

## Zastřené agenturní zaměstnávání – návrat Jediho?

Doc. JUDr. Martin Štefko, Ph.D., Praha\*

### I. Úvodem

Dne 1. října letošního roku nabyl částečné účinnosti zatím poslední zákon<sup>1</sup> snažící se zvrátit situaci na trhu práce a narovnat pokřivené vztahy, kterým jsme do té doby odborně říkali nelegální zaměstnávání. Poslaneckým návrhem<sup>2</sup> k vládnímu návrhu se opět naplnila touha všech novodobých střeoevropských kodifikátorů – hlavně definovat klíčové pojmy. K definici závislé práce, agenturního zaměstnávání a nelegální práce se přidala definice zastřené agenturního zaměstnávání. Příznačné je, že se definice zastřené agenturního zaměstnávání doplnila nikoliv jako písm. ch), jak by bylo obvyklé a zřejmě i předepsané v legislativních pravidlech vlády, ale jako v pořadí druhé (a tedy nadbytečné) písm. „g“ do § 5 zákona o zaměstnanosti, který již jedno písm. „g“ obsahuje.<sup>3</sup>

Samotné vymezení zastřené agenturního zaměstnávání ovšem není tak zbytečné, jak by se snad mohlo na první pohled jevit. Novelizace zákona byla v podstatě již od srpna 2017 doprovázena zvýšeným počtem kontrol realizovaných oblastními inspektoráty práce, kdy s novým pojmem se objevila též zvýšená snaha přehodnotit dosavadní kontrolní praxi a najít více případů nelegální práce či zastřené agenturního zaměstnávání. Protože výše pokut se pohybuje v řádu statisíců korun a kontrolované subjekty využívají právo na právní zastoupení, opětovně se tak v právních bitvách vedených o kontrolní zjištění přezkušují podstatné znaky závislé/nelegální práce.

Cílem tohoto příspěvku je po vstupním exposé, kdo je zaměstnanec, poukázat na mezinárodní standardy v této oblasti. Následně bude možno demonstrovat dosavadní aplikační problémy a závěrem bude provedena vstupní analýza, jaký je skutečný přínos definice zastřené agenturního zaměstnávání a úprava přestupku zastřené agenturního zaměstnávání v boji proti nelegální práci.

### II. Kdo je zaměstnanec

**Zákoník práce** v ustanovení, od něhož se nelze odchylnit, definičně konstatuje, že zaměstnancem je fyzická osoba, která se zavázala k výkonu závislé práce v základním pracovněprávním vztahu. Na citovaný § 6 ZPr navazují další dvě definice – vymezení závislé práce (§ 2 odst. 1 ZPr) a vypočtení základních pracovněprávních vztahů (§ 3 ZPr). Nejvyšší správní soud ve svém rozhodnutí test prostřednictvím naplnění znaků dle § 2 odst. 1 ZPr shrnul jako test osobní či hospodářské závislosti zaměstnance na zaměstnavateli.<sup>4</sup>

Kontrolní praxe Státního úřadu inspekce práce („SUIP“) by dle jemu dostupných metodických podkladů měla vycházet z doporučení, že jsou-li splněny znaky dle § 2 odst. 1 ZPr a podmínky dle § 2 odst. 2 ZPr, jedná se o výkon závislé práce.<sup>5</sup> Tento poněkud „sebevražedný“ přístup má oporu v již citovaném rozsudku NSS sp. zn. 6 Ads 46/2013:

*„Proto musí správní orgány při postihování nelegální práce [§ 5 písm. e) bodu 1 ZamZ] obviněnému prokázat naplnění všech těchto znaků – zaměstnanec osobně a soustavně vykonává práci jménem zaměstnavatele a podle jeho pokynů, přičemž se vůči zaměstnavateli nachází v podřízeném vztahu...“*

Navíc lze podotknout, že správní soudy dovozují též další znaky závislé práce, zejména soustavnost jejího výkonu.<sup>6</sup>

Česká judikatura i aplikační praxe se tak pozvolna odchylují od prvorepublikové praxe,<sup>7</sup> která více preferovala francouzskou koncepci právní, a nikoliv hospodářské závislosti. Prvorepublikový soud konstatoval:

*„Pokud pak stížnost shledává podstatný pojmový znak služebního poměru také v hospodářské podřízenosti zaměstnance v organismu podniku zaměstnavatelova a zdůrazňuje tak jeho hospodářskou závislost na zaměstnavateli, jest na omylu, ježto hospodářská závislost zaměstnancova není podstatnou pojmovou náležitostí služebního poměru.“*

My se tak vracíme k poznatkům německé doktríny.<sup>8</sup> V našem případě se však jedná nikoliv o tradiční, ale novátorské pojetí, jež lze ovšem najít i v jiných zemích.<sup>9</sup> Posuzovatel prostřednictvím tohoto testu totiž již nehledá pouze právní závislost, ale závislost ekonomickou. Závislost ekonomická však nemusí být nutně spojena s pracovněprávním statutem, což vede zastánce konzervativního přístupu k oprávněné kritice nepřesnosti tohoto testu.<sup>10</sup> Vždyť ekonomicky nerovné jsou strany u téměř každého smluvního typu v soukromém právu. Ekonomicky závislou osobou proto může být též malý živnostník či středně velká společnost.<sup>11</sup>

### III. Mezinárodní standardy a náš přístup k nim

Převažující koncept, z něhož vychází jak Mezinárodní organizace práce („MOP“), tak Soudní dvůr EU,<sup>12</sup> je vymezení závislé práce (pracovního poměru) jako práce konané zaměstnanci v hierarchické podřízenosti zaměstnavateli. V různých zemích s rozdílnou právní tradicí se shodně objevuje tato koncepce obsahující v podstatě tři dílčí znaky: 1. právo udělovat pracovní úkoly a závazné pokyny zaměstnancům, včetně práva přidělit plnění pracovních úkolů jinému zaměstnanci; 2. právo kontrolovat výkon práce a dodržování udělených pokynů a 3. právo postihnout zaměstnancem nesprávné či nedbalostní plnění těchto pokynů nebo nedodržování udělených pokynů.<sup>13</sup>

Nejvýznamnějším počinem MOP v oblasti vymezení závislé práce bylo přijetí Doporučení MOP č. 198 o pracovním poměru („Doporučení“).<sup>14</sup> Doporučením sledovala MOP naplnění programu Agenda respektovaná práce (*Decent Work Agenda*);<sup>15</sup> k jeho přijetí došlo v souladu s Deklarací o základních principech a právech v práci z r. 1998 (*Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*). Druhá část Doporučení nazvaná Určení existence pracovního poměru (*Determination of the Existence of an Employment Relationship*) se týká, jak již název napovídá, podmínek určování existence pracovního poměru. Existence pracovního poměru je dle bodu 8 Doporučení primárně otázka faktická vztahující se ke způsobu výkonu práce a odměňování zaměstnance, a to bez ohledu na to, jak je daný vztah pojmenován či ujednáním upraven smluvními stranami. Za účelem ulehčení zjištění existence pracovního poměru by měli členové zvážit možnost

- a) využití širokého rejstříku prostředků k určení existence pracovního poměru;
- b) zakotvení právní domněnky existence pracovního poměru, pokud existují jeden či více relevantních znaků tohoto vztahu;
- c) určení, po konzultaci s nejrepresentativnějšími sociálními partnery, že pracující o určité charakteristice, obecně nebo specificky pro určité odvětví, musí být považováni buď za zaměstnance, či osoby samostatně výdělečně činné.

Členové by dle bodu 12 Doporučení měli zvážit, zda jasně nedefinovat předpoklady použitelné pro určení nadřízenosti či závislosti. V bodu 13 Doporučení je nabídnut demonstrativní výčet kritérií, nasvědčujících tomu, že se v daném případě jedná o pracovní poměr.

Vláda ČR svým usnesením<sup>16</sup> vzala Doporučení na vědomí a následně je předložila Parlamentu ČR. Poslanecká sněmovna je projednala a vzala na vědomí,<sup>17</sup> následně je projednal i Senát.<sup>18</sup> V obou případech se tak stalo bez jakékoliv věcné diskuse, v podstatě za nezájmu ze strany politických stran. Vláda prohlásila, že cíl je naplněn § 1, 2 a 3 ZPr. Ustanovení § 2 ZPr obsahuje definici závislé práce, § 3 ZPr pak stanoví, že závislá práce

může být vykonávána výlučně v pracovněprávním vztahu podle **zákoníku práce**, není-li upravena zvláštními právními předpisy.

#### **IV. Problémy kontrolní praxe**

Státy, které přistoupily k legislativnímu definování závislé práce či častěji zaměstnance, pracovního poměru či ekonomicky závislé samostatné výdělečné činnosti, byly vždy záhy konfrontovány s nedostatečností a omezeností lidského poznání a jeho legislativního vyjádření. I v našem případě se opět potvrzuje, že složité právní konstrukce s mnoha znaky obtížně nacházejí své uplatnění v praxi.

Zde je málo finančně ohodnocený inspektor z oblastního inspektorátu práce (nejčastěji se středoškolským vzděláním) nucen aplikovat požadavek komplexního posouzení existence znaků závislé práce u konkrétního zaměstnavatele. V rámci první fáze správního dohledu, tzv. fáze kontrolního zjišťování, kontrolní orgán zjišťuje skutkový stav (to, co je), porovnává jej se stavem žádoucím, předepsaným apod. (s tím, co má být) a zjišťuje negativní odchylky, tedy nedostatky. První fáze nachází svůj písemný závěr v protokolu o kontrole, aktu dokumentační a informační povahy.

Kontrolní zjišťování obvykle neprovádí tým expertů a k dispozici zde není široká paleta právních nástrojů. Inspektor si musí vystačit s pohovorem se zaměstnancem bez přítomnosti zaměstnavatele či nadřízeného zaměstnance dle § 7 odst. 1 písm. d) zákona o inspekci práce.<sup>19</sup> Svojí povahou se nejedná o výslech ve smyslu **§ 55 SpŘ**, ke kterému však může dojít v rámci navazujícího správního řízení o přestupku. V předmětné fázi kontroly se jedná o méně formalizovaný úkon, o kterém by však měl být učiněn záznam, aby mohl dále sloužit jako podklad pro kontrolní zjištění. Případně přichází v úvahu aplikace **§ 137 SpŘ** – tedy podání vysvětlení, ačkoliv takové vysvětlení nemůže sloužit jako důkazní prostředek pro vydání rozhodnutí, resp. by se následně muselo transformovat prostřednictvím aplikace svědecké výpovědi.

Dále je zde upravena ediční povinnost, ta je však omezena na dokumenty vztahující se ke kontrole.<sup>20</sup> Inspektor navíc disponuje s předmětem zjišťovacího řízení a může tak kontrolované období následně protáhnout dále do minulosti.

K pohovoru s osobami vyskytujícími se na kontrolovaném pracovišti obvykle z důvodu časové vytíženosti inspektora dojde pouze jednou. Pokud se tyto osoby přestanou na kontrolovaném pracovišti vyskytovat, inspektor neprovádí dožádání.

Inspektor může po kontrolovaném subjektu požadovat předložení více dokladů, a to i opakovaně, sám je ovšem musí být schopen relevantně vyhodnotit. Základním inhibitorem v tomto ohledu je pochopitelně personální podstav řady oblastních inspektorátů práce, jakož i počet kontrol, které inspektoři sami musí realizovat.

#### **V. Zastřené agenturní zaměstnávání**

Zákon č. **206/2017 Sb.** přinesl definici zastřené agenturního zaměstnávání jako činnosti právnické nebo fyzické osoby, spočívající v pronájmu pracovní síly jiné právnické nebo fyzické osobě, aniž by byly dodrženy podmínky pro zprostředkování zaměstnání podle **§ 14** odst. 1 písm. b) ZamZ, tedy pro agenturní zaměstnávání.<sup>21</sup>

Hlavním smyslem úpravy zastřené agenturního zaměstnávání je využití tohoto pojmu pro konstrukci dvou skutkových podstat přestupků v zákoně o zaměstnanosti. Tedy pro správní trestání. Podstata je v tom, že bude postihován ten, kdo zastřené zprostředkovává zaměstnání.<sup>22</sup> Dle výkladu poslance Klučky je cílem tohoto přestupku postihnout

*„nedodržování zásady tzv. srovnatelných mzdových a pracovních podmínek dočasného přidělovaného zaměstnance a v konečném důsledku taky obcházení odvodových povinností zaměstnavatele v oblasti sociálního a zdravotního pojištění a záloh na daň z příjmů“.*<sup>23</sup>

Dle § 140 odst. 4 písm. f) ZamZ se za tento přestupek uloží pokuta 10 mil. Kč, nejméně však 50 tis. Kč. U fyzických nepodnikajících osob pak až 5 mil. Kč. Jedná se o zásadně nejzávažnější přestupek spolu s umožněním výkonu nelegální práce v rámci zákona o zaměstnanosti.

Předkladatel návrhu chtěl takto reagovat na poznatky kontrolních orgánů, aby tak byla přijata

*„legislativní úprava, která vysloveně uvedenou problematiku identifikuje, konkretizuje, což následně umožní důslednější a adresnější postih všech subjektů, které se uvedeného jednání dopouštějí“.*<sup>24</sup>

K tomuto postřehu předkladatele se nabízí konstatovat, že zákon o zaměstnanosti již před jeho pozměňovacím návrhem obsahoval a obsahuje i nyní dikci, že přestupkem je též jednání, kdy fyzická nepodnikající osoba zprostředkuje zaměstnání bez povolení či podnikající fyzická nebo právnická osoba zprostředkuje zaměstnání bez povolení nebo jiným způsobem poruší při zprostředkování zaměstnání tento zákon nebo dobré mravy.<sup>25</sup> Nevím, v čem jiném by mohlo spočívat zastřené agenturní zaměstnávání, než právě v tom, že podnikající fyzická nebo právnická osoba zprostředkuje zaměstnání bez povolení nebo jiným způsobem poruší při zprostředkování zaměstnání tento zákon nebo dobré mravy. Problémem ovšem je, že za porušení § 140 odst. 1 písm. b) ZamZ hrozí pokuta v maximální výši 5x nižší, než je pokuta za zastřené agenturní zaměstnávání. Vedle problému konkurence dvou v podstatě stejných skutkových podstat přestupků je zde problém výše sankce a zda zastřené agenturní zaměstnávání souvisí s nelegální prací. Při vědomí toho, že pokuta nikdy nemůže být vyšší než 10 mil. Kč (zůstáváme-li v rovině správního práva trestního), lze efektivně kombinovat nelegální práci se zastřeným agenturním zaměstnáváním.

Druhým problémem zvolené koncepce je otázka, v čem lze zneužít zastřené agenturní zaměstnávání v souvislosti s umožněním výkonu nelegální práce. Formálně právně se jedná o dvě rozdílné skutkové podstaty přestupků, kdy vždy musí být splněny odlišné podmínky pro jejich naplnění. Musí jít buď o pronájem pracovní síly ze strany subjektu, který není agenturou práce, nebo o umožnění výkonu nelegální práce. Na druhou stranu si lze ovšem představit situace, kdy mohou být jedním pachatelem současně naplněny skutkové podstaty obou přestupků, např. právnická osoba bude současně zastřeně zprostředkovávat zaměstnání (tj. působit jako pseudo-agentura práce) a v rámci této činnosti umožní ještě výkon nelegální práce ze strany jiných fyzických osob (tj. využije k výkonu závislé práce osoby, které tuto práci budou konat jako samostatní podnikatelé). Zvolené legislativní řešení nutí kontrolní orgány k tomu, že musí oba skutky vždy posoudit samostatně. Z hlediska posuzování výše pokuty to nicméně nebude hrát roli z důvodu povinně aplikované absorpční zásady, neboť maximální výše sankce je u obou přestupků stejná, pouze v případě kumulace zastřeného agenturního zaměstnávání a současného umožnění výkonu nelegální práce by se jednalo o přitěžující okolnost.

## VI. Závěr

Jak konstatoval Nejvyšší správní soud:

*„Snaha o minimalizaci nákladů a maximalizaci zisku, realizovaná tím, že podnikatel zajišťuje specifické činnosti pomocí smluv o dílo uzavřených s reálně ekonomicky samostatnými, i když z hlediska objemu tržeb a vlastního kapitálu nepoměrně slabšími zhotoviteli, je racionálním, nikoho nepoškozujícím, a tedy i právem dovoleným vzorcem chování a slouží k rozumnému uspořádání společenských vztahů.“*<sup>26</sup>

V zájmu dalšího ekonomického růstu bude nutně k těmto změnám docházet stále více a úspěšná obrana Taylor-Fordovského pracovního poměru, je-li vůbec namístě, rozhodně nespočívá v demonizaci outsourcingu či subcontractingu, v neustálém zvyšování sankčních postihů. Efektivně vynucování dodržování zákazu výkonu závislé práce mimo pracovněprávní vztahy by spíše napomohlo posílení prevence nelegální práce odstraněním podnětů k obcházení pracovněprávní úpravy (jako je snaha vyhnout se vyšším platbám daně z příjmů fyzických osob, pojistného na všeobecné zdravotní pojištění a na sociální zabezpečení a příspěvku na státní politiku zaměstnanosti), tedy uzákonění takové výše daní a pojistného do veřejnoprávních systémů sociálního pojištění, která je transparentní, předvídatelná a přiměřená.<sup>27</sup> Zakotvení pojmu zastřeného agenturního zaměstnávání

a téže skutkové podstaty nejenže nepomůže kontrolní praxi oblastních inspektorátů práce, ale dokonce lze očekávat, že v praxi bude identifikováno stále více jeho případů. To ovšem souvisí s nastupující dobou sdílené ekonomiky.

---

### Poznámky pod čarou:

- \* Autor působí na katedře pracovního práva a práva sociálního zabezpečení Právnické fakulty UK.  
Příspěvek vznikl díky finanční podpoře poskytované v rámci výzkumného projektu „Soukromé právo a výzvy dneška“, id. č. Q03.
- 1 Čl. 1 bod 3 zákona č. 206/2017 Sb., kterým se mění zákon č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony.
  - 2 Návrh poslance Václava Klučky, SD 5945, pozměňovací návrhy přednesené ve druhém čtení dne 1. 3. 2017.
  - 3 S tímto veskrze kainovým znamením se budou muset vypořádat všechny protokoly o kontrole, příkazy dle § 150 SpŘ i navazující přezkumná rozhodnutí správních soudů.
  - 4 Rozsudek NSS z 13. 2. 2014, sp. zn. 6 Ads 46/2013.
  - 5 Srov. výklad SUIP týkající se švarcsystému – viz <http://www.suip.cz/> [cit. 3. 10. 2017].
  - 6 K tomu např. rozhodnutí NSS z 30. 12. 2010, sp. zn. 4 Ads 44/2010; z 5. 12. 2012, sp. zn. 3 Ads 65/2012; či z 30. 7. 2014, sp. zn. 3 Ads 111/2013. V posledně zmíněném rozhodnutí NSS konstatoval: „Právě soustavnost vykonávané práce totiž může být známkou, na základě něhož lze odlišit závislou činnost, respektive nelegální práci, od jednorázové občanské výpomoci, ověřování určitých předpokladů zájemce o práci či jiných druhů činností, které není možné za závislou práci považovat.“
  - 7 Rozhodnutí NSS z 6. 4. 1935, sp. zn. 14388/35, Boh. A 11836/1935; dále Boh. A 3977/24, 7548/28, 9144/31 a jiné. Inspirací byla zřejmě judikatura francouzského Nejvyššího soudu.
  - 8 Což ovšem činí též rakouská doktrína. Srov. Resch, R. *Abhängiger Arbeitsvertrag versus Selbständigkeit*. Wien:ÖGB Verlag, 2006, pojednání prof. Löschnigga na s. 15 a násl.
  - 9 Srov. *Barbagelata, H. H.* El futuro del Derecho del Trabajo. X. Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Montevideo, 1989, s. 27; *Supiot, A.* Introducción a las reflexiones sobre el trabajo. Revista Internacional del trabajo, 1996, 115, č. 6, s. 663; *Córdoba, E.* Evolución del Pensamiento Juslaboralista – Estudios en Homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata, El papel de la industrialización y el principio de subordinación en la evolución de la legislación oboral. Montevideo:FCU, 1997, s. 135 a 136; *Deakin, S., Morris, G.* Labour Law. London:Routledge, 2001, s. 168; či *Uriarte, O. E., Alvarez, O. H.* Crítica de la subordinación. Revista Derecho Laboral, 2003, XLV 206, s. 247.
  - 10 *Pélissier, J., Supiot, A., Jammaud, A.* Droit du travail. Paris:Dalloz, 2000, s. 151. Dále srov. *James v Redcats* (2007) IRLR 296 (48). Či rozsudek Nejvyššího soudu USA *Nationwide Mutual Insurance Company v. Robert T Darden* 503 US 318. V JAR tento test vedl k přiznání statusu zaměstnance např. uchazeči o zaměstnání. *Weyth SA Ltd and others v. Manqele* (2005) 26 ILJ 749 (LAC).
  - 11 Jak potvrdil též australský Workers Compensation Tribunal v rozsudku *Harnas v. Sita Australia Pty Ltd and WorkCover Corporation of SA by its Agent Emoployers Mutual Ltd* (2007) SAWCT 25, body 47–49.
  - 12 Pojmem pracovník se blíže zabýval SDEU při vymezování předmětu pracovněprávních vztahů, a to především v souvislosti s vymezením působnosti čl. 39 SES (čl. 45 SFEU), tedy s ohledem na zásadu rovného zacházení. Závěry SDEU tak jsou sice pro národní právní řády členských států cenným zdrojem poznání, vždy je však nutno mít na paměti, že SDEU je činí především k právu na svobodný pohyb pracovníků nebo k zásadě rovného zacházení mezi muži a ženami.
  - 13 *Casale, G. (ed.)* The Employment Relationship. A Comparative Overview. Geneva:International Labour Office, Hart, 2011, s. 3.
  - 14 R198 – Employment Relationship Recommendation, 2006 (No. 198). Doporučení bylo přijato v Ženevě na 95. zasedání dne 15. 6. 2006.
  - 15 Bod 4 preambule Doporučení.
  - 16 Usnesení č. 505 ze dne 16. 5. 2007. [www.racek.vlada.cz/](http://www.racek.vlada.cz/) [cit. 8. 7. 2012].
  - 17 PS projednala Doporučení dne 30. 10. 2007 jako sněm. tisk 255 a dne 1. 2. 2008 je vzala na vědomí. Srov. <http://www.psp.cz/> [cit. 8. 7. 2012].
  - 18 Senát projednal Doporučení jako sen. tisk č. 95 na 9. schůzi ve dnech 31. 10. a 1. 11. 2007.
  - 19 Dle předmětného ustanovení je inspektor oprávněn dotazovat se zaměstnanců kontrolované osoby bez přítomnosti dalších fyzických osob, zástupce příslušného odborového orgánu nebo zástupce pro oblast bezpečnosti a ochrany zdraví při práci na záležitosti související s vykonávanou kontrolou.
  - 20 Z hlediska oprávnění daných zákonem o inspekci práce a kontrolním řádem si inspektor může nechat předložit celou škálu dokumentů, neboť oprávnění má poměrně široké, které se vždy musí vztahovat ke kontrole, resp. musí sloužit k tomu, aby v rámci kontroly bylo dosaženo jejího účelu při zachování proporcionality.
  - 21 Srov. *Stádník, J., Kieler, P.* Plánované legislativní změny v oblasti zaměstnanosti pro rok 2017. Práce a mzda, 2017, č. 1, s. 47.
  - 22 § 139 odst. 1 písm. i) a § 140 odst. 1 písm. g) ZamZ.

---

23 Srov. stenozáznam z 55. schůze PS, jednání dne 1. 3. 2017 od 15:30 hod., <http://www.psp.cz/> .

24 Srov. tamtéž.

25 Dle platné úpravy § 139 odst. 1 písm. b) a § 140 odst. 1 písm. b) ZamZ.

26 Rozsudky NSS z 27. 7. 2006, č. j. 2 Afs 173/2005-69; dále též z 15. 1. 2009, č. j. 7 Afs 72/2008-97.

27 Srov. rozsudek NSS z 24. 2. 2005, č. j. 2 Afs 62/2004-70.