

K pojmu outsourcingu a základním problémům jeho smluvní úpravy práva*

Matěj Cepl,
<CeplM@seznam.cz>

29. září 1998

1. Pojem outsourcingu

V advokátní praxi je možné setkat se s požadavkem klienta na právní zajištění outsourcingu oddělení nebo části jeho podniku. Cílem tohoto článku je definovat pojem outsourcingu, načrtnout základní důvody, které vedou firmy k tomu, že outsourcingují část podniku, a určit základní problémy, které musí příslušná smlouva ošetřit.

Nežli se pustím do probírání vlastního tématu článku, dovoluji si ještě dvě menší poznámky týkající se jazyka. Anglické slovo „outsourcing“ je utvořeno z předložky „out“ označující směr ven a kmene „source“ (zdroj), tedy jako podstatné slovo by ho bylo nejlépe přeložit jako „vnější zdroj“. Bruckner¹ uvádí jako překlad pojmu outsourcing česká slova „vytěsnit“ nebo „odsunout“. Protože mi tyto překlady připadají příliš násilné, používám originální slovo „outsourcing“.

V tomto článku označuji firmu, jejíž oddělení nebo zdroje jsou outsourcingem nahrazeny jako „objednatele“ a firmu, která dodá takové zdroje jako „dodavatele“. Nechci tím říci, že ve všech případech outsourcingu jde typově o smlouvu o dílo, ale tyto termíny mi připadli nejvíce české a zároveň poměrně přesně popisují povahu vztahů obou stran.

Nyní již k samotnému vymezení outsourcingu: Outsourcingem rozumím vztah mezi podnikem a vnějším dodavatelem, který pro tento podnik zajišťuje každodenní činnosti, které jsou za normálních okolností zajišťovány vlastními prostředky podniku. Je třeba ještě jednou zdůraznit, že do pojmu outsourcing rozhodně nezahrnuji každý vztah s externím dodavatelem. Jde pouze o případy nahrazení zdrojů, které typicky bývají součástí firmy samotné².

Základním důvodem pro zavádění outsourcingu je kontrola (a s tím související redukce) provozních nákladů společnosti. Zároveň se od outsourcingu očekává, že odstraní základní problém všech

*Článek byl otištěn v Bulletinu advokacie, č. 9/1998, str. 40.

¹Tomáš Bruckner, Outsourcing IS/IT, diplomová práce, VŠE, Fakulta informatiky a statistiky, katedra informačních technologií, Praha 1996/7.

²S postupujícím rozvojem outsourcingu se toto kritérium stává problematickým, protože některé činnosti již pozvolna přestávají být provozovány firmami samotnými. Pro účely této definice používám jako protipól outsourcingu zcela samostatnou rozsáhlou firmu industriálního věku, která si veškeré činnosti zajišťuje sama vlastními silami (např. Bařovky závody ve Zlíně, které jako součást své obchodní strategie vlastními prostředky zajišťovaly všechny potřebné vstupy až po školy, o kadeřnictví pro zaměstnankyně ani nemluvě).

samostatných oddělení podniků – že jejich pracovníci pociťují odpovědnost za svůj výkon jenom velmi slabě. Vědí totiž, že pokud nezpůsobí firmě velkou škodu nebo ztrátu, jsou natolik chráněni vysokými náklady na svoje nahrazení (a v Čechách navíc ještě rigidní ochranou zákoníku práce), že v podstatě není možné aby byli postiženi ztrátou zaměstnání (nehledě na to, že podle zákoníku práce je jejich náhrada škody omezena čtyř a půl násobkem jejich platu). Naprosto jinou pozici mají externí dodavatelské firmy. Náklady na jejich nahrazení jsou mnohem menší a v případě outsourcingu, který nezasahuje do podstaty chodu firmy, mohou být nahrazeni v podstatě ze dne na den³. Outsourcing tím také ilustruje základní ideu svobodného trhu: totiž, že každý má dělat jenom to, co umí nejlépe, a za odměnu z této činnosti si pořídit všechno ostatní, jinými slovy, že pro firmu je nejvýnosnější věnovat se činnosti ve které má největší komparativní výhodu a zbytek přenechat jiným⁴.

Toto ale rozhodně není jediný důvod, proč se firmy rozhodují pro outsourcing: jiné zdroje⁵ uvádějí jako další důvody získání přístupu k prostředkům světové úrovně⁶, zrychlení výhod pro reengineering, rozdělení rizik, uvolnění zdrojů pro jiné potřeby, uvolnění kapitálových zdrojů firmy, zvýšení množství volných peněz⁷, získání zdrojů, které nejsou ve firmě k dispozici, a také umožnění činností, které jsou pro objednatel vlastními silami jenom těžko ovladatelné, nebo které se mu již zcela vymykly zpod kontroly.

Jiný zdroj⁸ shrnuje jako nejdůležitější důvody pro zavádění outsourcingu:

1. předem přesně definované náklady,
2. ekonomická rizika jsou na straně dodavatele služby,
3. dochází ke snížení režie ve všech oblastech, a
4. odpovědnost za údržbu, provoz, rozvoj a inovaci nese dodavatel.

Poněkud kuriózní ale nepochybně reálný důvod, proč mnoho společností v Čechách přistoupilo na řešení svého oddělení informačních technologií outsourcingem uvádí tentýž zdroj⁹ vyřešení problému „politického“ — při současných platech špičkových počítačových odborníků není pro mnoho firem únosné, aby jejich zaměstnanec měl plat mnohem větší nežli špičkoví manažeři podniku nebo pracovníci v hlavní činnosti firmy — např. konstruktéři ve vývoji.

Příkladů outsourcingu, které byly v praxi úspěšné je velká řada, mohu uvést třeba celosvětově nejpopulárnější druh, kterým je v dnešní době pravděpodobně outsourcing oddělení informačních technologií a informačních systémů¹⁰, ale i kancelářské služby, účetní zabezpečení chodu podniku, služeb

³Rozdíl outsourcingu oproti zabezpečení potřeby z vlastních zdrojů je poněkud zrelativizován v případě outsourcingu zdrojů nezbytných pro samou existenci firmy — např. oddělení informačních technologií. Ale i zde je změna možná, byť je nesmírně obtížná a nákladná.

⁴Outsourcing: How industry leaders are reshaping the American Corporation, Fortune 1995, zvláštní vydání věnované celé Outsourcingu; zde citováno z <http://www.outsourcing.com/getstart/95seintr.html>.

⁵The Top Ten Reasons Companies Outsource, zpráva The Outsourcing Institute, 1995, citováno z <http://www.outsourcing.com/getstart/topten.html>.

⁶Bruckner, op. cit. str. 12, definuje světovou úroveň jako „úroveň kvality služeb, která je ve světě nejvyšší možná, ovšem dostupná podnikům za rozumnou cenu a v rozumném čase.“

⁷V této souvislosti je třeba zmínit článek „Avoiding Pitfalls - Three Warning Signs“ <http://www.outsourcing.com/getstart/warning.html>, který varuje před kladením důrazu na krátkodobě orientovanou snahu po snížení nákladů jako hlavní důvod pro outsourcing; je lepší, pokud je cíle a důvodem pro outsourcing snaha o zlepšení managementu firmy a jiné dlouhodobé strategické cíle.

⁸Lubomír Kníže (APP Systems, s. r. o.) ve své přednášce „Outsourcing — nejvyšší forma systémové integrace“, publikované na <http://www.app.cz>.

⁹Lubomír Kníže, op. cit.

¹⁰Nejnámějším příkladem kompletního outsourcingu oddělení informačních technologií byl outsourcing tohoto oddělení firmy Kodak provedený konsorciem pod vedením Digital Equipment (1989).

oddělení dopravy, služby právní (každá tzv. „firma na paušál“ je vlastně outsourcingem právního oddělení), anebo i některé méně obvyklé případy jako třeba zajištění výroby kávy pro kancelář za měsíční poplatek (taková služba je nabízena již i v Čechách).

Bráno z většího nadhledu je třeba vidět, že outsourcing je součástí daleko většího procesu. Za jeden ze základních znaků přeměny společnosti z industriální na postindustriální, je mnohými autoritami¹¹ považován trend přeměny společnosti industriálního věku, která sestávala především z mohutných vertikálních hierarchických struktur modelovaných podle vzoru armády a amerických automobilových společností dvacátých let¹², na postindustriální společnost „sítí“ — horizontálních kooperativních struktur.

2. Právní možnosti zajištění outsourcingu

Je pochopitelné, že na tak bohatou škálu právních vztahů, jaké vznikají v rámci outsourcingu, nevystačí jedna standardní smlouva. V případech jednoduššího outsourcingu je většinou možné ji nahradit nějakou bytí zásadně přepracovanou typovou smlouvou, která bude přiměřeně upravena na specifické podmínky outsourcingu (viz. níže), ale ve většině případů je nutno konstruovat smlouvu novou nejlépe jako smlouvu nepojmenovanou v souladu s ustanovením § 269 odst. 2 obchodního zákoníku s tím, že pro její konstrukci bude použito jako vzorů hned několika typových smluv obchodního práva.

Modelů takové smlouvy je několik:

Smlouva o dílo — objednatel si zajistí příslušný zdroj smlouvou o dílo pro každou jednotlivou subdodávku. Výhodou je pochopitelně vysoká nezávislost na jednom dodavateli (a tím i vysoký tlak na kvalitu dodavatelova plnění), ale nevýhodou bude tak vysoká organizační náročnost takového postupu, že je pravděpodobné, že taková smlouva bude použita jenom pro zcela výjimečné případy.

Rámcová smlouva o dílo — případ velmi podobný předešlému, ale s tím, že existuje jenom jedna rámcová smlouva o dílo s jedním dodavatelem a jednotlivé subdodávky jsou realizovány procesem „objednávka–potvrzení objednávky“ nebo dokonce jenom „objednávka–plnění“.

Smlouva o zajištění pracovních sil — zvláštní varianta předchozích dvou smluv je smlouva pohybující se typově někde mezi smlouvou o dílo a smlouvou mandátní, na jejímž základě dodavatel dá k volné dispozici objednatele svoje pracovníky.

Speciální subdodavatel — dodavatel vytvoří pro zajištění potřeb objednatele zvláštní oddělení, organizační jednotku (nebo dokonce 100% dceřinou společnost). Tak má na jedné straně objednatel zajištěnou trvalou kapacitu jenom pro svoji potřebu, zároveň ale jsou pracovníci takového subdodavatele schopni využívat interní zdroje dodavatele. Daní za tuto výhodu je to, že se zde poněkud ztrácí flexibilita outsourcingu.

Společný podnik — dodavatel a objednatel vytvoří pro zajištění potřeb objednatele společný podnik ve kterém se mohou výhodně sdružit know-how a zdroje dodavatele s finančními prostředky objednatele. Model společného podniku je pravděpodobně nejlepší řešení pro velké outsourcingové smlouvy (např. outsourcing oddělení informačních technologií velkého průmyslového podniku).

¹¹Především John Naisbitt: The megatrends, Warner Books, A Warner Communication Company, New York, 1984

¹²Zdůrazňuji, že jde skutečně o věc minulou, protože ani americké automobilky už nejsou co bývaly: Michael F. Corbett, Redefining the Corporation: Bringing Order to a New Industry, <http://www.outsourcing.com/presentation.html>, 1995, uvádí jako příklad americkou automobilku Chrysler, která „se dostala do situace, kdy 70 % jejích vstupů — částí a skupin, které jsou součástí jejích automobilů — jsou vyráběny vnějšími dodavateli“. Zároveň dodává, že ani takový podíl není výjimečný, protože „to je stále méně než v Japonsku, u kterých toto číslo ve skutečnosti průměrně dosahuje 75 %.“

3. Odpovědnost za vady a za škodu

Řekl jsem výše, že zvýšená odpovědnost dodavatele za kvalitu provedeného plnění je jedním ze základních kladů outsourcingu. K tomu je ale třeba dodat, že tím nechci říci, že by snad v rámci outsourcingu nebylo problémů týkajících se bezpečnosti pro odběratele.

Outsourcingem dojde k velice úzkému propojení dodavatele s odběratelem a tak není divu, že je v rámci outsourcingové smlouvy velice dobře ošetřít možnost zneužití důvěrných informací, které dodavatel obdrží v rámci plnění. Odůvodnění druhé části problematiky odpovědnosti v outsourcingu je o něco složitější:

Problém spočívá v tom, že outsourcingem se v plnění některé podstatné části svého podniku vydává zcela na milost a nemilost svému dodavateli. Pokud by outsourcovaná služba a přestala být dodávána řádně a včas, objednatel obvykle nemá kapacity, aby tuto službu nahradil a mohlo by pro něj být (bez řádné přípravy) složité takovou závadu být jenom odhalit. Je sice pravda, že ze samotné podstaty outsourcingu vyplývá, že dodavatel je ve značné míře zainteresován na dodání perfektního plnění (rozhodně více, nežli případní vlastní zaměstnanci objednatele), ale je také pravda, že v případě jeho selhání je jenom velmi obtížné (a nákladné) zabránit hrozícím škodám a zajistit náhradní plnění. Navíc, dodavatel je často jenom malá společnost působící ve službách, která je jako taková zhusta podkapitalizovaná, a tudíž není schopna dostát svým závazkům v případě zásadního selhání. Je sice možné takového dodavatele zcela zruinovat (pokud není dostatečně pojištěn proti odpovědnosti za škodu — což je ale řešení, zvláště v Čechách — velmi drahé), ale na tom se objednatel zhusta nezhojí. Nedostatečná kapitalizace dodavatelů outsourcingu je mnohdy způsobena tím, že tito dodavatelé původně vznikly odštěpením oddělení některé velké industriální společnosti¹³.

Proto se v případě nestejné síly obou partnerů může ukázat nejužitečnějším, aby mnohem silnější objednatel dohlédl na každodenní provoz svého dodavatele. Dochází tak k jakémusi kompromisu, protože objednatel si musí ponechat část svých původních kapacit, aby je mohl použít na kontrolu činnosti dodavatele.

4. Pracovněprávní aspekty outsourcingu

V rámci outsourcingu může docházet ke dvěma jevům, které jsou rázu spíše pracovněprávního nežli obchodněprávního. Jde o otázku bývalých zaměstnanců a problém se zaměstnáváním zaměstnanců druhé strany.

Co se týče původních zaměstnanců objednatele, je nutno se poněkud odpoutat od ideálních teoretických modelů a vrátit se do reality. Outsourcing totiž velice často není prvním řešením problematiky v dané oblasti. Objednatel pravděpodobně zkoušel mnoho nových technologií, které chce nyní získat outsourcingem nebo používal outsourcované oddělení po dlouhá léta, dokud expanze podniku a následná složitost outsourcovaného oddělení nezměnila jeho názor na potřebnost vlastních kapacit v dané oblasti. Vystává zde problém co dělat s původními zaměstnanci. Jedním z častých řešení je závazek dodavatele outsourcingu, že všechny zaměstnance původního oddělení po nějakou minimální dobu (např. jeden rok) zaměstná a poskytne jim tak možnost klidně si najít jiné místo (popř. objednatel takové původní zaměstnance nepropustí a nechá si je nezřídkou pro zabezpečení chodu outsourcovaného oddělení, kde mohou v menším počtu s dodavatelovými technologiemi využít mnohem lépe svoje znalosti odběratelova prostředí). Zde je možno jako vzor použít typovou smlouvu o prodeji podniku.

¹³Jako příklad je zde možné uvést společnost EDS, zabývající se outsourcingem IS/IT, která původně vznikla z původního IS oddělení automobilové společnosti General Motors.

Druhým problémem, který se vyskytuje v rámci outsourcingu je problematika konkurenčních doložek mezi stranami smlouvy o zaměstnávání zaměstnanců druhé smluvní strany. Ty většinou stanoví povinnost strany, která zaměstná zaměstnance druhé smluvní strany, zaplatit smluvní pokutu, která bývá kalkulována podle nákladů na obstarání zaměstnance na místo původního. Problémem těchto doložek je, že téměř není možné definovat všechny možné druhy pracovněprávních a obchodněprávních vztahů na základě kterých může bývalý zaměstnanec poskytnout svoje služby novému zaměstnavateli.

5. Ochrana důvěrných informací

Typickým znakem outsourcingu je to, že dochází k velice těsným vztahům mezi dodavatelem a odběratelem. V mnoha případech dochází k velice intenzivnímu toku informací mezi dodavatelem a objednatel (např. v případě, že jsou všechny dokumenty uloženy na centrálních serverech dodavatele, je bez důkladné znalosti struktury databází dodavatele velice těžké rozlišit, která data jsou data objednatele, a která jsou data dodavatele udržovaná na dodavatelových počítačích pro objednatele, a konečně která jsou data, která na zcela stejných počítačích udržuje dodavatel pro zcela jiné objednatele — viz. např. služba provozování serveru WWW dodavatelem). Jenom z tohoto letného popisu je patrné, že ve smlouvách, které se outsourcingem zabývají je třeba velice přesně vymezit odpovědnost obou stran za prozrazení informací kterékoli z nich nebo za prozrazení či odhalení důvěrných informací třetí strany. Vzhledem k tomu, že přesné vyčíslování škod je většinou téměř nemožné, je pravděpodobně jediným možným řešením zavedení vysokých smluvních pokut a oprávnění poškozené strany v případě závažnějších případů prozrazení nebo odhalení důvěrných informací odstoupit od smlouvy.

6. Zneužití outsourcingu

Na závěr tohoto článku si ještě jednou neodpustím zmínku o populárním „švarcsystému“¹⁴ a pokusím se přitom popsat jeho nejvýznamnější charakteristiky, které ho odlišují od outsourcingu prováděného za legitimními účely.

Jistě nejvýraznější zvláštností původního systému zavedeného p. Švarcem bylo to, že jeho stavební firma najímala jako nezávislé subdodavatele jednotlivce s živnostenskými oprávněními i na práce, které jsou jinak typicky prováděny zaměstnanci (zedníci, sekretářky, ap.). Klasický outsourcing je ale vztahem mezi dvěma podniky, kdy i dodavatel potřebuje pro dodávky plnění zaměstnance zaměstnávané v řádných pracovněprávních vztazích.

Odhlédneme-li tedy od problému všech švarcsystémů souvisejících s neplacením příspěvků na zdravotní a sociální pojištění, vyskytuje se kolem outsourcingu námitka, že jde o skryté obcházení pracovněprávní ochrany zaměstnanců, nutnosti vykazovat zvláštní důvody ze strany zaměstnavatele pro jejich propouštění, likvidace limitované odpovědnosti zaměstnanců za škody ap.¹⁵ Je pravda, že v případě outsourcingu je jedním z důsledků nepoměrné zvýšení flexibility pracovních míst, ale tato výhoda pro odběratele, který se může díky outsourcingu zbavit mnoha zaměstnanců okamžitě a bez udání důvodu, není prováděna na úkor zaměstnanců. Ti jsou (nebo mohou být) zaměstnáni ve zcela normálních pracovněprávních vztazích a požívají tím všech výhod ochrany zaměstnanců. Toto riziko padá zcela na bedra dodavatele. Ale ani pro něho nejde o problém příliš zásadní, protože většinou

¹⁴Za účelem potírání „švarcsystému“ byl připraven známý § 1 odst. 4, zákona č. 1/1991 Sb. v platném znění.

¹⁵Tyto námitky proti „švarcsystému“ jsou uvedeny v: J. Nesnídal, Nesoulad mezi zákony — Švarcsystém“, Ekonom 12/95; autor se v tomto článku ale spíše než ke kritice „švarcsystému“ uchyluje k podrobné kritice zákona o zaměstnanosti.

dodává stejnou službu a využívá pro taková plnění podobně kvalifikovaných zaměstnanců, takže veškerá nebezpečí nákladů spojených s propouštěním stávajících zaměstnanců může rozpustit mezi svoje další zákazníky.

Bohužel je pravda, že tyto jemné, ale přitom zcela zásadní rozdíly mezi „švarcsystémem“ a legitimním outsourcingem současné znění zákona o zaměstnanosti nepostihuje. V poněkud zkrácené podobě stanoví, že všichni podnikatelé musí „plnění běžných úkonů vyplývajících z předmětu [jejich] činnosti zajišťovat svými zaměstnanci, které k tomu účelu [zaměstnávají] v pracovních vztazích podle zákoníku práce“¹⁶.

Zákonodárce si zde usnadnil práci aby vnutil podnikatelům užívání zákoníku práce. Bohužel výsledkem je, že přidané ustanovení zákona nerozlišuje činnosti, které skutečně nejsou legitimní, a ty, které již postihovat nebylo třeba. Tím staví mimo zákon i mnoho zcela legitimních struktur podnikání. Nakonec je z celého širokého spektra outsourcingu jediné jistě obhajitelné výše zmíněné zabezpečení kávy (protože vaření kávy snad nevyplývá z předmětu činnosti).

Na druhou stranu je možnost argumentovat slovy „vyplývajících z předmětu činnosti“. Pokud zákonodárce tato slova do textu zákona zahrnul, je možné dovodit, že cílem těchto slov bylo dosáhnout situace, aby stavební firmy nenajímaly zedníky, ale není to namířeno proti všem případům kdy podnikatel pronajímá služby pro vedlejší činnosti podnikání. Proti této argumentaci je ale třeba dodat, že pojem „úkolů přímo souvisejících se zajištěním výroby nebo poskytováním služeb“ je nejasný (a tím spíše je nejasný pojem takových „běžných úkolů“) a Úřady práce mají tendenci vykládat toto ustanovení zákona spíše extensivně.

7. Závěrem

Outsourcing představuje nový fenomén organizace podnikání, který se bude pravděpodobně stále více uplatňovat i v českých podmínkách. Tímto článkem jsem se pokusil o jeho uvedení do právníkové literatury a hrubé nastínění některých problémů, které se mohou vyskytnout při přípravě smlouvy na jeho zabezpečení.

¹⁶§ 1 odst. 4, zákona č. 1/1991 Sb., o zaměstnanosti. Nesnídal, op. cit. namítá protiústavnost takového ustanovení zákona omezující svobodu podnikání.