracovněprávního vztahu (pracovního poměru) v klasickém smyslu (tj. bez prvků agenturního zaměstnávání) je tradičně rozlišováno na pracovní poměr na dobu neurčitou či na dobu určitou. Pracovní poměr na dobu určitou představuje pomyslný „odrazový můstek“ ke stabilnímu a dlouhodobému zaměstnání v rámci pracovního poměru na dobu neurčitou. Obecně lze pracovní poměr na dobu určitou mezi těmiž subjekty sjednat jen třikrát za sebou, každý v rozsahu maximálně 3 let, tzn. v celkovém maximálním rozsahu až na 9 let.<sup>83</sup> Z obecného pravidla nicméně existuje výjimka pro případy agenturního zaměstnávání, v rámci kterého lze uzavírat pracovní poměry na dobu určitou bez jakéhokoli omezení četnosti.<sup>84</sup>

Unijní úprava vychází ze Směrnice Rady 1999/70/ES ze dne 28. června 1999 o rámcové dohodě o pracovních poměrech na dobu určitou uzavřené mezi organizacemi UNICE, CEEP a EKOS (dále jen „směrnice o pracovních poměrech na dobu určitou“ či „směrnice o pracovních poměrech“). Klíčovým je zejména ustanovení 5 (opatření k předcházení zneužití).<sup>85</sup> Dle tohoto ustanovení členské státy měly stanovit (alespoň jeden z následujících nástrojů): a) objektivní důvody ospravedlňující obnovení pracovních smluv a poměrů; b) maximální celkové trvání po sobě jdoucích pracovních smluv a poměrů na dobu určitou; c) počet obnovení těchto smluv a poměrů. V návaznosti na to bylo možné dle úvahy zákonodárce případně stanovit podmínky, za jakých budou pracovní smlouvy nebo poměry na dobu určitou a) považovány za „po sobě jdoucí“; b) považovány za uzavřené na dobu neurčitou.

Ustanovení 5 bod 1 rámcové dohody nicméně „není ustanovením bezpodmínečným a dostatečně přesným, aby se jej jednotlivec mohl dovolávat před vnitrostátním soudem. Vnitrostátní soud tedy není povinen upustit od použití ustanovení vnitrostátního práva, které je v rozporu s ustanovením 5 bodem 1 rámcové dohody.“<sup>86</sup> Na druhé straně „vnitrostátní soudy jsou při použití vnitrostátního práva povinny vykládat jej v co možná největším rozsahu ve světle znění a účelu dotčené směrnice, aby dosáhly jí zamýšleného výsledku, a tudíž souladu s článkem 288 třetím pododstavcem SFEU.“<sup>87</sup>

Dle shora uvedeného Česká republika stanovila maximální celkové trvání po sobě jdoucích pracovních smluv a poměrů na dobu určitou a stanovila režim fikce pracovního poměru

<sup>83</sup> § 39 odst. 2 ZP.

<sup>84</sup> § 39 odst. 6 ZP.

<sup>85</sup> Ustanovení 5 odst. 1 směrnice o pracovních poměrech: „K předcházení zneužití vznikajícímu využitím po sobě jdoucích pracovních smluv nebo poměrů na dobu určitou, pokud žádná právní opatření pro předcházení zneužití neexistují, zavedou členské státy po konzultaci se sociálními partnery, v souladu s vnitrostátními právními předpisy, kolektivními smlouvami nebo zvyklostmi, nebo sociální partneři, způsobem, který přiblíží ke potřebám specifických odvětví nebo kategorií zaměstnanců, jedno nebo více z následujících opatření: a) objektivní důvody ospravedlňující obnovení těchto pracovních smluv a poměrů; b) maximální celkové trvání po sobě jdoucích pracovních smluv a poměrů na dobu určitou; c) počet obnovení těchto smluv a poměrů. Ustanovení 5 odst. 2 směrnice o pracovních poměrech: Členské státy po konzultaci se sociálními partnery nebo sociální partneři případně stanoví podmínky, za jakých jsou pracovní smlouvy nebo poměry na dobu určitou a) považovány za „po sobě jdoucí“; b) považovány za uzavřené na dobu neurčitou.“

<sup>86</sup> Rozsudek Soudního dvora EU ze dne 19. 3. 2020, *Sánchez Ruiz a další*, C-103/18 a C-429/18, body 118–121 (v el. sb. rozh.).

<sup>87</sup> Ibid.

na dobu neurčitou v případě, pokud je porušeno ustanovení § 39 odst. 2 ZP o pracovním poměru na dobu určitou.

Bližší podmínky pro aplikaci fikce pracovního poměru na dobu neurčitou v případě agenturního zaměstnávání nicméně nebyly nijak stanoveny.

Navíc je nezbytné konstatovat, že vztah mezi agenturou práce a agenturním zaměstnancem může být založen i dohodou o pracovní činnosti. Byť takovou dohodu lze uzavřít i na dobu neurčitou, souvisí s tím určitá specifika odlišná od obecné úpravy pracovního poměru.<sup>88</sup>

### 3.1.2 Fikce pracovního poměru na dobu neurčitou v podmínkách české legislativy

V předchozí části bylo z důvodu nezbytnosti relevantního kontextu uvedeno, že fikce pracovního poměru je v zákoníku práce vázána zejména na sjednání doby pracovního poměru (§ 39 odst. 5 ZP), přičemž v této oblasti je dána výjimka pro agenturní zaměstnávání. Limitace pracovního poměru na dobu určitou tak pro agenturní vztahy neplatí, a proto by bylo možné uzavřít, že *prima facie* v této souvislosti nepřichází v úvahu ani fikce pracovního poměru na dobu neurčitou.

Zvláštní podmínky pro fikci pracovního poměru na dobu neurčitou (v dikci § 39 odst. 5 ZP) v agenturním zaměstnávání v zákoníku práce též nejsou stanoveny.

V zákoníku práce ale přichází v úvahu ještě fikce (dle § 65 odst. 2 ZP) v souvislosti s pokračováním v konání práce i po uplynutí sjednané doby (tj. doby určité).

Zde je nezbytné poukázat na skutečnost, že fikce pracovního poměru z tohoto důvodu přichází v úvahu též v podmínkách agenturního zaměstnávání (ustanovení není nijak vyňato pro tyto vztahy), avšak rozhodující bude vědomost zaměstnavatele (v závislosti na které se bude jednat buď o pracovní poměr na dobu neurčitou vzniklý fikcí, či faktický pracovní poměr vzniklý k uživateli).<sup>89</sup> Předpokládat ale lze případně též pracovní poměr k uživateli vzniklý faktickou cestou. Kde ale zůstává problematika nevyřešena je situace, kdy dojde k obejití zákonných ustanovení o době maximálního dočasného přidělení (nebude-li sjednán pracovní poměr na dobu určitou konkrétním termínem či splněním úkolu, ale pouze poukazem na dobu přidělení), a to prostřednictvím výjimky o žádosti zaměstnance. Na tento případ bude následně zaměřena pozornost. Přesto je vhodné nyní shrnout jednotlivé možnosti. Lze tedy zvažovat následující varianty:

- a) **fikce pracovního poměru dle § 65 odst. 2 ZP** mezi agenturou práce a agenturním zaměstnancem:
  - sjednání a uběhnutí doby určité / provedení konkrétních úkolů;
  - pokračování v konání práce agenturním zaměstnancem;
  - vědomost zaměstnavatele (agentury práce) a implicitně též uživatele;

<sup>88</sup> Srov. ust. § 77 odst. 2 ZP.

<sup>89</sup> ZPĚVÁK, op. cit., s. 55.

b) **faktický pracovní poměr** vzniklý mezi agenturním zaměstnancem a uživatelem:

- sjednání a uběhnutí doby určité / provedení konkrétních úkolů;
- pokračování v konání práce agenturním zaměstnancem;
- vědomost uživatele (resp. zástupce uživatele, který nebyl oprávněn sjednat za uživatele pracovní poměr / DPČ, ale mohl přidělovat pokyny a kontrolovat práci, typicky mistr ve výrobě), ale nikoli zaměstnavatele (agentury práce);<sup>90</sup>

c) **pracovní poměr vzniklý faktickou cestou** mezi agenturním zaměstnancem a uživatelem:

- sjednání a uběhnutí doby určité / provedení konkrétních úkolů;
- pokračování v konání práce agenturním zaměstnancem;
- vědomost uživatele (osoby oprávněné sjednat za uživatele pracovní poměr, který mohl být sjednán i konkludentně), ale nikoli zaměstnavatele (agentury práce);

d) **analogie fikce vzniku pracovního poměru na dobu neurčitou** v dikci § 65 odst. 2 ZP mezi agenturním zaměstnancem a uživatelem:

- sjednání, ale dosavadní neuběhnutí doby určité (určeno s odkazem na dobu dočasného přidělení);
- uběhnutí 12 po sobě jdoucích kalendářních měsíců dočasného přidělení;
- žádost agenturního zaměstnance ve smyslu § 309 odst. 6 ZP podepsaná z vůle agentury práce / uživatele;
- zvláštní podmínky (níže rozebrané, zejm. zhodnocení fakticity vztahu k uživateli).

Fikce pracovního poměru ve smyslu § 65 odst. 2 ZP je zřejmá a netřeba ji blíže rozebírat (je zde zřejmá vědomost stran o pokračování ve výkonu práce). Faktický pracovní poměr naopak může vzniknout jen tehdy, pokud zaměstnavatel nemá povědomí o pokračování ve výkonu práce a pracovní poměr vůči němu tedy skončil. Uživatel ale nesmí vůči agenturnímu zaměstnanci právně jednat jménem agentury práce (§ 309 odst. 1 *in fine* ZP), tzn. jeho vědomost nepostačí. Nezávisle na skončení (pracovního poměru mezi agenturou práce a agenturním zaměstnancem) ale dojde k faktickému pracovnímu poměru agenturního zaměstnance vůči uživateli (kde ale pracovní smlouva, uzavřená byť konkludentně, nebude platná, a to obvykle z důvodu absence oprávnění osoby jednající za uživatele).<sup>91</sup> Pokud by totiž osoba jednající za uživatele byla oprávněná ke sjednání pracovního poměru, poté vznikne klasický pracovní poměr / poměr založený DPČ, který pouze nebude zachycen v písemné formě, tak jak požaduje ust. § 20 ZP.<sup>92</sup> Dané ale nemůže být k tíži zaměstnance (a budou zde pouze případné

<sup>90</sup> PICHRT, HEJDUK a kol., op. cit., s. 115.

<sup>91</sup> Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 19. 8. 2014, sp. zn. 21 Cdo 3042/2013: „*Tzv. faktickým pracovním poměrem se rozumí v judikatuře soudů právní vztah, který vzniká tím, že fyzická osoba koná pro zaměstnavatele (s jeho vědomím a podle jeho pokynů) práci (závislou práci ve smyslu ustanovení § 2 odst. 4 a 5 zák. práce), ačkoliv mezi nimi nebyla sjednána platná pracovní smlouva, popřípadě platná dohoda o pracích konaných mimo pracovní poměr. Právní vztah při tzv. faktickém pracovním poměru je vztahem pracovníprávním. Protože nejde o pracovní poměr, nepatří pro něj ustanovení o skončení pracovního poměru, o délce výpovědních dob apod. Fyzické osobě však musí být vydáno bezdůvodné obohacení, které zaměstnavateli vzniklo tím, že přijal od fyzické osoby plnění (vykonanou práci) bez právního důvodu nebo z neplatného právního úkonu; v případě, že je utrpěla škodu, má stejné právo na její náhradu jako zaměstnanec v platném pracovním poměru.*“; Dále nález Ústavního soudu ze dne 8. 3. 2016, sp. zn. IV. ÚS 3073/15.

<sup>92</sup> § 20 ZP: „*Nebylo-li právní jednání učiněno ve formě, kterou vyžaduje tento zákon, a bylo-li již započato s plněním, není možné se neplatností tohoto jednání dovolat u těch jednání, jimiž vzniká nebo se mění základní pracovníprávní vztah.*“



konotace za správní delikt).<sup>93</sup> Ve všech případech ale platí, že práce je nadále agenturním zaměstnancem vykonávána (ve smyslu závislé práce dle § 2 ZP).

Je otázkou, zdali by i v posledním případě (dojde-li k vědomému porušení ustanovení o době maximálního dočasného přidělení) nemělo být možné postupovat dle výše rozebraných variant (tzn. zhodnotit postup jako faktický pracovní poměr / pracovní poměr vzniklý faktickou cestou). Zde je možné přistoupit na dvojí argumentaci. Argumentace č. 1 nám dané umožní výkladem, kdy obcházením zákonného ustanovení (§ 309 odst. 6 ZP) dojde k ukončení pracovního poměru k agentuře práce a současně vznikne pracovní poměr faktický / faktickou cestou. Argumentace č. 2 (co do důsledku) téměř obdobný závěr připustí výkladem, kdy k okamžiku porušení § 309 odst. 6 ZP dojde taktéž k zániku pracovního poměru vůči agentuře práce, avšak fikcí (analogickou k § 65 odst. 2 ZP<sup>94</sup>) bude založen pracovní poměr agenturního zaměstnance vůči uživateli. Variantu, kdy v obou případech by byl zachován původní pracovní poměr (k agentuře práce) a souběžně by vznikl nový (další) pracovní poměr (k uživateli), je třeba v tuto chvíli ponechat stranou, neboť by tento přístup nepřinesl další pozitiva a naopak by mohl situaci komplikovat.<sup>95</sup> V obou případech (dle argumentace č. 1 i 2) by totiž při zachování původního pracovního poměru a současně platného dočasného přidělení došlo (při nově vzniknuvším pracovním poměru k uživateli) k porušení § 307b písm. a) ZP.

Nyní je ovšem nezbytné zvolit preferenci jedné či druhé argumentační větve. Ač by se z čistě praktických důvodů mohlo zdát jednodušší vyjít z argumentace č. 1, která je již v tuzemských podmínkách jasně daná (a judikovaná), je potřebné preferovat argumentaci č. 2, a to z čistě ochranného účelu (vůči agenturnímu zaměstnanci ve zhoršeném postavení). V případě fikce pracovního poměru by se totiž zaměstnanec nemusel obávat, že konkludentní souhlas s pokračováním ve výkonu práce dala osoba neoprávněná (a bude se tak jednat o faktický pracovní poměr, který implicitně nezahrnuje všechna práva a povinnosti tak, jako *de iure* klasický pracovní poměr). V tomto případě by totiž došlo k založení pracovního poměru *de iure* klasického se všemi právy a povinnostmi plynoucími ze zákoníku práce. Navíc by bylo racionální, aby v případném soudním sporu<sup>96</sup> leželo důkazní břemeno v širší míře na uživateli.<sup>97</sup> V tomto by se primárně lišil možný postup dvou výše předestřených alternativních postupů.

<sup>93</sup> Dle zák. č. 251/2005 Sb., o inspekci práce.

<sup>94</sup> V určitých částech i se zohledněním § 39 odst. 2 ZP (např. co do délky faktické činnosti agenturního zaměstnance u uživatele).

<sup>95</sup> Odpovědnost za pohledávky agenturního zaměstnance v německých podmínkách v těchto situacích ale nese jednak agentura práce (zaměstnavatel), jednak i uživatel. I takovouto solidární odpovědnost by bylo možné zvažovat s ohledem na ust. § 2915 zák. č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, dále jen „OZ“. Následně by se agentura práce a uživatel vzájemně vypořádali dle § 2916 OZ.

<sup>96</sup> „Žalobce se musí domáhat určení existence primárního právního vztahu, nikoliv existence nebo neexistence okolností, které jej měly nastolit. Proto je v zásadě třeba žalovat na určení vlastnictví, nikoliv na určení neplatnosti právního jednání, které mělo vlastnictví nastolit (srov. NS 26 Cdo 2978/2019).“ SVOBODA, K. In: SVOBODA, K., SMOLÍK, P. a kol. *Občanský soudní řád*. 3. vyd. Praha: C. H. Beck, 2021, s. 432. ISBN 978-80-7400-828-3. Obdobně zde by bylo potřebné žalovat na určení, že trvá pracovní poměr agenturního zaměstnance k uživateli, a nikoli žalovat na určení neplatnosti právního jednání (prodloužení trvání dočasného přidělení).

<sup>97</sup> Zaměstnanec by tvrdil a prokazoval pracovní poměr vůči agentuře práce a následně by postačovalo naplnit břemeno tvrzení o porušení § 309 odst. 6 ZP (ať již z důvodu překročení bez souhlasu, či z důvodu souhlasu, který byl vynucen agenturou práce).

Pokud by tedy byla dovozena zvláštní fikce v rámci agenturního zaměstnávání, vznikne pracovní poměr mezi agenturním zaměstnancem a uživatelem.

Jak bylo uvedeno shora, německá právní úprava zná pro případ porušení základních ustanovení agenturního zaměstnávání fikci pracovního poměru. Takovouto konstrukci znají i další právní řády. Lze uvést například slovenskou právní úpravu, kde fikce pracovního poměru v rámci agenturního zaměstnávání vychází z § 58 odst. 6 a 7 zák. č. 311/2001 zberky zákonov.<sup>98</sup>

Je nicméně nutné pamatovat na to, že slovenská právní úprava *směšuje úpravu dvou odlišných institutů, a sice dočasného přidělení ve formě tzv. práveho půjčování zaměstnanců a dočasného přidělení, kterým se realizuje tzv. agenturní zaměstnávání.*<sup>99</sup>

### Ke kořenům důvodnosti fikce pracovního poměru v agenturním zaměstnávání

Lze souhlasit s Pichrtem, dle kterého „*již před přijetím směrnice [o agenturním zaměstnávání] byla v tomto ohledu praxe v členských státech různá a rozdílné přístupy přetrvávají dosud.*“<sup>100</sup> Nicméně nelze přehlížet nedostatečné podmínky podporující přechodný charakter agenturního zaměstnávání, které ve svém souhrnu (kumulativně) znamenají nedůvodné upřednostnění flexibility (jakožto zájmu zaměstnavatelů) nad ochranou zaměstnanců co do dočasnosti jejich pracovních agenturních vztahů. Stanovil-li již zákonodárce určité mantinely (maximální dobu dočasného přidělení), měl by také trvat na materiálním naplnění pravidla. Pokud ovšem norma nedostatečně reflektuje vyvážení zájmu flexibility a security, jakožto základního účelu agenturního zaměstnávání, je namíste přistoupit k aplikaci teleologické

<sup>98</sup> Maximální doba dočasného přidělení je 24 měsíců, v rámci kterých lze dočasné přidělení uskutečnit nejvýše čtyřikrát. V případě porušení těchto podmínek je dána fikce pracovního poměru mezi agenturním zaměstnancem a uživatelem. § 58 odst. 6 a 7 zák. č. 311/2001 zberky zákonov: „*Dočasné pridelenie možno dohodnúť najdlhšie na 24 mesiacov. Dočasné pridelenie zamestnanca k tomu istému užívateľskému zamestnávateľovi možno predĺžiť alebo opätovne dohodnúť v rámci 24 mesiacov najviac štyrikrát; to platí aj v prípade dočasného pridelenia zamestnanca iným zamestnávateľom alebo inou agentúrou dočasného zamestnávania k tomu istému užívateľskému zamestnávateľovi. Opätovne dohodnuté dočasné pridelenie je pridelenie, ktorým má byť zamestnanec dočasne pridelený k tomu istému užívateľskému zamestnávateľovi pred uplynutím šiestich mesiacov po skončení predchádzajúceho dočasného pridelenia, a ak ide o dočasné pridelenie z dôvodu uvedeného v § 48 ods. 4 písm. b) alebo c), pred uplynutím štyroch mesiacov po skončení predchádzajúceho dočasného pridelenia. Ustanovenia prvej vety a druhej vety sa nevzťahujú na dočasné pridelenie z dôvodu uvedeného v § 48 ods. 4 písm. a). (7) Ak je zamestnanec dočasne pridelený v rozpore s odsekom 6 prvou vetou alebo druhou vetou, zaniká pracovný pomer medzi zamestnancom a zamestnávateľom alebo agentúrou dočasného zamestnávania a vzniká pracovný pomer na neurčitý čas medzi zamestnancom a užívateľským zamestnávateľom. Užívateľský zamestnávateľ je povinný najneskôr do piatich pracovných dní odo dňa vzniku pracovného pomeru podľa prvej vety vydať zamestnancovi písomné oznámenie o jeho vzniku; pracovné podmienky zamestnanca sa primerane spravujú dobou o dočasnom pridelení alebo pracovnou zmluvou podľa odseku 5.*“

<sup>99</sup> VESELKOVÁ, P. Dočasné přidělení a jeho slabá místa: jak si s ním poradili jinde. *Bulletin advokacie*. 2020, roč. 27, č. 3, s. 42–45.

<sup>100</sup> PICHRT, J. In: BĚLINA, M., DRÁPAL, L. a kol. *Zákoník práce. Komentář*. 3. vyd. Praha: C. H. Beck, 2019, s. 1214. ISBN 978-80-7400-759-0. Lze uvést například Rakousko, kde není dána ani limitace doby dočasného přidělení ani zde neexistuje fikce pracovního poměru v rámci agenturních vztahů.

redukce.<sup>101</sup> Shora bylo uvedeno, že začlenění zaměstnanců do tradičních pracovněprávních vztahů je v českých podmínkách upozaděno, přičemž stává-li se porušení norem (garantujících alespoň základní koncept *dočasnosti*) typickým projevem v rámci agenturních vztahů, je namíste s ohledem na základní zásady (zejména základní zásady *zvláštní zákonné ochrany postavení zaměstnance*) přistoupit k teleologické redukci ust. § 309 odst. 6 ZP.

Ustanovení § 309 odst. 6 věta druhá ZP v části „*Toto omezení neplatí v případech, kdy o to agenturu práce požádá zaměstnanec agentury práce*“ je nezbytné vykládat v tom smyslu, že je potřebné, aby vůle k prodloužení trvání dočasného přidělení vzešla od agenturního zaměstnance a nikoli od agentury práce. V tomto smyslu je tedy nezbytné trvat na tom, aby bylo prokázáno agenturou práce (v případě realizované kontrolní činnosti stran příslušného orgánu), že projev vůle vzešel od samotného zaměstnance ze své svobodné volby a vůle (a nikoli pod nátlakem zaměstnavatele).<sup>102</sup>

Klíčovým bude odůvodnění žádosti agenturního zaměstnance. Dále je možné dané prokázat tehdy, pokud bude podpis na žádosti úředně ověřen tak, aby bylo zjevné, že k podání žádosti nedošlo v okamžiku sjednání pracovněprávního vztahu, ale až v době, kdy tento trval či kdy již měl skončit, a současně, bude-li možné skutečně ověřit, že vůle vzešla od samotného zaměstnance (uchování kontaktních údajů pro zpětné ověření).<sup>103</sup> Tento standard bude zachován, pokud spolu s žádostí agenturního zaměstnance bude notifikován příslušný orgán (např. Státní úřad inspekce práce, který by pro tyto účely mohl vytvořit konkrétní formulář, dle kterého by v reálném čase mohl realizovat kontrolní činnost této agendy).<sup>104</sup> Ustanovení by i přesto nemělo vést k neomezenému cyklení žádostí, a proto se jeví jako přiléhavé, aby bylo možné žádost (korelativně jako pracovní poměr na dobu určitou dle § 39 odst. 2 ZP) opakovaně podat nejvýše dvakrát, a to v rozsahu trvání vždy na jeden rok (dle obecně přípustné doby dočasného přidělení § 309 odst. 6 ZP).

Je tedy nezbytné předmětné ustanovení vykládat v tom smyslu, že nepostačí pouhá žádost agenturního zaměstnance, nicméně v zájmu zachování (a posílení aspektu) *dočasnosti* agenturního zaměstnávání je potřebné, aby žádost dosahovala určitých kvalitativních standardů (například zdůvodnění), případně aby byla doprovázena mechanismy, které zaplní mezery způsobitelné k obcházení smyslu a účelu normy.

<sup>101</sup> „Teleologická redukce se oproti analogii silněji dotýká principu právní jistoty. Směřuje proti obecnému přesvědčení, že „co je psáno, to je dáno“. Proto při zjišťování její přípustnosti v konkrétním případě, při kterém poměrujeme v kolizi stojící právní principy, musí být právní principy hovořící ve prospěch teleologické redukce (zejména princip bezrozpornosti a s ním příbuzný princip rovnosti) dotčeny v takové míře, že převáží nad principem právní jistoty. Jinými slovy porušení těchto principů musí být natolik zřejmé, že již to samo musí oslabovat důvěru v důkci příslušného ustanovení; jakoby si adresát právní úpravy musel pomyslit, že „to snad nemůže být pravda“; z tohoto hlediska je doslovný výklad absurdní. Konkrétně to, podobně jako v případě analogické aplikace prvků začleněných do taxativního výčtu, znamená, že v pochybnosti je třeba se rozhodnout proti přípustnosti teleologické redukce.“ MELZER, F. *Metodologie nalézáni práva. Úvod do právní argumentace*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 253. ISBN 978-80-7400-382-0.

<sup>102</sup> Vůle zaměstnance v pracovním právu je limitována do té míry, kdy jsme ke svobodě vůle zaměstnance podezřívaví, neboť jeho veškeré jednání je orientováno snahou o získání či udržení práce.

<sup>103</sup> Na druhé straně se jedná o pouhou formalitu, která opět může být snadno obejitá a nevyovídá nic o vůli zaměstnance.

<sup>104</sup> Příslušný správní orgán nebude přezkoumávat každou žádost, ale měl by zasáhnout (žádat vysvětlení) v případě zvýšeného počtu žádostí, resp. přesahuje-li doba přidělení rámec dočasnosti agenturního zaměstnávání.

## Dotváření práva jako efektivní nástroj k řešení hodnotových rozporů

Navíc je možné vzhledem k tomu, že *de facto* materiálně nebyla přijata opatření, která mají zachovat přechodnou povahu agenturního zaměstnávání (neboť ustanovení § 309 odst. 6 ZP je v tomto smyslu pouze formální a jeho vymahatelnost není v praktické rovině dána), uvažovat nad analogickou aplikací fikce pracovního poměru ve smyslu § 65 odst. 2 ZP i na agenturní zaměstnávání, avšak v tom smyslu, že ke spuštění tohoto mechanismu by docházelo v případě porušení ustanovení o maximální době dočasného přidělení. Pokud by soud (v rámci sporu o žalobě na určení, že trvá pracovní poměr k uživateli) po úvaze a posouzení konkrétního skutkového stavu došel k závěru, že došlo k obcházení zákona a směrnice o agenturním zaměstnávání, a přitom neexistuje *de iure* vhodné opatření, kterým by bylo možné narovnat dotčené právní vztahy, bylo by namíste stanovit opatření aplikací *analogie legis* a určit, že pracovní poměr k uživateli trvá (dle analogické fikce k § 65 odst. 2 ZP).<sup>105</sup> Tímto opatřením by bylo dovození vzniku pracovního poměru na dobu neurčitou mezi agenturním zaměstnancem a uživatelem. Bude-li totiž agenturní zaměstnanec u uživatele přidělen po takovou dobu, že již bude zjevné obcházení ustanovení o době dočasného přidělení, je namíste dovodit fikci pracovního poměru (neboť materiálně se vztah mezi uživatelem a agenturním zaměstnancem již tomuto vztahu bude blížit více nežli vztahu v rámci *dočasného* přidělení).

V obou případech (stran teleologické redukce i stran analogie) stojí v kolizi jednotlivé vůdčí principy, které je nutné poměřovat. Na jedné straně jsou to princip právní jistoty, dělby moci a autonomie vůle. Na straně druhé je to princip hodnotové bezrozpornosti právního řádu a právo na uspokojivé pracovní podmínky.

Bezsporu bude shora uvedeným dotvářením práva zasažena právní jistota v textaci zákona („co je psáno, to je dáno“), současně i princip dělby moci (právo zde dotváří soud a nikoli primárně nadaný zákonodárce) a v určité míře i autonomie vůle. V případě žádosti v rozsahu nižším, v případě fikce pracovního poměru v rozsahu vyšším. Celková konstelace dotčených principů je tedy poměrně zásadní.

Zde je ale namíste upřednostnit princip hodnotové bezrozpornosti právního řádu, neboť zákonodárce v případě *žádosti* předpokládal, že ustanovení § 309 odst. 6 věta druhá ve zkoumané části ZP bude vykládáno ve prospěch agenturního zaměstnance (dle jeho vůle), nicméně výsledkem je zakrytá teleologická mezerka v zákoně, kdy je „*jazykově nesporný význam příslušného ustanovení širší, než vyžaduje teleologické požadí*“,<sup>106</sup> a ustanovení neslouží zájmům (a vůli) zaměstnance, ale zaměstnavatele. Je proto namíste přistoupit k teleologické redukci, která spočívá v odepření aplikace daného ustanovení na případy, na které sice dopadá jeho dikce, nikoli však smysl a účel.<sup>107</sup> Mezní (nicméně pro teleologickou redukci stále přípustný) případ představuje prohlášení určité právní úpravy z teleologických důvodů za obsoletní, čímž by byla

<sup>105</sup> „*Správné řešení i v tomto případě vyplývá z poměrování dotčených v kolizi stojících právních principů. Meze dotváření práva je pak dosaženo tehdy, převažují-li principy, které v konkrétním případě vylučují toto dotváření. Pak je prostor pro doslovný výklad ve spojení s argumentem a contrario, a nikoli pro analogii, resp. pro doslovný výklad, a nikoli teleologickou redukci.*“ MELZER, op. cit., s. 234.

<sup>106</sup> Ibid., s. 231.

<sup>107</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 13. 12. 2007, sp. zn. I. ÚS 318/06.

vyloučena její aplikace vůbec.<sup>108</sup> V tomto smyslu ač by bylo možné ustanovení v dotčené části z teleologických důvodů považovat za obsoletní, je namíste přistoupit k šetrnější (a méně radikální) možnosti, kdy sice bude umožněna žádost stran zaměstnance, nicméně k jejím účinkům bude vyžadován určitý vyšší standard (naplňující smysl a účel ustanovení).

Hodnotou, která by měla vyvažovat shora uvedené dotčení principů, může být lidská důstojnost. Má-li být zachována bezrozpornost právního řádu, který lidskou důstojnost klade na přední místa lidských práv (čl. 1 a čl. 10 odst. 1 Listiny základních práv a svobod), je potřebné klást si otázku, zda je namíste dovodit konkrétní projev této hodnoty v posuzovaném případě. Lidská důstojnost v otázkách práce je obvykle skloňována v případě zákazu otroctví a nucených prací (čl. 4 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv). Nicméně s postupným organickým vývojem a změnou společenského uspořádání je nezbytné se ptát, zdali pracovní právo představuje pouze odnož práva smluvního, a z toho důvodu má být podřízené výhradně zásadám soukromoprávním, či zda je na práci nezbytné nahlížet širší optikou (nikoli jako na pouhé „zboží“), neboť zaměstnanci mají důstojnost (a navazující práva), a proto mají být vztahy primárně regulovány prozařováním práva z oblasti lidských práv.<sup>109</sup>

Vykořisťování lze ve stručnosti definovat jako využívání zranitelnosti osoby, která je v závislém postavení o určité intenzitě, přičemž v novodobém pojetí se pod tímto pojmem nemusí skrývat otroctví, jak je někdy tento termín chápán, neboť se pod tímto může ukrývat i porušování práv zaměstnanců (v oblasti minimální mzdy), například v situaci migrujících pracovníků, kteří nedisponují nezbytnými doklady a hrozí jim deportace ze země.<sup>110</sup> Moderní chápání zákazu vykořisťování může představovat důležitou zásadu při posuzování dotčení důstojnosti zaměstnanců, dochází-li k zneužívání postavení zaměstnavatelů.<sup>111</sup>

Je tedy namíste subsumovat pod zákaz vykořisťování zjevné obcházení zákona spočívající v cíleném narušení smyslu a účelu ustanovení § 309 odst. 6 ZP a směrnice o agenturním zaměstnávání? Byť nezbytně nutně ještě takové jednání nemusí dosahovat intenzity trestněprávní,<sup>112</sup> je nezbytné na otázku odpovědět kladně. V této oblasti totiž postupnou změnou společenského uspořádání dochází i v zahraniční odborné veřejnosti ke skloňování pojmů *vykořisťování* v souvislosti s agenturním zaměstnáváním.<sup>113,114</sup> Je tedy namíste, při splnění

<sup>108</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 13. 12. 2007, sp. zn. I. ÚS 318/06.

<sup>109</sup> MANTOUVALOU, V. Labour Law and Human Rights. *New Zealand Journal of Employment Relations*. 2016, roč. 41, č. 2, s. 3–20. ISSN 1179-2965.

<sup>110</sup> Ibid.

<sup>111</sup> Ibid.

<sup>112</sup> K trestněprávní definici a aspektům s tím souvisejícím srov. Nejvyšší státní zastupitelství, Národní centrála proti organizovanému zločinu: Společné stanovisko k výkladu pojmů souvisejících s pracovním vykořisťováním.

<sup>113</sup> BALL, M., HAMPTON, C., KAMERÅDE, D., RICHARDSON, H. *Agency workers and zero hours: the story of hidden exploitation*. Research repor, Derbyshire Unemployed Workers Centres. Manchester: The University of Salford, 2017, 38 s.

<sup>114</sup> SHEIKH, A. Political Economy of Agency Employment: Flexibility or Exploitation? *World Review of Political Economy*. 2017, roč. 8, č. 2 (Summer), s. 162–189. ISSN 2042-891X. DOI: <https://doi.org/10.13169/worldreviewpoliecon.8.2.0162>



kumulace prvků,<sup>115</sup> které citelně a negativně ovlivňují jednak naplňování základních cílů agenturního zaměstnávání a jednak se v důsledku toho přímo mohou dotýkat základních práv agenturních zaměstnanců, nazývat skutkový stav správnými termíny. Poté je možné bez ostychu dojít k neuspokojivému závěru, kdy současná společnost zcela přehlíží moderní vykořisťování agenturních zaměstnanců pod zástěrkou nezbytnosti vyšší flexibility.

Shora uvedená tvrzení navíc může podpořit skutečnost, že délka dočasného přidělení představuje zcela zásadní prvek a čím více se „přechodná“ doba prodlužuje, o to více nekomfortní situaci představuje pro samotné agenturní zaměstnance, avšak nelze hovořit jen o nepohodlí, neboť délka doby dočasného přidělení má přímý vliv i na blahobyt (finanční aspekt) a další osobnostní rozvoj (sociální aspekt) agenturních zaměstnanců.<sup>116</sup>

Závěry zpochybňující řádnou implementaci směrnice o agenturním zaměstnávání nejsou stran autora ojedinělou námitkou, neboť i další autoři již v základní rovině na tuto problematiku upozorňují, když například Randlová uvádí, že „zákonodárce sice přijal určitá opatření za účelem naplnění dočasného charakteru agenturního zaměstnávání, [...] [n]icméně dané omezení lze relativně snadno obejít na základě dalšího přidělení iniciovaného na žádost zaměstnance, [...] takový postup nezajišťuje směrnici sledovanou pružnost na trhu práce a nepřispívá k vytváření pracovních míst, a proto současná česká právní úprava neobsahuje dostatečné záruky pro zajištění přechodného charakteru agenturního zaměstnávání.“<sup>117</sup>

Poté je namístě zkoumat, zda uvedené agenturní zaměstnávání (za splnění kumulativních podmínek) určitým způsobem (v širším nadhledu) nezasahuje do čl. 3 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv (zákaz mučení, nelidského a ponižujícího zacházení), zejména poté do zákazu ponižujícího zacházení, a to ve spojení s čl. 4 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv (zákaz otroctví a nucené práce).<sup>118</sup> Výklad v úmluvě obsažených pojmů je totiž

<sup>115</sup> Jednotlivé prvky představují mimo jiné: a) využití závislosti postavení a potřeby práce stran agenturního zaměstnance k automatickému podání žádosti k prodloužení trvání doby dočasného přidělení, a tedy k obcházení zákona; b) nejisté postavení na trhu práce (možnost skončení pracovněprávního vztahu „ze dne na den“); c) nemožnost přezkumu skončení pracovněprávního vztahu.

<sup>116</sup> Tyto závěry vychází z empirického výzkumu ze vzorku 3 300 portugalských agenturních zaměstnanců, kdy došlo k rozdělení do skupin dle doby dočasného přidělení (1–6 měsíců, 7–12 měsíců a 13–24 měsíců). Bylo zjištěno, že delší doba dočasného přidělení nezajišťuje přístup k lepší pracovní pozici a trvalému pracovnímu vztahu agenturních zaměstnanců, naopak tyto jsou (více než zaměstnanci s kratší dobou dočasného přidělení) zakonzervováni v nižších sociálních vrstvách (a mnohdy v chudobě), přičemž přímým důsledkem bylo nižší pracovní zapojení, nižší motivace, nižší spokojenost se životem, naopak vyšší četnost vyhození. Byť je limitem pro přenositelnost závěrů skutečnost, že analýza byla uskutečněna v Portugalsku, nelze tyto závěry zcela přehlížet, a je proto namístě se i s nimi vypořádat. Srov. CHAMBEL, M. J., SOBRAL, F. When temporary agency work is not so temporary. *Economic and Industrial Democracy*. 2019, roč. 40, č. 2, s. 238–256. ISSN 0143-831X. DOI: <https://doi.org/10.1177/0143831X18805931>

<sup>117</sup> RANDLOVÁ, op. cit., s. 502–504.

<sup>118</sup> Nelze tímto rozumět absolutní srovnání s vykořisťováním, které je spojeno s obchodováním s lidmi, neboť dané má dalekosáhlejší důsledky. V tomto srov. rozsudek ESLP ze 7. 1. 2010, *RANTSEV proti Kypru a Rusku*, č. 25965/04; „Soud se domnívá, že obchodování s lidmi je s ohledem na samotnou svoji povahu a cíl vykořisťovat založeno na výkonu oprávnění spojených s vlastnickým právem. Zachází s lidskými bytostmi jako se zbožím určeným k nákupu a prodeji a k výkonu nucených prací, často za nízký nebo žádný plat, obvykle v sexuálním průmyslu, ale také jinde [...]. Zabruje bedlivé sledování činnosti obětí, jejichž pohyb je často omezen [...]. Obsahuje použití násilí a pobuřáček vůči obětem, které žijí a pracují ve špatných podmínkách ...“. Viz KMEC, J. In: KMEC, J. a kol. *Evropská úmluva o lidských právech. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 459. ISBN 978-80-7400-365-3.

evolutivní.<sup>119</sup> Ponižujícím zacházením je takové „zacházení, které vyvolává u oběti pocity strachu, úzkosti a méněcennosti, které jsou schopny ji ponížít a pokořit a případně překonat její fyzický nebo duševní odpor; [...] [Irsko proti Spojenému království, rozsudek pléna, 18. 1. 1978, č. 5310/71, § 167]. [...] Rovněž postčuje, aby oběť byla ponížena ve svých očích, i když ostatní to tak nevnímají, rovněž nevidí, že k ponížení nedošlo na veřejnosti [Tyrer proti Spojenému království, rozsudek, 25. 4. 1978, č. 5856/72, § 32].“<sup>120</sup> Aspekt důstojnosti každého jedince v této souvislosti tedy musí představovat základní východisko.<sup>121</sup> Každý pracovník (zaměstnanec) je přitom stran své důstojnosti chráněn nejen vnitrostátním, ale též i unijním právem.<sup>122</sup> Lidská důstojnost je nejen základním kamenem dalších práv, ale též interpretačním vodítkem a současně *standardem důstojné existence*, který na druhé straně představuje určitý „*lidskoprávní ‚trumf‘, jako nejsilnější možný argument, proto by též neměl být nadužíván.*“<sup>123</sup> Přesto je v této souvislosti nezbytné při splnění kumulativních aspektů zvažovat i tyto pracovních-lidskoprávní konotace a v případě dosahu určité intenzity (jíž bylo dle autora dosaženo) je povinností odborné i laické veřejnosti odmítnout nesprávný (byť dlouhodobě aplikovaný) přístup ke zkoumané otázce agenturního zaměstnávání.

Touto optikou je následně nutné vyvažovat jednotlivé principy, kdy v závěru musí převážit zájem na zachování hodnotové bezrozpornosti právního řádu. Každé ustanovení soukromého práva lze totiž dle § 2 odst. 1 zák. č. 89/2012 Sb., občanský zákoník (dále jen „OZ“) vykládat jen „*ve shodě s Listinou základních práv a svobod a ústavním pořádkem vůbec, se zásadami, na nichž spočívá tento zákon, jakož i s trvalým zřetelem k hodnotám, které se tím chrání.*“

<sup>119</sup> KRATOCHVÍL, J. In: KMEC, op. cit., s. 406: *Co bude považováno za mučení se také vyvíjí v čase. Ve věci Selmouni Soud upozornil, že vzhledem k tomu, že Úmluva je, živým nástrojem, který musí být vykládán ve světle dnešních podmínek, tak určité činy, které dříve nebyly klasifikovány jako mučení, ale jako nelidské a ponižující zacházení, jim mohou být v budoucnu: [...] [Soud] je toho názoru, že zvyšující se vysoký standard vyžadovaný v oblasti ochrany lidských práv a základních svobod v důsledku nutně vyžaduje větší přísnost při hodnocení porušení základních hodnot demokratických společností“*; Srov. rozsudek velkého senátu ESLP, 28. 7. 1999, č. 25803/94.

<sup>120</sup> Ibid., s. 408.

<sup>121</sup> WAGNEROVÁ, E a kol. *Listina základních práv a svobod: Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2012, s. 16–17. ISBN 978-80-7357-750-6. „*Rozhodovat o míře takové solidarity je především věcí zákonodárce, nicméně i jeho míra uvážení musí podléhat určitým minimálním limitům. Civilizačně ‚nepodkročitelný‘ průh musí tvořit otázky spojené s lidskou důstojností. Při posuzování sociálních otázek je třeba vždy zvažovat, zda nedošlo zákonou úpravou, její interpretací anebo i její absencí k zásahu do lidské důstojnosti. Tak právo na lidskou důstojnost, původně koncipované v jeho obranné funkci, může dostat skrze svou objektivně-právní dimenzi i podobu subjektivního práva na plnění. Hranice, kterou vytváří, je ‚nepodkročitelnou‘ mezí při úvahách zákonodárce, a tak by měla být ona hranice hodnocena i v případech, kdy je k zásahu povolán ústavní soud. V případech, kdy Listina výslovně garantuje určitá sociální práva (byť i jen v podobě sociálních garancí), je povinností zákonodárce zformulovat jejich obsah a rozsah tak, aby nevykročil z mezí daných podstatou ústavní garance, přičemž minimální hranice práv (podstata a smysl) je opět jistiána lidskou důstojností, jejíž zajištění je účelem práv.*“

<sup>122</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 10. 8. 2017, sp. zn. I. ÚS 615/17, bod 70: „*S ohledem na čl. 51 Listiny základních práv Evropské unie a jeho ustálený výklad, použitelnost unijního práva s sebou nese použitelnost základních práv zaručených Listinou základních práv Evropské unie (viz rozsudek Soudního dvora ze dne 26. 2. 2013 ve věci C-617/10 Fransson, ECLI:EU:C:2013:105, bod 21), jinými slovy, pokud se použije unijní právo, použije se i Listina základních práv Evropské unie [if EU law applies, Charter applies, srov. náleží sp. zn. II. ÚS 443/16 ze dne 25. 10. 2016 (N 200/83 SbNU 209), bod 30]. Aplikovatelnost čl. 45 SFEU tedy vede i k aplikovatelnosti čl. 31 Listiny základních práv Evropské unie, podle kterého má každý pracovník právo na takové pracovní podmínky, které respektují jeho zdraví, osobní bezpečnost a důstojnost. I kdyby se tedy na stěžovatele neaplikovala ochrana plynoucí z pracovních-právních předpisů a z čl. 28 Listiny, mohl by být chráněn ustanoveními práva Evropské unie, včetně čl. 31 Listiny základních práv Evropské unie.*“

<sup>123</sup> BARTOŇ, M. In: HUSSEINI, F. a kol. *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2021, s. 79–85. ISBN 978-80-7400-812-2.

*Rozejde-li se výklad jednotlivého ustanovení pouze podle jeho slov s tímto příkazem, musí mu ustoupit.*“ Byť je zásadně relevantní obecný význam slov, je zde nutné klást důraz na objektivně teleologický výklad.<sup>124</sup> Nelze-li případ rozhodnout na základě výslovného ustanovení, je nezbytné přistoupit k dotváření práva ve smyslu § 10 odst. 1 a 2 OZ.

Obdobnou úvahu lze provést též před aplikací *analogie legis*, jejímž důsledkem má být dovození fikce pracovního poměru na dobu neurčitou mezi agenturním zaměstnancem a uživatelem. Zde je nicméně zapotřebí pro aplikaci fikce (po komplexním zhodnocení skutkového stavu) dojít k závěru, že došlo k flagrantnímu porušení předmětných ustanovení. K tomu bude možné dojít tehdy, pokud vztah mezi agenturním zaměstnancem a uživatelem vykazuje znaky spíše pracovního poměru nežli znaky dočasného přidělení. Jde-li o dobu dočasného přidělení, za takovouto je nezbytné považovat dobu více než 3 let (tzn. dobu, která rozsahově více než dvojnásobně překračuje obecně přípustnou dobu dočasného přidělení). Kratší dobu v tomto smyslu lze stále považovat za „dočasnou“ či „přechodnou“ ve smyslu čl. 1 odst. 1 směrnice o agenturním zaměstnávání.<sup>125</sup>

Je potřebné uvést, že dovození fikce pracovního poměru se neobejde bez určitých komplikací, které mohou zakládat nevyjasněné výkladové otázky,<sup>126</sup> nicméně i přesto se jedná o žádoucí prostředek, kterým lze kompenzovat narušení „rovnováhy“ v rámci agenturních vztahů.

### Test proporcionality

K závěru o legitimním dotváření práva lze dospět tehdy, pokud bude s kladným výsledkem aplikován **test proporcionality**. Je totiž nezbytné posuzovat „*účel (cíl) takového zásahu ve vztahu k použitým prostředkům, přičemž měřítkem pro toto posouzení je zásada proporcionality (přiměřenosti v širším smyslu), jež může být také nazývána základem nadměrnosti zásahů do práv a svobod.*“<sup>127</sup>

Prvním kritériem tohoto testu je **vhodnost** (či též jinak způsobilost dosáhnout kýženého cíle). Stanoví-li se jako primární východisko „dočasnost“ či „přechodnost“ agenturního zaměstnávání u jednoho uživatele, na které má navazovat dlouhodobější pracovněprávní vztah zaměstnanců, je možné konstatovat, že stanovením *ex lege* (či výkladovým dovozením) fikce pracovního poměru dojde k dosažení tohoto cíle, neboť pokud bude tento základní předpoklad (dočasnosti) narušen, automaticky dojde k překlopení „dočasného“ pracovněprávního vztahu v pracovněprávní vztah dlouhodobý. Vedle toho je zde dán pro širokou veřejnost nikoli sankční, ale motivační prvek v rámci generální prevence.

<sup>124</sup> MELZER, TÉGL, op. cit., s. 71–75.

<sup>125</sup> V opačném případě totiž již ve shora uvedeném rozhodnutí mohl druhý senát Soudního dvora Evropské unie v rámci rozsudku ze dne 14. 11. 2020, ve věci C-681/18, konstatovat, že nepřerušená doba dočasného přidělení v délce trvání dvou let a devíti měsíců nejde proti výkladu směrnice stran termínu „přechodný“, nicméně lze očekávat budoucí cízelaci (a výklad) termínu, přičemž prozatím byl členským státům poskytnut v tomto směru prostor pro vlastní regulaci. FRANZEN, op. cit., s. 24–27.

<sup>126</sup> Bylo by například ke zvážení, zda vyloučit aplikaci trestněprávních norem na uživatele, kterému (bez jeho vůle) vznikne pracovní poměr s (bývalým agenturním) zaměstnancem, zejména poté ust. § 241 zák. č. 40/2009 Sb., trestní zákoník (skutková podstata „*Neodvedení daně, pojistného na sociální zabezpečení a podobné povinné platby*“). Na druhé straně je skutečností, že stran subjektivní stránky se zde vyžaduje úmysl, resp. jedná se o úmyslné opomenutí, tzn. nepostačí nedbalost (která by mohla nejčastěji nastat v přechodném období nastoupení fikce pracovního poměru). K trestněprávním aspektům srov. ŠÁMAL, P. In: ŠÁMAL, P. a kol. *Trestní zákoník*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 2451. ISBN 978-80-7400-428-5.

<sup>127</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 13. 8. 2002, sp. zn. Pl. ÚS 3/02.

**Potřebnost** (jako druhé kritérium) má přezkoumat, zda nelze dosáhnout cíle alternativním způsobem (mírněji či šetrněji). Zde je namíste uvést důsledky možného porušení doby dočasného přidělení. Mírnějším prostředkem je sankce za správní delikt.<sup>128</sup> Dále je to možnost rozhodnutí o odejmutí licence stran Generálního ředitelství úřadu práce (byť zde ale patrně nepůjde o prostředek šetrnější, jako spíše o prostředek *ultima ratio*, který též nemusí být dostatečně efektivní a motivující).<sup>129</sup> Pokud empirická data ukazují, že za posledních 8 let došlo k rozhodnutí o odejmutí licence jen šestkrát, je namíste se tázat, zda není jiných vhodných nástrojů, jak dosáhnout požadovaného cíle. Dojdeme-li k závěru, že je zde dána potřeba a nelze-li dosáhnout požadovaného cíle alternativně (prostřednictvím pokut či rozhodnutí o odejmutí povolení), je též nasnadě položit otázku, jakou formu by fikce pracovního poměru měla mít? Zda by se mělo jednat o fikci pracovního poměru na dobu určitou či neurčitou. Pausální odpověď nelze dát, nicméně fikce pracovního poměru na dobu neurčitou by mohla zajistit důslednější dodržování předmětných pravidel s ohledem na prvek generální prevence. Na druhé straně v této podobě může být fikce velmi přísným a tvrdým nástrojem. Mělo by tedy dojít ke zkoumání konkrétního skutkového stavu, ze kterého by mělo vyplynout, zda mezi stranami existovala dohoda o nejzazším termínu skončení dočasného přidělení či zda strany uměle udržovaly dočasné přidělení v dlouhodobé rovině. Jde tedy o posouzení fakticity vztahu, který by měl být právem aprobován (nehledě na možné simulování právního jednání v podobě „dočasnosti“ přidělení). Dle získaných poznatků by mělo dojít ke zhodnocení situace a ke zvážení jednak toho kterého přístupu a jednak z toho plynoucích důsledků. V této rovině by někdy bylo možné dosáhnout výsledku i mírnější variantou fikce pracovního poměru.

**Přiměřenost** jako poslední kritérium (či poměrování hodnot ve vzájemné kolizi) zde bude patrně představovat klíčový aspekt, na němž nemusí být širší společenská shoda, nicméně k této odpovědi je možné dojít až po odborné a věcné diskusi. V tuto chvíli je nezbytné vyjít ze shora uvedených hodnot a principů. Na straně prvé princip právní jistoty, dělby moci a autonomie vůle.<sup>130</sup> Na straně druhé princip hodnotové bezrozpornosti právního řádu (projevující se v ochraně lidské důstojnosti v oblasti pracovněprávní, zejména v dílčí oblasti

<sup>128</sup> V úvahu připadá správní delikt dle § 140 odst. 1 písm. b) zák. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti, dle kterého platí: „zprostředkuje zaměstnání bez povolení nebo jiným způsobem poruší při zprostředkování zaměstnání tento zákon nebo dobré mravy.“ V tomto smyslu nicméně zákon o zaměstnanosti nijak nedefinuje a neupravuje obdobné povinnosti jako zákoník práce v ust. § 309 ZP, přičemž normu obsahující porušení dobrých mravů při zprostředkování zaměstnávání lze zařadit k právním normám s relativně neurčitou (abstraktní) hypotézou (srov. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 15. 11. 2005, sp. zn. 32 Odo 1022/2004), kdy by příslušné orgány sice mohly tohoto korektivu využít, nicméně by musely jasně a přezkoumatelně odůvodnit své rozhodnutí (což ostatně bude nezbytné i v případě dovození fikce pracovního poměru), přesto doposud tak nečiní a nejedná se o nástroj efektivní. I přes shora uvedené by bylo možné o této variantě diskutovat v rámci postupů *de lege lata*. Dále je možné uvažovat o aplikaci ust. § 33a odst. 1 písm. c) ve spojení s odst. 2 zák. č. 251/2005 Sb., o inspekci práce, dle kterého lze uložit pokutu ve výši až 1 000 000 Kč, nesplní-li právnická nebo podnikající fyzická osoba některou povinnost podle § 309 nebo 309a zákoníku práce.

<sup>129</sup> Ust. § 63 odst. 3 zák. č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti.

<sup>130</sup> V tomto smyslu i v německé právní úpravě dochází k zásahu do autonomie vůle uživatele, který byt' v dobré víře je postaven před fikci pracovního poměru s agenturním zaměstnancem (byť primární pochybení může vzniknout jen na straně zaměstnavatele, který zamlčí ztrátu či následné pozbytí nezbytné licence). Srov. MENGEL, A. In: THÜSING, G. *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz: AÜG*. 4. vyd. Mnichov: C. H. Beck, 2018, s. 403. ISBN 978-3-406-69611-4.

(*de facto* moderního) vykořisťování) a právo na uspokojivé pracovní podmínky. Pokud při úvahách nad shora uvedeným sice dáme volný průchod autonomii vůle a principu právní jistoty („co je psáno, to je dáno“), avšak současně přímo zasáhneme do důstojnosti jednotlivců (v aspektu moderního vykořisťování, které spočívá ve využití zranitelnosti osob o určité intenzitě), nelze tento zásah legitimně ospravedlnit. Pokud i přesto formálním výkladem zákona (v určitých případech) zakládáme neospravedlnitelné dotčení základních lidských práv, způsobujeme tímto hodnotovou rozpornost právního řádu my sami (jako společnost), což nelze *pro futuro* akceptovat. Odkláníme se totiž od základních idejí, na nichž spočívá tuzemský právní řád, jako je „neporušitelnost přirozených práv člověka, [...] obecně sdílené hodnoty lidství.“<sup>131</sup>

Lze proto uzavřít, že pro shora uvedené výkladové postupy i případné legislativní korekce *de lege ferenda* je právní řád připravený na připuštění fikce pracovního poměru v agenturních vztazích (dle analogické fikce k § 65 odst. 2 ZP). Byť by mnozí mohli takovéto teleologické či evolutivní<sup>132</sup> dotváření práva odmítnout, je potřebné s ním v budoucím odborném diskursu kalkulovat a případně se s ním vypořádat.

Zde je možné odkázat na nález Ústavního soudu ze dne 31. 8. 2016, sp. zn. III. ÚS 2703/15: „Ústavní soud ve své konstantní judikatuře již mnohokrát prokázal, že netoleruje orgánům veřejné moci a především obecným soudům v řešení sporných případů příliš formalistický postup; zdůraznil přitom mj., že obecný soud není absolutně vázán doslovným zněním zákona, vybrže se od něj smí a musí odchýlit, pokud to vyžaduje účel zákona, historie jeho vzniku, systematická souvislost nebo některý z principů, jež mají svůj základ v ústavně konformním právním řádu jako významovém celku a že povinnost soudů nalézat právo neznamená pouze vyhledávat přímé a výslovné pokyny v zákonném textu, ale též povinnost zjišťovat a formulovat, co je konkrétním právem i tam, kde jde o interpretaci abstraktních norem a ústavních zásad.“

Byť se zevrubné analýzy agenturního zaměstnávání<sup>133</sup> s institutem fikce pracovního poměru v agenturních vztazích nijak nevypořádávají, lze najít i v rámci odborné veřejnosti „první vlašťovky“, které podporují dovození fikce pracovního poměru.<sup>134</sup>

<sup>131</sup> Preambule Listiny základních práv a svobod, usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky.

<sup>132</sup> Lze zde odkázat na evolutivní výklad (známý zejména z práva mezinárodního), za který je možné považovat „interpretační metodu stojící na principu morálního čtení Evropské úmluvy o lidských právech [...] jako formu interpretační etiky, stojící na upřednostňování čtení hodnotícím morální hlediska práv Úmluvou chráněných a sémantickou autonomií užitých pojmů od úmyslů, praktik a dohod smluvních států“, nicméně obecně lze shrnout jako upřednostňování teleologického výkladu před formalistickým textualismem. MALANÍK, M. Koncepce evolutivního výkladu – metodologické ukotvení interpretační techniky. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2016, č. 2, s. 242–243. ISSN 1805-2789. DOI: <https://doi.org/10.5817/CPVP2016-2-9>. Dostupné z: <https://journals.muni.cz/cpvp/article/view/5436>

<sup>133</sup> Srov. TREXIMA, op. cit.; Dále srov. *Výzkumný ústav bezpečnosti práce* [online]. op. cit.

<sup>134</sup> Srov. závěry Samka a Horeckého: „Inspiraci v německé úpravě lze hledat v souvislostech s postihy, resp. důsledky situace, kdy zaměstnavatel nesplní některé ze zákonných povinností. [...] Pokud zaměstnavatel nemá od příslušného úřadu povolení k přenechávání zaměstnanců, blbě se na vztah mezi uživatelem a přenechaným zaměstnancem jako na standardní pracovní poměr mezi uživatelem a vyslaným zaměstnancem.“ SAMEK, V., HORECKÝ, J. Agenturní zaměstnávání ve vybraných zemích Evropské unie. *ČMKOS* [online]. Praha: ČMKOS v rámci nakladatelství Sondy, s. r. o., 2015, s. 20–21. ISBN 978-80-86846-59-0. Dostupné z: <https://ipodpora.odborny.info/soubory/dms/ukony/14752/6/brozura-agenturni-zamestnavani.pdf>



Je nezbytné se touto cestou v budoucí době vydat, aby byl naplněn základní standard vnitřní koherence tuzemského právního řádu.

### 3.1.3 Informační povinnosti vůči agenturnímu zaměstnanci

Informační povinnost vůči agenturnímu zaměstnanci představuje již doplňkovou či pomocnou funkci pro postupné zařazení zaměstnance na pracovní trh. Vedle shora uvedených klíčových prvků (doba dočasného přidělení, doba pracovního poměru či obecně pracovního vztahu) nicméně nelze tyto podpůrné prostředky přehlížet.

Kupříkladu informační povinnost uživatele informovat o volných pracovních místech (§ 279 odst. 3 ZP<sup>135</sup>) totiž představuje nástroj, který přímo podporuje budoucí pracovní právní (a kariérní) postupy agenturního zaměstnance.<sup>136</sup> Bylo by možné uvažovat též o nabídkové povinnosti uživatele.<sup>137</sup>

Podpůrně lze znovu odkázat na německou právní úpravu a je možné doporučit *de lege ferenda* zakotvit povinnost agentur práce předat všem agenturním zaměstnancům informační leták, který by vydával příslušný správní orgán a který by obsahoval základní souhrn práv a povinností agenturních zaměstnanců.

### 3.2 Dílčí shrnutí komparativní analýzy

Konkrétní rozbor vnitrostátní právní úpravy přiblížil úskalí a mezery, které je nezbytné zakrýt, a to buď postupem analogie zákona či teleologické redukce. Mnohdy ale ani tyto postupy dotváření práva nebudou způsobilé dosáhnout zcela ideálního výsledku, a proto až legislativní postup zákonodárce bude moci vyjasnit či upřesnit jednotlivá práva a povinnosti dotčených subjektů. Dané ovšem neznamená, že by se nenabízelo žádné řešení *de lege lata*. Naopak byly předestřeny jednotlivé možnosti postupu.

Z komparativní analýzy lze shrnout, že vhodný inspirativní rámec představuje koncept fikce pracovního poměru na dobu neurčitou (dle analogické aplikace § 65 odst. 2 ZP), který by i v českém právním řádu jistě našel zcela odůvodněné své místo, a to zejména za situace flagrantního porušení smyslu a účelu ustanovení zákoníku práce o agenturním zaměstnávání (zejména době dočasného přidělení o více než dvojnásobek obecně přípustné doby) a směrnice o agenturním zaměstnávání (nebyla-li vůle stran dočasné přidělení zcela nijak časově limitovat).

Žádost zaměstnance o prodloužení lze podat, avšak po aplikaci teleologické mezery nelze na ustanovení § 309 odst. 6 věta druhá ZP v části „*Toto omezení neplatí v případech, kdy o to agenturu práce požádá zaměstnanec agentury práce*“ nahlížet jako na ustanovení bezbřehé, nicméně

<sup>135</sup> Ust. § 279 odst. 3 ZP: „Uživatel (§ 307a) je rovněž povinen informovat dočasně přidělené zaměstnance agentury práce o nabídce volných pracovních míst.“

<sup>136</sup> Informační povinnost je zajištěna veřejnoprávní sankcí (pokutu až do výše 200 000 Kč) dle § 23 zák. č. 251/2005 Sb., o inspekci práce.

<sup>137</sup> Jednalo by se o alternativu k již zrušené nabídkové povinnosti dříve stanovené u výpovědi pracovního poměru dle § 46 odst. 2 zák. č. 65/1965 Sb.

je nezbytné požadovat určitý vyšší kvalitativní standard žádosti (pro ověření skutečné vůle zaměstnance) spolu s obsahovým korektivem (maximálního dvojitého opakování žádosti v rozsahu vždy jednoho roku).

Jako vhodné vodítko pro další legislativní postupy budou moci časem sloužit i výsledky hodnocení AÜG.. Německý zákonodárce již takovouto „zpětnou vazbu“ zavedl, když při novele AÜG v roce 2017 stanovil, že použití (aplikace) zákona bude zhodnoceno v roce 2020.<sup>138</sup> Výsledky hodnocení ale prozatím nejsou k dispozici.<sup>139</sup>

## 4 Analýza dat

Prostřednictvím zák. č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím došlo ke sběru dat, která byla následně spolu s daty získanými z ročních souhrnných zpráv o výsledcích kontrolních akcí provedených inspekcí (Státním úřadem inspekce práce) za roky 2016–2020 analyzována a níže je nabídnut základní přehled.

Dotazovaným subjektem byl Úřad práce – generální ředitelství, a to stran počtu rozhodnutí o odejmutí povolení ke zprostředkování zaměstnání dle § 63 odst. 3 zák. č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti (dále též jen „odejmutí licence“).

K polovině roku 2019 bylo 3 706 platných povolení týkajících se zprostředkování zaměstnání, přičemž povolení ke zprostředkování zaměstnání ve smyslu formy b) dle § 14 odst. 1 zák. č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti, mělo 2 116 ekonomických subjektů. Fyzické osoby představovaly 7 % těchto subjektů a 92 % agentur práce byly právnické osoby.<sup>140</sup> K říjnu 2021 je celkem 2 120 agentur, kdy 1 100 agentur je s povolením pro formu b), tj. pro zaměstnávání osob, a 1 818 agentur s povolením pro formu a) a c), tj. pro vyhledání zaměstnání a zaměstnanců a pro poradenskou a informační činnost.<sup>141</sup>

Níže uvedený souhrn naznačuje, že za posledních osm let (v kalendářních letech 2014–2021) došlo k rozhodnutí o odejmutí licence v padesáti šesti případech, kdy nejčastějším případem (v četnosti 18 odejmutí povolení) je porušení § 309 odst. 2 písm. f) ZP, tzn. absence informace o pracovních a mzdových nebo platových podmínkách srovnatelného zaměstnance uživatele v písemném pokynu agentury práce. Obdobná informace absentující v dohodě o dočasném přidělení byla důvodem pro odejmutí oprávnění v sedmi případech [§ 308

<sup>138</sup> Systematické hodnocení zákonů vychází z § 44 Společného jednacího řádu federálních ministerstev (*Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien*), ze kterého vyplývá, že v rámci důvodové zprávy k návrhu zákona musí odpovědné ministerstvo určit, zda a po jaké době je nutné ověřit, zdali bylo dosaženo zamýšlených účinků. Výsledky hodnocení ve vztahu k AÜG prozatím nebyly zveřejněny. Žádný specifický kontrolní orgán zatím nebyl stanoven a kontrolu provádí tedy vždy příslušná federální ministerstva (srov. DEUTSCHER BUNDESTAG. *Sachstand Zur praktischen Umsetzung und Evaluierung von Gesetzen*, WD 3-3000-298/19).

<sup>139</sup> Federální ministerstvo práce a sociálních věcí (*Bundesministerium für Arbeit und Soziales*) zadalo zpracování analýzy (hodnocení) AÜG. Zpracování realizuje Institut für Angewandte Wirtschaftsforschung (IAW). Doposud nicméně nebyly výsledky zveřejněny. Bližší informace dostupné z: <https://www.iaw.edu/arbeitsmaerkte-und-soziale-sicherung-laufend/evaluation-des-arbeitnehmerueberlassungsgesetzes-aeueg.html>

<sup>140</sup> TŘEXIMA, op. cit.

<sup>141</sup> Dle seznamu agentur práce, který vede Úřad práce ČR. Dostupné z: <https://www.uradprace.cz/web/cz/agentury-prace>

odst. 1 písm. f) ZP]. Shodný počet případů vedl k odejmutí oprávnění v případě nezajištění srovnatelných podmínek [§ 309 odst. 5 ZP]. Následuje šest případů odejmutí oprávnění v případě porušení ustanovení o dočasnosti přidělení agenturního zaměstnance [§ 309 odst. 6 ZP]. O stejném počtu případů bylo rozhodnuto za situace absence druhu práce, kterou měl dočasně přidělený zaměstnanec vykonávat, včetně požadavků na odbornou, popřípadě zdravotní způsobilost nezbytnou pro tento druh práce, v rámci dohody o dočasném přidělení. Z jiných důvodů bylo oprávnění odejmuto jen ve třech a méně případech.

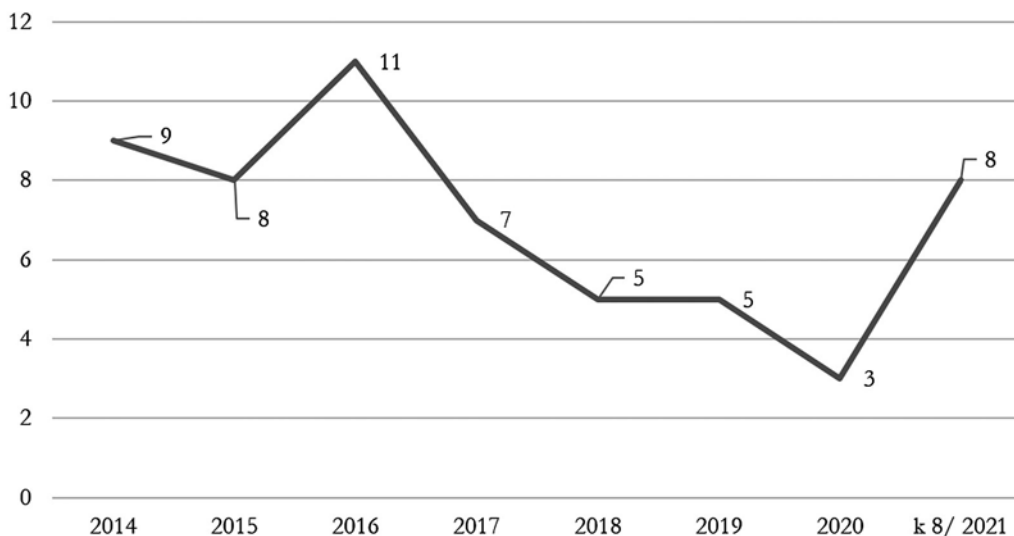
*Důvody k odejmutí licence dle § 63 odst. 3 zákona č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti*

Důvody odejmutí (ZP)	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	k 8/2021	Celkem
§ 307b písm. a) ZP	0	0	0	0	0	0	0	0	0
§ 307b písm. b) ZP	0	0	0	0	0	0	0	0	0
§ 308 odst. 1 písm. c) ZP	0	0	0	0	0	0	0	0	0
§ 308 odst. 2 ZP	0	0	0	0	0	0	0	0	0
§ 309 odst. 2 písm. c) ZP	0	0	0	0	0	0	0	0	0
§ 309 odst. 2 písm. d) ZP	0	0	0	0	0	0	0	0	0
§ 309 odst. 3 ZP	0	0	0	0	0	0	0	0	0
§ 308 odst. 1 písm. a) ZP	1	0	0	0	0	0	0	0	1
§ 308 odst. 1 písm. d) ZP	1	0	0	0	0	0	0	0	1
§ 308 odst. 1 písm. e) ZP	1	0	0	0	0	0	0	0	1
§ 308 odst. 1 písm. g) ZP	1	0	0	0	0	0	0	0	1
§ 308 odst. 1 písm. h) ZP	1	0	0	0	0	0	0	0	1
§ 309 odst. 2 písm. a) ZP	0	0	0	0	2	0	0	0	2
§ 309 odst. 2 písm. e) ZP	0	0	0	0	0	0	2	0	2
§ 309 odst. 2 písm. b) ZP	0	0	0	0	0	2	1	0	3
§ 308 odst. 1 písm. b) ZP	0	2	2	2	0	0	0	0	6
§ 309 odst. 6 ZP	0	0	0	4	0	2	0	0	6
§ 308 odst. 1 písm. f) ZP	0	2	5	0	0	0	0	0	7
§ 309 odst. 5 ZP	4	1	1	0	0	0	0	1	7
§ 309 odst. 2 písm. f) ZP	0	3	3	1	3	1	0	7	18
<b>Celkem</b>	<b>9</b>	<b>8</b>	<b>11</b>	<b>7</b>	<b>5</b>	<b>5</b>	<b>3</b>	<b>8</b>	<b>56</b>

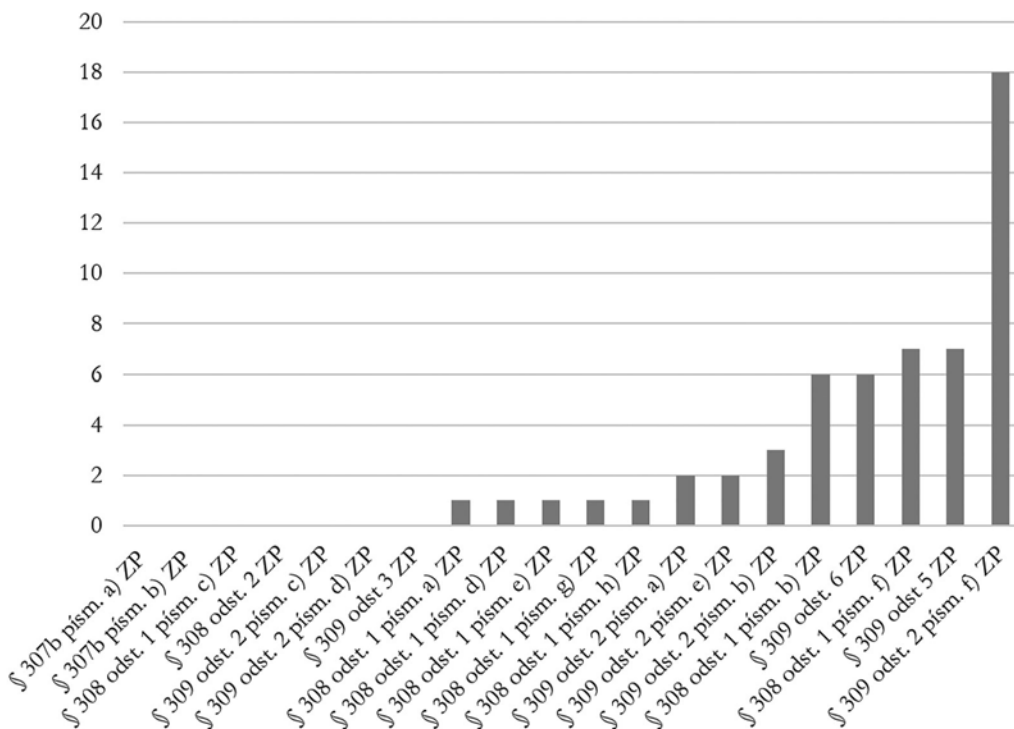
Zdroj: Úřad práce – generální ředitelství v rámci odpovědi na žádost autora článku o poskytnutí informace ve smyslu zák. č. 106/1999 Sb.

Je otázkou do diskuse, zda počet padesát šest rozhodnutí o odejmutí licence za osm let je adekvátní. V průměru tedy ročně dochází k takovému rozhodnutí v sedmi případech. Stran zkoumaného požadavku dočasnosti se jedná v případě rozhodnutí o odejmutí z důvodu porušení § 309 odst. 6 ZP jen o 10 % z celkového počtu rozhodnutí o odejmutí oprávnění. Navíc u porušení tohoto ustanovení jde patrně o tak marginální počty zjištěných a prokázaných případů, že tyto nejsou ani jednou uvedeny v ročních souhrnných zprávách inspekce práce o výsledcích kontrolních akcí.

*Celkový počet odejmutí licence*



*Celkový počet odejmutí licence za roky 2014 – 8/2021 ve vztahu k jednotlivým ustanovením ZP*



ČPVP | 1 | 2022 | XXX

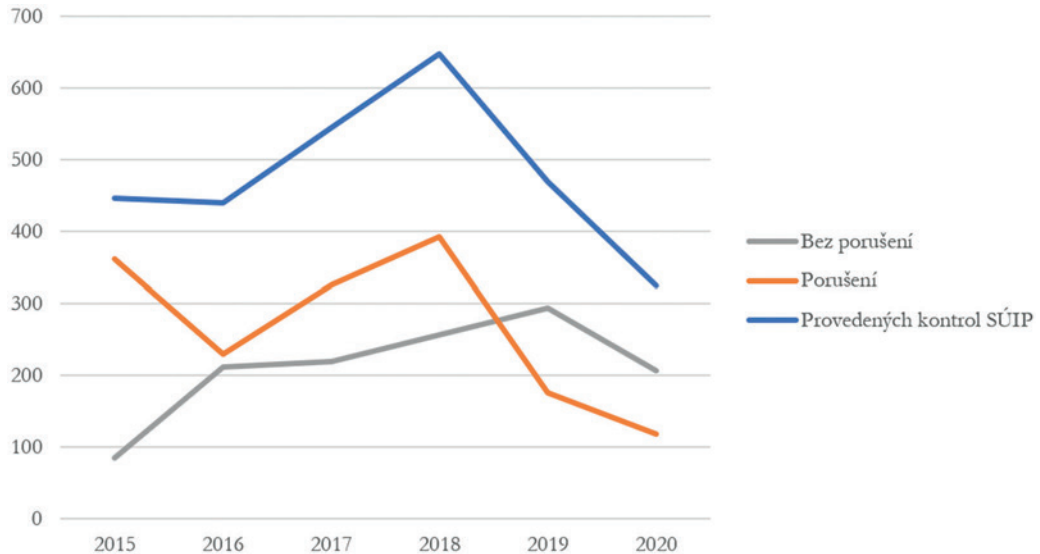
ČLÁNKY / ARTICLES

Státní úřad inspekce práce (dále jen „SÚIP“) provádí pravidelné kontroly na poli agenturního zaměstnávání. Na druhé straně nelze na data posledních let nahlížet izolovaně. Jak vyplývá z následujícího grafického znázornění, je jednoznačné, že klesající počet pochybení v této

oblasti koreluje s počtem realizovaných kontrol. Lze proto usuzovat, že v případě, bylo-li by realizováno více kontrol, bylo by též zjištěno více porušení.

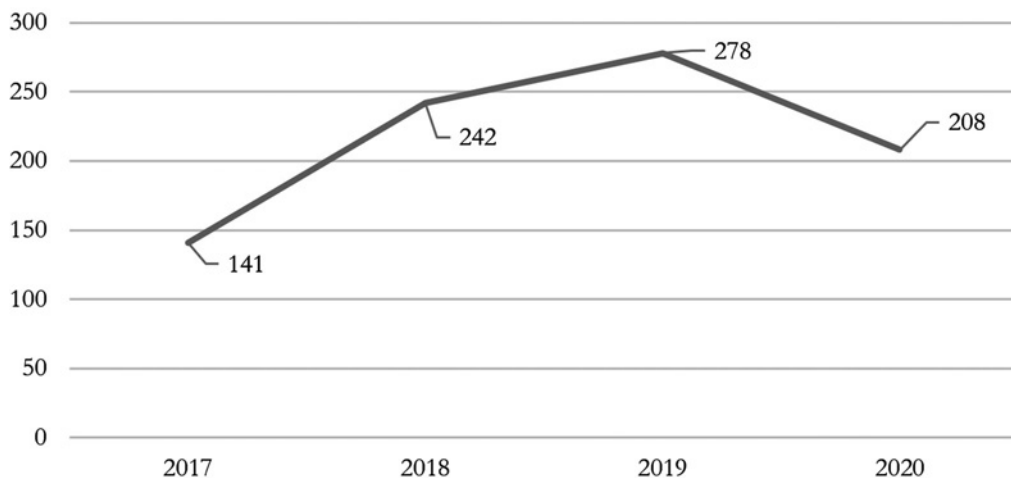
*Přehled celkového počtu kontrol v oblasti agenturního zaměstnávání*

ČLÁNKY / ARTICLES



Výzvou následujících let bude nejen vypořádání se s tradičním porušováním pravidel agenturního zaměstnávání, ale zcela zásadní bude též problematika zastřehého agenturního zaměstnávání. Je tedy otázkou, zda navrhované koncepty a přísnější mechanismy nemohou vést k nárůstu zastřehého agenturního zaměstnávání. Je zjevné, že v posledních letech dochází k vzestupnému trendu zastírání agenturního zaměstnávání (s výjimkou posledního roku, patrně z důvodu pandemické situace). Je proto nezbytné nastavit mechanismy tak, aby k podobným excesům docházelo do budoucna v méně případech.

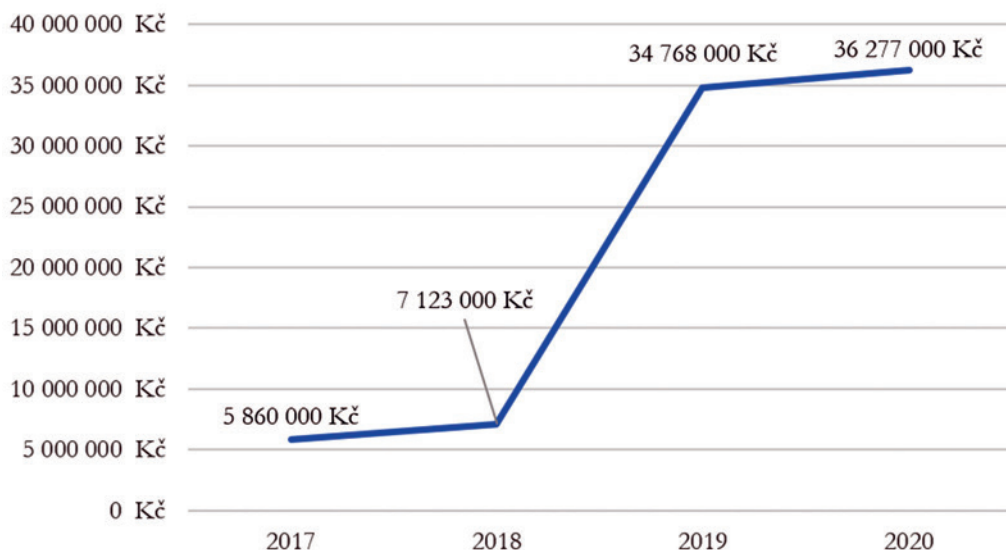
*Počet zjištěných případů zastřehého agenturního zaměstnávání*





Výše uložených pokut stále rok od roku roste (i přes klesající výkyv počtu zjištěných porušení v posledním roce). Bude proto namísto (v případě trvajících vzestupného trendu zastřeného agenturního zaměstnávání) diskutovat nad otázkou, zda sankce v podobě (byť citelných) pokut představuje dostatečný nástroj k eliminaci zastřeného agenturního zaměstnávání či zda zvažovat i pro případy zastřeného agenturního zaměstnávání další (odrazující) mechanismy, například již zmiňovanou fikci pracovního poměru.

*Výše pokut za prokázané zastřené agenturní zaměstnávání*



Výše uvedená analýza dat tedy může posloužit jednak jako reflexe pro posouzení naplňování účelu a smyslu agenturního zaměstnávání a reflexe pro vymáhání dodržování stanovených norem, nicméně současně má posloužit jako podpůrný argument k analýze právní.

## Závěr

Agenturní zaměstnávání je ze své podstaty aktuálním tématem několika posledních dekad. Úprava agenturního zaměstnávání bude v českém právním řádu brzy již více než dvacet let, což je z legislativního hlediska nikoli až tak dlouhá doba. Na druhé straně, i přes mnohé možnosti cíelace právní úpravy v této oblasti představuje zákoník práce charakterově spíše minimální úpravu oblasti agenturního zaměstnávání. Z této skutečnosti (a jistě stručnosti) úpravy vyvěrá určitá mezerovitost zákona, jež může v konečném důsledku zakládat nedůvodné rozdíly v přístupu k agenturním zaměstnancům, může narušovat základní cíle směrnice o agenturním zaměstnávání a v neposlední řadě tedy může zakládat vnitřní rozpornost právního řádu.

Zájem na vyváženém naplňování jednotlivých cílů agenturního zaměstnávání nemůže být absolutně bezbřehý za situace, kdy standard naplňování cílů (flexibility na straně jedné a security na straně druhé) je formálně zachován, avšak z materiálního hlediska

úprava disproporčně bonifikuje agentury práce a uživatele nad agenturními zaměstnanci. Upřednostnění jedné nebo druhé varianty či absolutní vyvážení jednotlivých zájmů agenturního zaměstnávání je věcí spíše politickou než právní, na druhé straně nelze akceptovat tak enormní odchýlení se výkladu norem od účelu a smyslu, který mu měl být objektivně dán. Nerovnost a závislost postavení je typická pracovněprávním vztahům. Přesto nelze akceptovat, aby nad tyto prvky bylo ještě navíc využíváno zranitelnosti konkrétní pracující osoby (specifické vykořisťování v moderní společnosti). Agenturní zaměstnávání svou povahou zakládá vyšší riziko, že právě zranitelné osoby budou „zaměstnaneckou klientelou“ pro agentury práce, neboť jsou to právě migrující pracovníci, osoby se zdravotním handicapem či dlouhodobí a „několikaletí“ agenturní zaměstnanci, kteří zranitelnou skupinu v tomto smyslu představují.

Namísto osobního rozvoje, stability pracovního poměru, a tím i dlouhodobé tvorby ekonomických hodnot pro společnost raději preferujeme výklad norem agenturního zaměstnávání, který upřednostňuje flexibilitu nad securitou. Pod závojem formální správnosti (a tedy jednoduchosti) výkladu práva přehlízíme zájmy agenturních zaměstnanců, které jsou navíc ještě upozaděny korporátní lobby v této oblasti (zájmové organizace jistě mají své místo a jejich posláním je předkládat návrhy a tvořit diskusi k posilování práv jejich členů či společností, jejichž zájmy jsou hájeny [dříve např. Mezinárodní konfederace soukromých agentur práce označovaná jako „Ciett“, příp. na evropské úrovni jako „Eurociett“, nově označovaná jako World Employment Confederation, na tuzemské úrovni např. Asociace poskytovatelů personálních služeb či Asociace Pracovních Agentur, byť i tyto již mnohdy přijímají interní dokumenty ve smyslu etických kodexů či standardů, a nelze je tedy vnímat jen v negativním světle], přesto by ve společnosti měl být slyšen i hlas zástupců agenturních zaměstnanců, což není tak obvyklé). Zájmy agenturních zaměstnanců jsou tedy převážně upozaděvány. Tento přístup nicméně má své hranice a je nezbytné proti němu zakročít, pokud narušení vyvážení jednotlivých zájmů je tak citelné, že již nelze hovořit o vyvážení jako spíše o jednoznačné bonifikaci. Nikdy nelze dosáhnout absolutní rovnováhy a (jednoznačná) bonifikace (byť agentur práce) může mít své místo. Nelze ji ale hájit za situace, kdy tato nevyváženost zasahuje do samotné podstaty lidského bytí (do základních práv jednotlivců), a sice do lidské důstojnosti. V případě takto cílené bonifikace by měla předem proběhnout společenská (odborná) diskuse odpovídající na otázku, zdali je skutečně tento přístup chtěný a ospravedlnitelný. K tomuto prozatím v českých legislativních poměrech nedošlo a zákonodárce ani nedává bližší vodítka k úpravě přijaté v rámci novelizace. Je tedy namíste přistoupit k výkladu předmětných norem a není-li tento nástroj dostatečný, poté je s ohledem na smysl a účel ustanovení, ochranu základních lidských práv a s ohledem na zájem na hodnotově bezrozpornosti právního řádu nezbytné přistoupit k dotváření práva.

Inspirací nám v mnohém může být výše uvedená německá právní úprava, kde zejména nástroj fikce pracovního poměru v agenturních vztazích může být pro české pracovní právo v této oblasti (vítanou) novinkou. Konkrétně by se jednalo o analogickou fikci k § 65 odst. 2 ZP v případě překročení maximální doby dočasného přidělení (případně doby, o kterou by bylo možné dočasné přidělení prodloužit dle žádosti zaměstnance).

V závěru lze připomenout další základní aspekt agenturního zaměstnávání spočívající v rovnosti podmínek agenturních a kmenových zaměstnanců, kdy tento požadavek chrání obě strany tak, aby agenturní zaměstnanci nebyli nedůvodně znevýhodňováni (například nižší mzdou), avšak zároveň, aby přijetí agenturních zaměstnanců k uživateli nevedlo k výpovědím daným kmenovým zaměstnancům (jakožto dražší pracovní síle). Normativní podmínky agenturního zaměstnávání tedy nejenže vyvažují zájmy subjektů v agenturních vztazích, ale přímo chrání též třetí osoby (kmenové zaměstnance u uživatele). Na tento aspekt nelze zapomenout, a je tedy nutné na problematiku agenturního zaměstnávání nahlížet vždy v komplexním pojetí.