



УНИВЕРИТЕТ У НИШУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Марија Р. Драгићевић

**ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ЗАПОСЛЕНИХ У
СЛУЧАЈУ ПРОМЕНЕ ПОСЛОДАВЦА**

ДОКТОРСКА ДИСЕРТАЦИЈА

Ниш, 2022.



UNIVERSITY OF NIŠ
FACULTY OF LAW



Marija R. Dragičević

**EMPLOYEES' LEGAL POSITION IN CASE
OF CHANGE OF EMPLOYER**

DOCTORAL DISSERTATION

Niš, 2022.

Подаци о ментору и члановима комисије

Ментор и
председник
Комисије:

Др Горан Обрадовић,
редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

Члан
Комисије:

Др Тодор Каламатиев,
редовни професор Правног факултета „Јустинијан Први“
Универзитета „Св. Кирил и Методиј“ у Скопљу, у пензији

Члан
Комисије:

Др Слободанка Ковачевић Перић,
редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини
са привременим седиштем у Косовској Митровици

Члан
Комисије:

Др Љубинка Ковачевић,
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

Члан
Комисије:

Др Филип Бојић,
доцент Правног факултета Универзитета у Београду

Датум
одбране:

--

Подаци о докторској дисертацији

Ментор:

Др Горан Обрадовић, редовни професор, Универзитет у Нишу,
Правни факултет

Наслов:

Правни положај запослених у случају промене послодавца

Резиме:

Развој интернета, вештачке интелигенције и е-пословања, јака међудржавна и међукомпанијска конкуренција и други актуелни економски трендови истакли су потребу за организацијом пословања на флексибилнијим основама. У многим случајевима жељени пословни резултати не могу се постићи без подвргавања послодавца одређеној трансформацији пословања. У овом контексту, реструктурирање послодавца више није само опција, већ је неопходност за њихов опстанак и раст. Реструктурирање се може вршити на више различитих начина те, између осталог, променом послодавца, као последицом статусне промене (спајања, припајања, поделе, издвајања) или правног преноса предузећа (продаја, закуп, *outsourcing*, подуговарање итд.). Наведена промена може имати за циљ очување или повећање конкурентности, уравнотежење добити и губитака, остваривање функционалног и административног јединства и слично, те у том смислу представља позитивну привредну активност. Међутим, она готово увек има велик и важан утицај на запослене, чији радни однос, као последица промене послодавца, може престати, пренети се на новог послодавца или бити измењен на штету запослених. У том смислу, сазнајни циљ докторске дисертације јесте да се путем метода друштвених и, посебно, метода правних наука: (1) утврде појам и случајеви промене послодавца у циљу разумевања граница подручја примене начела очувања запослења; (2) укаже на селективну уређеност ове области, на непрецизности и празнине које имају практични значај и последице; (3) утврде радноправне последице промене

послодавца и укаже на комплексност правног положаја запослених за време и након процедуре промене послодавца; (4) истражи ниво заштите запослених за случај промене послодавца који је обезбеђен у домаћем, упоредном и међународном праву. Прагматички циљ докторске дисертације јесте да се (1) изврши аналитички преглед и критичка оцена законских решења у области заштите запослених у случају промене послодавца и утврди да ли наведена решења остварују циљ који је поставио законодавац, да се (2) сагледају могућности унапређења система заштите запослених ради постизања социјалне равнотеже и, на основу анализе међународних правних извора, упоредноправних решења и правне праксе у међународном окружењу и Републици Србији, (3) дају *de lege ferenda* предлози за његову измену.

Научна област:

Правне науке

Научна
дисциплина:

Радно право

Кључне речи:

Промена послодавца, Пренос предузећа, Стечена права, Заштита, Запослени.

УДК:

331.105.2-057.16+349.2

CERIF

класификација:

S 110 Право

S 146 Радно право

Тип лиценце

Креативне
заједнице:

CC BY-NC-ND

Data on Doctoral Dissertation

Doctoral
Supervisor:

Goran Obradović, LL.D., Full Professor, University of Niš, Faculty of Law

Title:

Employees' Legal Position in Case of Change of Employer

Abstract:

The development of the Internet, Artificial Intelligence, e-business, strong interstate and intercompany competitiveness, as well as contemporary economic trends have highlighted the need for more flexible business organization. The changing business environment requires employers to adapt to new circumstances and focus on one of the many restructuring models, involving *inter alia* the change of employer's legal identity as a result of status change (merger, acquisition, division, separation) or legal transfer of an undertaking (sale, lease, outsourcing, subcontracting, etc). These changes entail positive economic activities aimed at enhancing competitiveness, balancing profit and loss, enabling functional and administrative unity, etc. However, the change of employer has a significant impact on employees, whose term of employment may be terminated or altered to the detriment of employees, who may be transferred to another employer. Hence, the cognitive objective of doctoral dissertation is: (1) to identify the concept and cases involving change of employer, in order to understand the limits of implementation of employee protection regulations; (2) to point to the selective systematization, imprecisions and legal gaps which have practical relevance and consequences; (3) to determine the legal consequences and emphasize the complexity of employees' legal position during and after change of employer; and (4) to investigate the level of employee protection in case of employer change in domestic, comparative and international law. It is achieved by applying social science and legal science methods. The pragmatic objective of the dissertation is: (1) to provide analytical overview, critically evaluate

the legal solutions for employee protection in case of employer change, and determine whether positive law meets the legislator's requirements; (2) to consider the possibility of improving employee protection to achieve social balance, based on the analysis of international legal sources, comparative law and legal practice in neighboring countries and the Republic of Serbia, and (3) to offer *de lege ferenda* proposals for system modification.

Scientific
Field:

Juridical Sciences

Scientific
Discipline:

Labour Law

Key Words:

Change of employer, Transfer of Undertakings, Acquired Rights, Protection, Employee.

UDC:

331.105.2-057.16+349.2

CERIF

Classification:

S 110 Juridical Sciences

S 146 Labour Law

Creative
Commons
License Type:

CC BY-NC-ND

САДРЖАЈ

УВОД.....	14
I СУБЈЕКТИ ИНДИВИДУАЛНОГ РАДНОГ ОДНОСА.....	21
1. Проблем одређивања појма „запослени“	24
1.1. Историјски развој појма „запослени“ – од најамног радника до запосленог-грађанина	26
1.2. Дефинисање појма „запослени“ у савременом радном законодавству и судској пракси.....	33
1.3. Концепција „радника“ у радном праву Европске уније.....	37
1.4. „Квази-запослени“ и ширење (персоналног) подручја примене радног законодавства	45
1.4.1. Проблеми квалификације и заштите „дигиталних радника“	56
2. Деликатност дефинисања послодавца.....	62
2.1. Реконцептуализација појма „послодавац“	68
2.1.1. Унитарна концепција послодавца.....	69
2.1.2. Плурална концепција послодавца	73
2.1.3. Узајамно приближавање и разилажење унитарне и плуралне концепције послодавца	76
2.1.3.1. Случајеви <i>outsourcing</i> -а и подуговорања	79
2.1.3.2. Случај повезивања привредних друштава - групе друштава	85
2.1.3.3. Дигиталне платформе као послодавци.....	90
II МОГУЋНОСТ ПРОМЕНЕ СУБЈЕКТА ИНДИВИДУАЛНОГ РАДНОГ ОДНОСА. 95	
1. Индивидуални радни однос - општа разматрања.....	95
2. Уопште о промени субјекта уговорног односа.....	103
2.1. Промена уговорне стране на основу уговора – уступање уговора	106
2.1.1. Предмет	109
2.1.2. Пристанак друге уговорне стране	110
2.1.3. Правна дејства уступања уговора	112
2.2. Промена уговорне стране на основу закона.....	114
3. Могућност промене субјекта индивидуалног радног односа.....	116

III НАСТАНАК И РАЗВОЈ ПРАВИЛА О ЗАШТИТИ ЗАПОСЛЕНИХ У СЛУЧАЈУ ПРОМЕНЕ ПОСЛОДАВЦА	126
1. Право земаља европско-континенталне правне традиције	129
2. Право земаља англосаксонског правног система	138
3. Међународни и европски стандарди рада од значаја за заштиту запослених у случају промене послодавца	146
3.1. Стандарди Међународне организације рада	146
3.2. Стандарди Савета Европе	150
3.3. Право Европске уније	151
3.3.1. Порекло Директиве 77/187/ЕЕЗ - јединствено тржиште и економска интеграција	152
3.3.2. Правни оквир Директиве 77/187/ЕЕЗ	155
3.3.3. Конституционализација шире социјалне интервенције Европске уније ...	160
3.3.4. Новела Директиве 98/50/ЕЗ	162
3.3.4.1. Расправа и дијалог поводом пресуде Суда правде Европске уније у случају <i>Schmidt</i>	166
3.3.4.2. Одговори на Предлог измене Директиве 77/187/ЕЕЗ	169
3.3.4.3. Ревидирани Предлог измене Директиве 77/187/ЕЕЗ и Меморандум о стеченим правима	171
3.3.4.4. Правни оквир Новеле Директиве 98/50/ЕЗ	173
3.3.5. Развој социјалне политике Европске уније након усвајања Новеле Директиве 98/50/ЕЗ	176
3.3.6. Консолидована Директива 2001/23/ЕЗ	178
3.3.7. Актуелне тенденције у развоју европских комунитарних правила о заштити запослених у случају промене послодавца	180
4. Развој правила о заштити запослених у случају промене послодавца у домаћем праву	185
IV ПОЈАМ И СЛУЧАЈЕВИ ПРОМЕНЕ ПРАВНОГ ИДЕНТИТЕТА ПОСЛОДАВЦА	193
1. Појам промене правног идентитета послодавца	193
2. Случајеви промене послодавца	197
2.1. Промена послодавца са својством физичког лица	198
2.2. Промена послодавца са својством правног лица	201
3. Пренос предузећа у праву Европске уније и њених држава чланица	207

3.1. Када постоји пренос предузећа?.....	211
3.1.1. Концепти „предузеће“ и „пословање“ у праву и судској пракси Европске уније.....	213
3.1.2. Идентификација „предузећа“ у праву и судској пракси држава чланица Европске уније.....	222
3.1.3. Промена правног идентитета послодавца.....	226
3.1.3.1. Правни пренос.....	226
3.1.3.1.1. Закуп предузећа.....	229
3.1.3.1.2. <i>Outsourcing, insourcing</i> и подуговарање предузећа	231
3.1.3.1.3. Пренос предузећа на основу одлука органа јавне власти	235
3.1.3.1.4. Пренос предузећа у оквиру групе компанија.....	238
3.1.3.1.5. Закључна разматрања	243
3.1.3.2. Спајање	246
3.1.4. Очување идентитета предузећа.....	252
3.1.4.1. Радноправни приступ: сличност привредних делатности.....	255
3.1.4.2. Привредноправни приступ: привредни ентитет.....	259
3.1.4.2.1. Разликовање привредних делатности претежно заснованих на имовини и привредних делатности претежно заснованих на радној снази - немогућа разлика?.....	263
1) Привредни субјекти који се баве привредним делатностима заснованим (у значајној мери) на имовини	265
2) Привредни субјекти која се баве делатностима „у основи заснованим на радној снази“.....	267
3.1.4.3. Закључна разматрања.....	272
3.2. Пренос предузећа у јавном сектору	273
3.2.1. Еволуција праксе Суда правде у Луксембургу	276
3.2.2. Вршење јавних овлашћења и/или привредне делатности - могућа аналогија са правом конкуренције?	281
3.3. Пренос предузећа у стечајном поступку	285
3.3.1. Примена Директиве 77/187/ЕЕЗ на преносе предузећа инсолвентних послодаваца у пракси Суда правде у Луксембургу	287
3.3.2. Регулисаност преноса предузећа у стечајном поступку у Новели Директиве 98/50/ЕЗ	291

3.3.3. Утицај Новеле Директиве 98/50/ЕЗ на права запослених и процес њене имплементације у национална законодавства.....	296
3.4. Прекогранични пренос предузећа	302
3.4.1. Примена Директиве 2001/23/ЕЗ на прекогранични пренос предузећа	304
3.4.1.1. Члан 1(2) Директиве 2001/23/ЕЗ - принудна норма обавезне примене?	305
3.4.1.2. Додатни услови.....	309
3.4.2. Правила о сукобу закона	311
3.4.3. Закључна разматрања	317
4. Српски концепт промене послодавца.....	319
4.1. Случајеви промене послодавца у српском законодавству.....	325
4.1.1. Промена послодавца са својством физичког лица.....	325
4.1.2. Промена послодавца са својством правног лица	331
4.1.2.1. Статусне промене привредних друштава.....	332
4.1.2.2. Статусне промене других правних лица	336
4.1.2.3. Други случајеви промене послодавца	341
4.1.2.4. Приватизација	346

V ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ ПРОМЕНЕ ПОСЛОДАВЦА НА ПОЛОЖАЈ ЗАПОСЛЕНИХ

1. Последице промене послодавца на индивидуална права и обавезе запослених....	353
1.1. Правило о <i>ex lege</i> преносу права и обавеза из радног односа	354
1.1.1. Чији се уговори преносе?	358
1.1.1.1. Запослени <i>v.</i> радници	358
1.1.1.2. Запослени у делу предузећа које се преноси на другог послодавца ...	364
1.1.2. Датум наступања правних последица промене послодавца и преноса уговора о раду.....	366
1.1.3. Право запосленог да одбије пренос уговора о раду.....	371
1.1.3.1. Пракса Суда правде Европске уније.....	374
1.1.3.2. Примена ставова Суда правде из случаја <i>Katsikas</i> у правима држава чланица	376
1.1.3.3. Закључна разматрања.....	383
1.2. Начело очувања стечених права запослених	385
1.2.1. Која се права и обавезе преносе?.....	386

1.2.1.1. Права и обавезе који произилазе из индивидуалних уговора о раду или радног односа.....	387
1.2.1.2. Права и обавезе који произилазе из колективних уговора о раду	390
1.2.2. Забрана измене уговора о раду	398
1.2.3. Важење „динамичке клаузуле“ у уговорима о раду	405
1.3. Одговорност за потраживања запослених доспела пре промене послодавца..	415
1.3.1. Правни режим одговорности у праву Европске уније.....	416
1.3.2. Правни режим одговорности у праву држава чланица Европске уније	418
1.3.3. Правни режим одговорности у домаћем праву	420
1.4. Право на заштиту од отказа уговора о раду из разлога везаних за промену послодавца	428
1.4.1. Заштита од отказа уговора о раду од стране послодавца претходника	433
1.4.2. Заштита од отказа уговора о раду од стране послодавца следбеника	436
2. Последице промене послодавца на колективна права и обавезе запослених.....	442
2.1. Право на информисање и консултовање запослених у околностима промене послодавца	452
2.1.1. Обавеза информисања и консултовања представника запослених као правило	454
2.1.2. Обавеза непосредног информисања запослених као изузетак	456
2.2. Положај представника запослених у околностима промене послодавца.....	460
2.3. Потешкоће које произилазе из примене постојећих правила о информисању и консултовању запослених	463
3. Последице промене послодавца на права и обавезе из социјалног осигурања	472
3.1. Начело нестечених права у допунском пензијском осигурању	475
3.3. Могући правци измене комунитарног правила о изузећу допунских пензијских давања из правила о <i>ex lege</i> преносу	485
ЗАКЉУЧАК.....	490
СПИСАК КОРИШЋЕНЕ ЛИТЕРАТУРЕ	503
СПИСАК КОРИШЋЕНИХ ИЗВОРА ПРАВА И ДОКУМЕНАТА	535

*„Гледајте и чувајте се сваке грамзивости,
јер нико не живи од имовине своје, што је сувише богат“ (Лк. 12, 15)*

УВОД

Ако у основи права стоји потреба за сигурношћу, онда је у основи радног права то потреба за сигурношћу радног односа, односно запослења. Сва људска бића имају потребу да кроз рад (радни однос) остваре средства за живот достојан човека. Осим тога, радни однос неретко представља један од основних начина постизања личног испуњења, а, у исто време, многим појединцима он пружа могућност да развију своје радне способности, знање и вештине. Запослење, стога, треба да буде такво да може обезбедити појединцу праведне и повољне услове рада, добробит и задовољство на раду, као и материјалну и социјалну сигурност. Да би се наведено постигло, уставни савремених држава гарантују право на рад, односно право сваког да зарађује за живот на основу слободно изабраног или прихваћеног посла. Притом, правне гаранције права на рад су превасходно усмерене на очување (сигурност) запослења и заштиту запослених од незаконитог престанка радног односа, будући да једино тако запослени може бити у стању да прави дугорочније професионалне, финансијске, личне и породичне планове.

С друге стране, промена је свеприсутна реалност, константа у животу савремених послодаваца. Привредне организације широм света се све више суочавају са различитим изазовима у сложенем пословном окружењу - глобализацијом, технолошким променама, заменом индустријског друштва информационом друштвом, демографским променама, растом страних директних инвестиција, променама власништва капитала и бројним другим. Сходно томе, ове организације су присиљене да преиспитају и прилагоде своје пословање како би одговориле на ове изазове и задовољиле потребе заједница којима служе. Многе се, у том циљу, опредељују за увођење неког облика реструктурирања свог пословања: статусне, односно структурне промене (реорганизацију), правни пренос предузећа (продају, закуп, подуговањање, *outsourcing* предузећа итд.), промену структуре капитала, прелазак у приватни сектор (ако су јавне), па чак и промену унутрашње организације (успостављање матричних структура пословања, спуштање хијерархијског нивоа управљања и сл.). Све наведене оперативне (структурне) и финансијске промене послодаваца теже повећању њихове вредности, ефикасности и конкурентности, путем остваривања административног и функционалног јединства, уравнотежења добити и губитака, ширења ван националних оквира итд. Међутим, реструктурирање послодаваца увек има и своје значајне радноправне, односно социјалне импликације - одражава се на положај запослених и

њихових представника. Оно неретко подразумева престанак радног односа или промену уговорених услова рада на штету запослених (смањење нивоа примања, промену структуре зараде и сл.). Ово посебно у случајевима када је реструктурирање праћено променом правног идентитета носиоца предузећа и, последично, променом послодавца. Питање правног положаја запослених у случају промене послодавца се, у том смислу, појављује као једно од важних и актуелних питања радног права. Тежећи да ограничи несигурност запослења и коригује неједнакост субјеката радног односа, савремено радно право уводи правила која имају за циљ побољшање позиције запослених у односу на позицију коју би, у истим околностима, имали по општим правилима уговорног права или *common law*-а, односно избегавање аутоматског престанка радног односа у случају промене правног идентитета послодавца. То се постиже, пре свега, путем правила о *ex lege* преносу уговора о раду са „старог“ на „новог“ послодавца, као и забраном отказа уговора о раду из разлога везаних за саму промену послодавца. Иако је примарни циљ ове регулативе заштита запослених, кроз историју се показало да је она имала знатно комплекснију улогу у структурирању тржишта капитала и радне снаге. Регулишући правни положај запослених у случају промене послодавца, законодавац у ствари има задатак да успостави социјалну равнотежу између права послодавца на слободну пословну иницијативу усмерену на стицање добити и права запосленог на очување свог радног места, што и јесте један од основних циљева радног права у систему тржишне економије. Овај задатак, притом, није нимало лак: потребно је, с једне стране, створити услове за реструктурирање послодавца које ће омогућити њихов опстанак на тржишту и отворити могућности за даљи развој и прилагођавање сложенем пословном окружењу, а с друге стране, обезбедити заштиту запослених у ситуацији када долази до промена на послодавачкој страни у раније заснованом радном односу. Отуд је основни, научни циљ нашег истраживања подразумевао да се - путем аналитичког и критичког приступа релевантној литератури, меродавним изворима права, документима и извештајима надлежних органа и институција, као и судској пракси - утврди правни положај запослених за време и након спроведеног поступка промене послодавца. С тим у вези, као централно питање анализирани су правне последице промене послодавца на положај запослених, односно на њихова индивидуална и колективна права и обавезе, као и права и обавезе по основу социјалног осигурања. Ово тим пре што ова тема није заокупљала већу пажњу домаћих научних посленика, те је изостала њена монографска обрада, а научни радови друге врсте се не срећу у великом броју. Осим тога, домаћа

судска пракса кроз коју би било могуће испитати и оценити ставове судова о „спорним“ аспектима законских одредби које регулишу положај запослених у случају промене послодавца је врло оскудна и неразвијена. Као резултат наведеног, питање правног положаја свих актера (запослених, њихових представника, послодавца претходника и послодавца следбеника) у поступку промене послодавца је у домаћем праву остало недовољно истражено, што је тешко прихватљиво у време када се корпоративно реструктурирање афирмише као једна од главних полуга економског развоја. Поред научног циља, истраживање је имало и прагматички (друштвени) циљ да се изврши аналитички преглед и критичка оцена законских решења посвећених заштити запосленог у ситуацији промене послодавца и утврди да ли наведена решења остварују сврху коју им је наменио законодавац, те да се сагледају могућности унапређења система заштите запослених ради постизања социјалне равнотеже. Због тога верујемо да добијени резултати могу послужити као путоказ за будуће реформе домаћег правног система. Ово посебно из разлога што се ставови и најважнија теоријска тумачења смисла постојања заштите запослених у случају промене послодавца крећу у распону од уверења да нејасна и непрецизна правила о заштити запослених у случају промене послодавца, односно њихов изостанак, представљају извор социјалне несигурности милиона запослених, до уверења да (строга) правила о заштити запослених током и након процедуре промене послодавца неоправдано ограничавају послодавчеву слободу предузетништва. Уверени да такви ставови указују заправо на потребу пажљивог балансирања интереса запослених и послодаваца, а не на сувишност заштите запослених, у истраживању смо пошли од хипотезе да у амбијенту слободног тржишта капитала, државе имају легитиман и оправдан интерес, али и обавезу да коригују неједнакост својственог радног односу и, усвајањем (заштитног) законодавства, спрече да запослени остану без посла сваки пут кад послодавац изврши статусну промену или на други начин промени свој правни идентитет.

У намери да утврдимо правни положај запослених у случају промене послодавца, за истраживање смо користили еkleктични приступ, тј. комбинацију различитих метода, пре свега, метода друштвених и, нарочито, правних наука (социолошки метод, догматичко-нормативни метод, упоредноправни метод, историјскоправни метод и др.), све у зависности од циља одређеног дела истраживања и природе предмета анализе. У оквиру Првог дела рада настојали смо да одредимо појмове који су нужни за правилно разумевање основног предмета истраживања, односно појмове субјеката индивидуалног радног односа. Тако је, најпре, сажето

указано на проблем одређивања појма „запослени“, као и на различите дефиниције овог појма које постоје у радном законодавству, судској пракси и доктрини, док је сразмерно већа пажња посвећена указивању на трендове флексибилизације рада, масовну употребу атипичних облика рада и појаву категорије „економски зависних радника“ и, нарочито, „дигиталних радника“. Ово се чинило неопходним да би се указало на тешкоће утврђивања и тенденције ширења персоналног подручја примене радног законодавства, а све у циљу каснијег правилног разумевања и одређивања круга лица која су обухваћена начелом очувања (сигурности) запослења у случају промене послодавца. С друге стране, одређивање материјалног подручја примене радноправних прописа посвећених заштити запослених у случају промене послодавца, захтева да се утврди појам „промена послодавца“ и правни разлози који доводе до ове промене. Како радно законодавство, по правилу, не дефинише овај појам, у пракси је утврђивање ситуација у којима долази до промене послодавца изузетно сложен задатак, посебно ако се има у виду да су законске дефиниције послодавца прилично широке, а да дефиниције радног односа изостају. Стога, у оквиру Првог дела рада значајна пажња усмерена је и на указивање деликатности дефинисања појма „послодавац“, али и на потребе модернизовања овог појма, тј. његовог прецизнијег уређења и реконцептуализације у складу са захтевима модерне пословне праксе.

Могућност промене субјеката радног односа представља предмет Другог дела рада, у којем је, на почетку, дат општи осврт на појам индивидуалног радног односа ради указивања на његову „структурну амбивалентност“ и сложену (уговорно-статусну) природу. Полазећи од претпоставке да је институт промене послодавца настао одговарајућим сажимањем правила радног, облигационог и компанијског права, у наставку Другог дела рада анализрана су облигационоправна правила посвећена (уговорној и законској) промени субјеката уговорног односа, а, све у циљу извлачења одређених закључака о могућности њихове сходне примене на промену субјеката индивидуалног радног односа и, уопштено, бољег разумевања основног предмета истраживања. У последњем поглављу овог дела рада анализирана је могућност промене субјеката индивидуалног радног односа, и то, пре свега, кроз анализу обавезе личног обављања посла као обележја радног односа које је кључно за разумевање разлике коју савремено радно право чини забрањујући, с једне стране, пренос права и обавеза запосленог у сваком случају и дозвољавајући, с друге стране, послодавцу да може да пренесе своја права и обавезе из радног односа на треће лице.

У циљу потпуног разматрања института промене послодавца, неопходно је истражити настанак идеје и историјски развој правила о потреби посебне заштите запослених у случају промене послодавца, као компромиса постигнутог између потребе да се очува сигурност запослења када дође до промене на послодавачкој страни, интересно супротстављеној сувереној управљачкој власти послодаваца да доносе пословне одлуке које им омогућавају флексибилност у прилагођавању променама на тржишту и гаранцијама слободе предузетништва, што ће се учинити у Трећем делу рада. У том смислу, најпре је указано на развој идеје о заштити запослених у случају промене послодавца у државама европске-континенталне правне традиције које усвајају законска правила о очувању запослења, а, потом, и на видове заштите које пружају државе англосаксонске правне традиције у којима оваква законска гаранција није обезбеђена. Највећа пажња, међутим, посвећена је разматрању историје настанка правних правила Европске уније, из више разлога. Најпре, Директива о хармонизацији права држава чланица у односу на заштиту права запослених код преноса предузећа, посла или делова предузећа или посла 2001/23/EЗ¹ (даље у тексту Директива 2001/23/EЗ) представља не само најважнији, већ и једини међународни извор права који има за предмет заштиту права запослених у случају промене послодавца. Потом, иако је циљ Директиве 2001/23/EЗ био хармонизација правних правила држава чланица, а не успостаљање јединственог правног режима на нивоу Европске уније, овај документ, у својој важећој верзији и дан данас представља садржински најразвијенији међународни правни акт у материји промене послодавца. Коначно, ова Директива 2001/23/EЗ је извршила велики утицај не само на државе чланице Европске уније и Европског економског простора, већ и на друге државе европског региона, али и других делова света, а, нарочито на државе које теже учлањењу у Европску унију, а које су по узору на решења садржана у њој измениле своја законодавства. У том смислу, она је од изузетног значаја и за домаће радно законодавство, с обзиром да је Србија у оквиру процеса европских интеграција дужна да своју регулативу усагласи са правним правилима Европске уније, што је до сада само делимично урађено, услед чега ће бити указано на процес њеног доношења и улогу појединих актера у њеној измени и тумачењу. Најзад, у оквиру овог дела рада приказана је историја настанка правних правила о заштити „запослених“ у случају промене послодавца у домаћем праву, кроз

¹ Council Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings or business or parts of undertakings or businesses, (*Official Journal* L 82, 22.03.2001, 16-20) - даље у фуснотама Директива 2001/23/EЗ.

анализу радноправне регулативе почев од периода формирања радног права као самосталне гране права у нашој земљи, преко периода административног и самоуправног социјализма, до данашњих дана.

Под окриљем Четвртог дела рада анализиран је појам „промена послодавца“ и случајеви у којима долази до наведене промене. У европском комунитарном и упоредном радном праву, највеће недоумице приликом имплементације начела очувања запослења у случају промене послодавца настају управо у вези са одређивањем подручја примене овог начела, па упркос импозантној судској пракси подручје примене радноправних прописа и даље остаје нејасно. Имајући у виду наведено, у овом делу рада анализиран је, пре свега, европски концепт преноса предузећа и правни разлози који доводе до преноса предузећа (случајеви промене послодавца). Премда промена правног идентитета послодавца подразумева примену института компанијског права, сва суштинска питања која су предмет истраживања посматрана су из перспективе радног права. Притом, предмет разматрања била су, пре свега, решења садржана у праву Европске уније, имајући у виду да су под утицајем решења садржаних у Директиви 2001/23/ЕЗ све државе чланице Европске уније, као и многе друге државе широм Европе и света, усвојиле иста начела (тзв. стубове) правне заштите запослених у околностима промене послодавца. Међутим, Директива 2001/23/ЕЗ је, ипак, законодавна мера делимичне хармонизације што оставља простор за уважавање националних особености, због чега су у овом делу рада приказана и решења појединих држава чланица Европске уније, како би се сажела најпозитивнија упоредноправна решења и извукли закључци о могућем начину унапређења домаћих законских решења. Притом, упоредноправни преглед није издвојен у посебном делу рада нити је формиран некакав чврст истраживачки узорак, већ су приликом сваког института који се разматра издвојена решења оних држава која се чине интересантним и корисним за постизање постављених циљева овог истраживања, са посебним нагласком на решења оних правних система који се могу сматрати репрезентативним представницима најважнијих правних кругова на нашем континенту. Посебан простор у анализи појма и случајева промене послодавца посвећен је и судској пракси Суда правде Европске уније² која је била кључна у изградњи концепта преноса предузећа у

² Суд правде Европске уније или Европски суд правде представља највишу инстанцу у правосудној структури Европске уније и обухвата Суд правде, Општи суд и специјализоване судове. Овај назив носи након усвајања Лисабонског уговора, заменивши дотадашњи назив Суд правде Европске заједнице. До наведене промене је дошло због укидања стубовске структуре Европске уније и престанка постојања Европске заједнице (Видети: Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty

европском комунитарном и праву држава чланица Европске уније. Најзад, последње поглавље овог дела рада посвећено је анализи српског концепта промене послодавца, уз настојање да се прикажу све његове мањкавости и одступања од европских стандарда, али и дају предлози за *de lege ferenda* побољшања српског законодавства.

Последњи део дисертације посвећен је анализи правних последица промене послодавца на положај запослених. Сву сложеност правног положаја запослених у околностима промене послодавца започели смо указивањем на потребу и оправданост њеног пружања. Основни предмет разматрања су, међутим, правне последице промене послодавца на индивидуална и колективна права и обавезе запослених, као и на права и обавезе које запослени и послодавци имају по основу социјалног осигурања. У овом делу рада размотрени су и кључни изазови са којима се суочава нормирање правног положаја запослених код промене послодавца, уз критички осврт на постојећа неадекватна легислативна решења, уз предлоге за њихову измену и афирмацију става да иста морају да буду тумачена у складу са основним постулатима радног права. Анализа је базирана на познавању постојеће правне доктрине, стране и домаће литературе, као и на домаћим, страним и међународним изворима права. Поред тога, анализирана је и преиспитана судска пракса, пре свега, Суда правде Европске уније, као и страних и домаћих судова. Нужну пажњу посветићемо овој области како из угла запосленог, тако и из угла послодавца, односно покушаћемо да сагледамо сукобљене интересе обеју страна, те да за актуелне недоумице предложимо најбоље могуће решење.

У закључним разматрањима на интегрисан начин представићемо резултате до којих смо дошли у трагању за решењима проблема који се јављају у вези са правним положајем запослених у поступку промене послодавца, али и понудити предлоге за доградњу домаћег закона како би се на ефикаснији начин уредила ова материја и обезбедила њена делотворност.

establishing the European Community, *Official Journal* C 306, 17.12.2007, 1-229, члан 9ф). Премда је у време доношења појединих, у раду анализираних, пресуда овај Суд носио свој ранији назив, у овом раду биће коришћен његов тренутни (службени) назив - Суд правде Европске уније, као и скраћенице Суд правде или само Суд.

I СУБЈЕКТИ ИНДИВИДУАЛНОГ РАДНОГ ОДНОСА

Основни, вековни проблем радног права јесте како одредити персонално подручје његове примене, односно како дефинисати ко су (или треба да буду) субјекти радног права.³ Проблем се манифестује на различите начине. Тако су, примера ради, запослени који обављају плаћени рад у домаћинству послодавца у Сједињеним Америчким Државама искључени из подручја примене закона о радном времену, услед чега немају право на исплату увећане зараде за прековремени рад; новинари у Израелу се сматрају независним уговарачима па немају право на одмор, накнаду зараде за време привремене спречености за рад и друге видове радноправне заштите; пољопривредним радницима у Канади је ускраћено право на колективно преговарање па морају да поднесу озбиљну неједнакост преговарачке моћи, без могућности да своје захтеве постављају и остварују преко синдиката итд.⁴ Да ли је ово оправдано? Ако није, шта се може учинити да се то исправи? С обзиром на пресудну важност таквих питања, није изненађујуће што је тема привукла обимну судску праксу и научне расправе широм света.⁵

Иако се радноправни писци не слажу по многим питањима, општеприхваћен је став да радно право, у смислу какво постоји након индустријализације спроведене после Другог светског рата, у суштини представља дводимензионални феномен, састављен од индивидуалног и колективног радног права.⁶ Индивидуално радно право за свој предмет има (индивидуални) радни однос између запосленог и послодавца. Оно се заснива на „разумевању да постоји неједнакост преговарачке снаге субјеката радног односа или берем тржишни пропусти који фаворизују послодавца“.⁷ Иако би се на први поглед могло претпоставити да је целокупна радна снага заштићена радним законодавством, то заправо није случај.⁸ Радноправни системи су, историјски посматрано, привилеговали подређени рад као предмет заштите, док су се у случајевима самосталног рада позивали на грађанско или привредно право, стварајући тако бинарну поделу између запосленог и samozапосленог лица (независног

³ Guy Davidov, Mark Freedland, Nicola Countouris, „The Subjects of Labor law: „Employees“ and Other Workers“, *Hebrew University of Jerusalem Legal Studies Research Paper Series*, број 15/ 2015, 16.

⁴ Guy Davidov, „Setting Labour Law’s Coverage: Between Universalism and Selectivity“, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 34, број 3/2014, 1.

⁵ *Ibid.*

⁶ Niklas Bruun, „The Old and New Foundations of Labour Law“, у: Kerstin Ahlberg, Niklas Bruun (eds), *The New Foundations of Labour Law*, Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main, 2017, 18.

⁷ G. Davidov, M. Freedland, N. Countouris, *op. cit.*, 1.

⁸ A.C.L. Davies, *Perspectives on Labour Law*, 2nd Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, 77.

уговарача).⁹ Разликовање запослених и samozапослених је важно не само у теоријском смислу (због прецизног дефинисања појмова), већ и због озбиљних последица које одговарајуће разлике производе у погледу примене радног, социјалног и пореског законодавства.¹⁰ Када је реч о радном законодавству, заштита коју одговарајући прописи обезбеђују запосленима руковођена је потребом да се заштите субјекти који су по дефиницији „рањиви“, у мери у којој њихове радне услове карактерише „демократски дефицит, асиметрија моћи и зависност“.¹¹ И супротно, сматра се да то што samozапослена лица остварују овлашћења која произилазе из слободе предузетништва, преузимају ризик пословања и имају шансу за остваривање профита - представља довољан разлог за претпоставку да су способна да сама заштите своје интересе због чега се, уз неколико изузетака, искључују из радноправне заштите.¹² Дакле, потреба за разликовањем зависног од независног рада одређена је потребом да се утврди која лица заслужују радноправну заштиту.¹³ Поред тога, ово разликовање постаје важно и због све веће флексибилизације тржишта рада и појаве рада лица која нису правно подређена, али претежна средства за издржавање остварују од једног наручиоца, што их чини економски зависним од њега и ствара потребу за посебном заштитом. Ови облици рада одступају од стандардног радног односа и све више се повећавају, како по значају, тако и по разноликости, заузимајући често сиву зону између запошљавања и samozapoшљавања.¹⁴ Отуда се у једном делу литературе, као и у систему радног права одређеног броја држава води расправа о могућим начинима њихове квалификације и радноправне заштите. Премда се уобичајени ток ове расправе одвија првенствено у оквиру анализе радноправног статуса одређених категорија радноангажованих лица, некако, али са потешкоћама, новије верзије те расправе успевају да у њу уврсте разне „аномалне“ случајеве троугластог радног односа, попут случаја подуговарања или привременог агенцијског запошљавања.¹⁵ Везивање за

⁹ Adalberto Perulli, „The legal and jurisprudential evolution of the notion of employee“, *European Labour Law Journal*, vol. 11, број 2/2020, 118.

¹⁰ Љубинка Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, 212.

¹¹ Guy Davidov, *A Purposive Approach to Labour Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016, 34.

¹² A.C.L. Davies, *Perspectives on Labour Law*, 77; Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, 212.

¹³ Felicia Rosioru, „The changing concept of subordination“, *Recent Developments in a Labour Law*, Babeş-Bolyai University, Faculty of Law, 2013, 2.

¹⁴ Paul Schoukens, Alberto Barrio, „The changing concept of work: When does typical work become atypical?“, *European Labour Law Journal*, vol. 8, број 4/2017, 307.

¹⁵ Paul Davies, Mark Freedland, „The Complexities of the Employing Enterprise“, у: Guy Davidov, Brian Langille (eds), *Boundaries and Frontiers of Labour Law - Goals and Means in the Regulation of Work*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2006, 275.

уговор о раду као нормативну основу билатералног односа у коме се на једној страни налази запослени, а на другој послодавац као јединствена правна целина се сматра превазиђеним. Као резултат процеса глобализације, а уз подршку у новим технолошким достигнућима, традиционална привредна друштва и нови предузетници почели су да следе нове управљачке оријентације у пословном организовању са циљем повећања прилагодљивости и смањења ризика, трошкова и одговорности. Ови трендови узрокују дубоке трансформације у карактеризацији не само рада, радника и радних места, већ и послодавца. Велика индустријска предузећа која су управљала целокупним производним и дистрибутивним процесима и деловала као једини послодавац за читаву легију запослених су почела да се уситњавају у међусобно повезане вишеслојне пословне мреже састављене од мноштва правних субјеката, од којих сваки обавља мање делове препуштене економске активности, као правно независан послодавац.¹⁶ Криза која је резултат ових промена очигледно захтева преиспитивање (персоналног) подручја примене радног законодавства.¹⁷ Поред

¹⁶ Diego Álvarez Alonso, „Labor Law and Atomization of Work: Legal Responses to the Fissured Workplace in Spain“, у: *Reconsidering the Notion of Employer in the Era of Fissured Workplace: Should Labor Law Responsibilities Exceed the Boundary of the Legal Entity?* The Japan Institute for Labour Policy and Training, Comparative Labor Law Seminar, REPORT No. 15, Tokyo, 2016, 131.

¹⁷ Велики број писаца у научној и стручној литератури примећује да је радно право у кризи већ неко време. Међутим, међу њима нема сагласности у вези са узроцима кризе и начинима њене манифестације. До неке мере осећај кризе сигурно резултира као последица доминације неолибералног дискурса током последње три деценије - углавном у политици, али донекле и у академској заједници - што сваку интервенцију на слободном тржишту ставља у дефанзиву. Радно законодавство се у овом дискурсу види као препрека за ефикасност и економски раст, док се дерегулација на тржишту рада поздравља као решење. Такви аргументи су изгубили доста утицаја у последњих неколико година, али њихов утицај је био (и донекле је и даље) значајан - што свакако може пружити објашњење осећаја тескобе међу онима који верују у радно право. Остављајући осећања по страни, међутим, није примећено да се радноправни прописи укидају у значајној мери. Сигурно је да је дошло до промена у неким земљама, а свеукупни правац је смањио терет за послодавце. Премда не треба умањити значај таквих промена, већином су то биле промене у детаљима, а не у општим структурама прописа о раду. Стога се, све чешће, може чути питање: у ком смислу постоји криза радног права? Тако, неки научници верују да радно право има „кризу идентитета“ као научно подручје, док други сматрају да је радном законодавству потребна „нова парадигма“ јер старој недостају објашњења и нормативна моћ. Они указују на драматичне промене на тржиштима рада током последњих неколико деценија - ширење нестандартних облика запошљавања, глобализацију, пропадање синдиката итд. - да би објаснили зашто је промена парадигме потребна. Трећи, пак, сматрају да, иако је значај промена на тржишту рада неспоран, то не мора нужно довести до закључка да је потребна „нова парадигма“ за регулисање рада или нова нормативна основа. Емпиријске промене, према њиховом мишљењу, заиста захтевају промене у радном законодавству, које се мора на различите начине прилагођавати постизању својих циљева. Међутим, то не значи да су се циљеви радног права променили (или да би требало да се промене). Криза радног права, дакле, није криза циљева, већ је резултат неусклађености ових циљева и променљиве стварности. Проблем је што радно право у многим земљама није успело да одговори на промене у пракси запошљавања и друге промене које утичу на тржиште рада. Ова стагнација довела је до неусклађености, што практично значи да су многи радници остали изван делокруга заштите (у потпуности или делимично). Стога је, према њиховом закључку, проблем несигурног рада највећим делом резултат проблема покривености радним законодавством. Видети више: Richard Mitchell, „Where are we Going in Labour Law? Some Thoughts on a Field of Scholarship and Policy in Process of Change“, *Australian Journal of Labour Law*, vol. 24, број 1/2011, 45; Judy Fudge, „Labour as a ‘Fictive Commodity’: Radically Reconceptualizing Labour Law“, у: Guy Davidov, Brian

бинарне поделе радника, други, не мање важан аспект овог проблема је унитарна концепција послодавца као појединачне уговорне стране. Нова сложеност света рада повлачи за собом тензије и изазове за примену и спровођење радноправног система, који пати од неприлагођености измењеним економским обрасцима. Чак и ако се изоставе одређене патолошке појаве у пракси запошљавања, проблем је, чини се, и у томе што су неки од класичних института и регулаторних оријентација радног законодавства прилично застарели, те се не уклапају правилно у нове облике рада. Једноставно речено, питање је да ли у светлу притиска који се врши на основне концептуалне „блокове“ - запосленог, послодавца, уговор о раду итд. - познато здање радног права може и даље да стоји?¹⁸ Иако су системи радног права неких држава прилагодили своје законе боље од других како би се супротставили променама у стварности на тржишту рада, чини се да укупна ситуација оправдава тврдњу о глобалној кризи покривености радним законодавством (енгл. *coverage crisis*).¹⁹

1. ПРОБЛЕМ ОДРЕЂИВАЊА ПОЈМА „ЗАПОСЛЕНИ“

Питање ко је запослени - односно који радници треба да буду стављени под штит радног законодавства - има дугу историју. Судови широм света суочавали су се с овим питањем од саме појаве модерног радног права, пре отприлике једног века, али варијације истог питања су мучиле судове и неколико векова раније.²⁰ Врховни суд Сједињених Америчких Држава је пре скоро седам деценија препознао да је „мало проблема у закону дало већу разноликост примене и супротстављеност резултата од случајева који настају на граничном подручју између онога што очигледно представља однос послодавац-запослени и онога што је очигледно независан, предузетнички рад“.²¹ Ни у теорији радног права није престала расправа о једном од основних појмова

Langille (eds), *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, 120; John Howe, „The Broad Idea of Labour Law: Industrial Policy, Labour Market Regulation, and Decent Work“, у: Guy Davidov, Brian Langille (eds), *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press, 2011, 295; G. Davidov, „Setting Labour Law’s Coverage: Between Universalism and Selectivity“, 4-7.

¹⁸ Guy Davidov, Brian Langille, „Introduction: Goals and Means in the Regulation of Work“, у: Guy Davidov, Brian Langille (eds), *Boundaries and Frontiers of Labour Law - Goals and Means in the Regulation of Work*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2006, 1.

¹⁹ G. Davidov, „Setting Labour Law’s Coverage: Between Universalism and Selectivity“, 7.

²⁰ G. Davidov, M. Freedland, N. Countouris, *op. cit.*, 1.

²¹ Mitchell H. Rubinstein, „Employees, Employers and Quasi-Employers: an Analysis of Employees and Employers Who Operate in the Borderland Between Employer and Employee Relationship“, *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, vol. 14, брoј 1/2012, 615.

индивидуалног радног права – појму запосленог.²² Ово не треба да изненађује, ако се има у виду да је одређивање појма запосленог, односно признавање статуса запосленог од суштинског значаја за стицање, односно остваривање индивидуалних и колективних права запослених.²³ Норме радног законодавства се не примењују на samozапослена лица, па питање ко је „запослени“ има тежак нормативни пртљаг.²⁴ Од одговора на ово питање зависи да ли ће одређено лице бити обухваћено или изузето из подручја радноправне заштите. Њиме се, дакле, успоставља демаркациона линија између групе радника који уживају значајну регулаторну подршку (запослени) и групе лица која морају да прихвате диктат тржишних снага (самозапослена лица). Одлучивање о радноправном статусу одређеног лица је, дакле, једнако одлучивању о (персоналном) подручју примене радног законодавства. Упркос наведеном, не постоји јасно разумевање на који начин направити разлику између запослених и других радноангажованих лица, без обзира да ли су окарактерисани као волонтери, независни уговарачи или акционари.²⁵ Овај недостатак јасноће је, углавном, резултат чињенице да је законски језик којим се дефинише појам „запослени“ (ако се уопште дефинише) нејасан,²⁶ што има за последицу добијање широких дефиниција, које су, неизоставно, скопчане са ризиком да буду неодређене и двосмислене.²⁷ Недостатак законске јасноће несумљиво је допринео проблему погрешне квалификације радноангажованих лица. Као резултат наведеног, генерисана је значајна количина судске праксе која покушава да разјасни шта појам запосленог значи. Суочени са потребом доношења одлуке о радноправном статусу различитих група радноангажованих лица, судови су морали развити различите тестове и индикаторе који би помогли у овом задатку и пружили смернице послодавцима и радницима. Ти тестови су се развијали током година. Повремено се законодавна власт укључивала и трудила да преузме водећу улогу у овој области, увођењем законодавства усмереног на признавање радноправне заштите

²² Бранко Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, 57.

²³ *Ibid.*, 58.

²⁴ G. Davidov, M. Freedland, N. Countouris, *op. cit.*, 1.

²⁵ Mitchell H. Rubinstein, „Our Nation’s Forgotten Workers: The Unprotected Volunteers“, *Journal of Labor and Employment Law*, vol. 9, број 1/2006, 158-160.

²⁶ Mitchell H. Rubinstein, „Employees, Employers and Quasi-Employers: an Analysis of Employees and Employers Who Operate in the Borderland Between Employer and Employee Relationship“, 608.

²⁷ Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, 241. Тако се, примера ради, Врховни суд Сједињених Америчких Држава позвао на дефиницију запосленог према Закону о Американцима са инвалидитетом као на „пуку, номиналну дефиницију“, док је за дефиницију запосленог према Закону о осигурању прихода од пензије изјавио да је „потпуно кружна и не објашњава ништа“. Видети: Mitchell H. Rubinstein, „Employees, Employers and Quasi-Employers: an Analysis of Employees and Employers Who Operate in the Borderland Between Employer and Employee Relationship“, 608.

посебно дефинисаним категоријама „запослених“ или „радника“.²⁸ Због све веће сложености радних ангажмана у сивој зони између запошљавања и самозапошљавања, флексибилности тржишта рада, појаве дигиталних платформи, као и бројних других, сложених промена на тржишту рада и у структури радне снаге,²⁹ утврђивање да ли одређено радноангажовано лице (треба да) има статус запосленог постаје све теже.³⁰ Недостатак законске и судске јасноће никоме не користи. И запослени и послодавци морају бити у могућности да утврде која права и обавезе имају, односно немају. Када је радноправни статус нејасан, нејасна су права и обавезе из радног односа.³¹ Стога је, пре отпочињања анализе последица примене послодавца на правни положај запослених, неопходно анализирати појам „запослени“.

1.1. Историјски развој појма „запослени“ – од најамног радника до запосленог-грађанина

У земљама англосаксонског правног система, корени појма запосленог могу се наћи у преиндустријском концепту господара и слуге. Веза између господара (лорда) и слуге била је један од најважнијих чинилаца у дефинисању места особе у друштву, и то путем додељивања унапред одређеног скупа права, обавеза и одговорности.³² У XVIII и XIX веку у Енглеској је „велики, али непознат, проценат (вероватно већина) радника“ био под режимом односа господара и слуге.³³ Као типични производ прелазног периода, однос између господара и слуге, био је хибридног карактера. Стари обичаји и законски акти су га третирали као статусни однос и уређивали га у складу с тим. Почев од XIV века, законодавци су признали да овај однос има уговорни карактер, али су права и дужности, ипак, у великој мери били утврђени законом, а не споразумом странака.³⁴ Израз „слуга“ био је двосмислен и шири од онога што се данас подразумева

²⁸ G. Davidov, M. Freedland, N. Countouris, *op. cit.*, 1.

²⁹ P. Schoukens, A. Barrio, *op. cit.*, 312-327.

³⁰ F. Rosioru, *op. cit.*, 6.

³¹ Mitchell H. Rubinstein, „Employees, Employers and Quasi-Employers: an Analysis of Employees and Employers Who Operate in the Borderland Between Employer and Employee Relationship“, 608.

³² Samuel Engblom, *Self-employment and the Personal Scope of Labour Law - Comparative Lessons from France, Italy, Sweden, the United Kingdom and the United States*, European University Institute, Department of Law, Florence, 2003, 84.

³³ Douglas Hay, „Master and Servant in England - Using the Law in the Eighteenth and Nineteenth Centuries“, у: Willibald Steinmetz (ed.), *Private Law and Social Inequality in the Industrial Age: Comparing Legal Cultures in Britain, France, Germany and the United States*, Oxford, 2000, 228.

³⁴ У Великој Британији, средњовековни односи између господара и слугу били су кодификовани у два статута - Статуту радника из 1351. године и Статуту уметника из 1563. године. Енглеска влада је 1351. године усвојила Статут радника као одговор на несташицу радне снаге и одговарајући пораст зарада

под појмом „кућно помоћно особље“.³⁵ Слуга је, најчешће, дефинисан „као лице које ставља себе под власт господара који контролише и усмерава обављање посла, чији је резултат у власништву господара“.³⁶ Основна карактеристика односа између господара и слуге био је широк ауторитет и контрола која је припадала господару и положај опште подређености у којем се налазио слуга.³⁷ Против слуге који је напустио господара могле су се применити кривичне санкције, што илуструје више законски, а мање уговорни карактер односа између господара и слуге.³⁸ Ипак, подређеност није била пресудна за примену режима господара и слуге. Главна подела није била на подређене и независне раднике, већ на раднике различитог друштвеног ранга и статуса. Подређеност није била пресудна ни када је доктрина господара и слугу, средином XIX века, први пут примењена на ново индустријско запошљавање. Уместо тога, британски судови су користили појам „ексклузивне услуге“ према којем слуга може имати само једног господара и, као последица тога, они који су радили код неколико послодаваца нису били квалификовани као слуге.³⁹

У Француској је, пак, крајем XVIII и почетком XIX века, друштво (које је излазило из револуционарног раскида са старим режимом) било засновано на новим вредностима - политичкој и економској слободи (фр. *liberté*) и формалној

након црне куге и великих људских страдања. Овај статут и његове касније измене осмишљене су да кодификују и очувају уобичајене односе између господара и слугу. У њима можемо наћи не само зачетке правила о односима господара и слугу, већ и порекло англосаксонске правне разлике између најамних радника (запослених) и независних уговорача. Marc Linder, *The Employment Relationship in Anglo-American Law: A Historical Perspective*, Greenwood Press, New York, 1989, 46-47.

³⁵ D. Hay, *op. cit.*, 30.

³⁶ Alvin L. Goldman, Roberto L. Corrada, *United States of America*, Wolters Kluwer, The Hague, 2018, 89. У раној модерној Енглеској израз „слуга“ је имао неколико значења. Према првом значењу, термин „слуга“ се односио на све слуге који су живели „унутар зидина“ господара, укључујући домаће слуге, сточаре и неквалификоване занатлије. Ова врста слугу је живела у домаћинству господара или на његовом имању. Према другом значењу, израз „слуга“ био је шири и обухватао је све оне који су радили за другог, било да су живели у његовом домаћинству или не. Douglas Hay, Paul Craven, *Masters, Servants, And Magistrates in Britain and The Empire, 1562-1955, (Studies in Legal History)*, University of North Carolina Press, Chapel Hill, 2004, 7.

³⁷ Иако је зависност од господара варијала од врсте слуге, Robert Steinfeld примећује да ниједан слуга није уживао у „слободи рада“ у модерном смислу речи, јер су све слуге биле подвргнуте обавезном раду и специфичним санкцијама за случај да не испуне своје обавезе из уговора. Robert Steinfeld, *The Invention of Free Labor: The Employment Relation in English and American Law And Culture, 1350-1870*, 2002, 40, 60-62. Наведено према: Evelyn Atkinson, „Out of the Household: Master-Servant Relations and Employer Liability Law“, *Yale Journal of Law & the Humanities*, vol. 25, број 2/2013, 209.

³⁸ Стварна разлика између независног уговорача и слуге огледала се у (јединственим) ванредним правним лековима који су били на располагању господару у случају непоштовања уговора од стране слуге. Господар је могао употребити силу да ухвати слугу који би га напустио или који никада није ступио у његову службу. Поред тога, имао је право против другог господара који би наговорио његовог слугу да га напусти или који га је (слугу) у незнању ангажовао, а који је касније (када би му затражио) одбијао да га врати. Стога се чини да је однос између господара и слуге, иако уговорног порекла, у ствари био (попут брачног односа) статусни однос посебне врсте. M. Linder, *op. cit.*, 46.

³⁹ Bruno Veneziani, „The Evolution of the Contract of Employment“, у: Bob Hepple (ed.), *The Making of Labour Law in Europe – a Comparative Study of Nine Countries up to 1945*, London, 1986, 60.

равноправности свих грађана (фр. *égalité*).⁴⁰ Стога је рад, који је до тада већином био регулисан путем еснафских статута, сада требало регулисати уговорима склопљеним између формалноправно једнаких и аутономних страна. Француски Грађански законик из 1804. године - и законици који су га пратили у Белгији, Холандији, Италији, Данској и Немачкој – сврстали су уговор о раду у категорију уговора о закупу (фр. *de contrats de louage*).⁴¹ Француски Законик је правио разлику између две врсте уговора о закупу: уговор о закупу ствари (фр. *du contrat de louage de choses*) и уговор о делу (и пружању услуга) (фр. *du contrat de louage d'ouvrage et d'industrie*).⁴² Уговор о делу дефинисан је као уговор којим се једна страна обавезује да ће учинити нешто за другу страну, по цени која је између њих договорена.⁴³ Најмљени предмет била је радна снага радника, а не његова личност. Као последица принципа да се људска бића не могу куповати и продавати, радна снага се могла уговарати само на одређено време или за одређени задатак.⁴⁴ Према Законнику, особа и њена радна активност су третирано као засебни објекти.⁴⁵

Уговор о делу (и пружању услуга) је даље био подељен у три врсте: први од њих, уговор о најму рада (фр. *du contrat de louage de service*, лат. *locatio conductio operarum*) подразумевао је најам радника који се обавезују да ће бити у служби другог (фр. *gens de travail*);⁴⁶ други који се закључивао са превозницима, како копненим, тако и воденим путем, који обављају превоз лица или робе (фр. *voituriers*),⁴⁷ и трећи - уговор о делу *stricto sensu* (лат. *locatio operis faciendi*) који се закључивао са архитектама, предузетницима и техничарима, који су стекли звање путем (навршених) студија, понуде и тржишта.⁴⁸ Разлика између уговора о најму рада и уговора о делу *stricto sensu* сводила се на то да ли је предмет уговора рад или резултат рада. Подређеност или независност радника је било секундарно питање и у оба случаја се радило за рачун неког другог.⁴⁹ У стварности, разлика је постојала између мануелног и интелектуалног

⁴⁰ Michel Vovelle, „La Revolution 1789-1799“, у: George Duby (ed.), *Histoire de la France – des origines à nous jours*, Paris, 1995, 543. Наведено према: S. Engblom, *op.cit.*, 85.

⁴¹ S. Engblom, *op.cit.*, 85.

⁴² *Code civil*, Art. 1708.

⁴³ *Code civil*, Art. 1710.

⁴⁴ *Code Civil*, Art. 1780.

⁴⁵ Thierry Revet, *La Force de Travail (Etude Juridique)*, Paris, Litec, 31. Наведено према: S. Engblom, *op.cit.*, 86.

⁴⁶ *Code Civil*, Art. 1780.

⁴⁷ *Code Civil*, Art. 1782.

⁴⁸ *Code Civil*, Art. 1779; S. Engblom, *op.cit.*, 86. Сличне одредбе које се налазе у грађанским законима Италије, Белгије и Холандије. В. Veneziani, „The Evolution of the Contract of Employment“, 58.

⁴⁹ Marie-Laure Morin, „Louage d'ouvrage et contrat d'entreprise“, у: Alain Supiot (ed.), *Le travail en perspectives*, Paris, 1998, 129.

рада. Пододељци француског Грађанског законика који су се односили на уговор о најму радне снаге обухватили су домаће слуге и надничаре (физичке раднике), док је рад који су обављали припадници слободних професија припадао категорији уговора о делу.⁵⁰ Разлике у регулацији између уговора о најму радне снаге и уговора о делу, и између ова два и других уговора о најму су, ипак, биле мале, а сви наведени уговори су припадали *Du louage*-категорији уговора и били подвргнути општим начелима грађанског права.⁵¹ Надлежност Савета рада (фр. *Conseil des prud'hommes*), локалног радног суда, покривала је све спорове између послодавца и радника, без обзира на природу уговора између њих.⁵² Важна разлика је, ипак, била у томе што је уговор о најму радне снаге подразумевао подношење налога послодавцу, слично доктрини господара и слуге, док уговор о делу није.⁵³ Ипак, за већину француских радника из XIX века, еснафски статuti и други професионални прописи задржали су важну улогу у односу са њиховим послодавцима.⁵⁴ Поред тога, уговорни режими француског Грађанског законика често су се тумачили одвојено за сваки сектор трговине или индустрије, као и са одређеним регионалним разликама.⁵⁵

Последњих деценија XIX века, са све већим бројем радника у индустријском сектору, десиле су се законске промене које су проузроковале конвергенцију англосаксонског концепта „господар-слуга“ и „*locatio* доктрине“ европско-континенталног права.⁵⁶ На једној страни, били су потребни нови начини производње и већа мобилност радника, а на другој, већи степен хијерархијске контроле од стране послодавца. „Индустријализација није само централизовала и механизовала рад; она је, такође, максимално прилагодила понашање радника захтевима ефикасности производног процеса утврђеног уједначеним правилима које је диктирао послодавац“.⁵⁷ Главна забринутост привредника је била присиљавање радника да се придржавају „потребама производног процеса који захтева строго поштовање једнако строгих,

⁵⁰ Т., *op. cit.*, 36.

⁵¹ B. Veneziani, „The Evolution of the Contract of Employment“, 62.

⁵² Morin, *op. cit.*, 132.

⁵³ Alain Cottureau, „Industrial Tribunals and the Establishment of a Kind of Common Law of Labour in Nineteenth-Century France“, у: Willibald Steinmetz (ed.), *Private Law and Social Inequality in the Industrial Age: Comparing Legal Cultures in Britain, France, Germany and the United States*, Oxford, 2000, 218.

⁵⁴ Patrick Chaumette, „Quel avenir pour la distinction travail dépendant/indépendant?“, у: Alain Supiot (ed.), *Le travail en perspectives*, Paris, 1998, 80.

⁵⁵ A. Cottureau, *op. cit.*, 207.

⁵⁶ S. Engblom, *op. cit.*, 88.

⁵⁷ Spiros Simitis, „The Case of the Employment Relationship – Elements of a Comparison“ у: Willibald Steinmetz (ed.), *Private Law and Social Inequality in the Industrial Age: Comparing Legal Cultures in Britain, France, Germany and the United States*, Oxford, 2000, 193.

стандардизованих правила понашања суштински одређених употребом машина“.⁵⁸ Однос господар-слуга није имао превише везе са стварношћу фабричког рада. Исто је било и са професионалним прописима старог века.⁵⁹ Уз то, режим уговорног права, примера ради француског Грађанског законика, заснован на претпостављеној равноправности уговорних страна, није се могао одржати. У пракси је формална једнакост радника и послодаваца била драматично нарушена, чак и претворена у изразиту неједнакост. Процес либерализације, који је у Енглеској започет реформама 1867. и 1875. године, „померио“ је однос господара и слуге од односа на који су се примењивале кривичне санкције у суштински грађанскоправну ствар.⁶⁰ У Француској су послодавци и њихове организације покренуле доктринарне промене које су подразумевале да су сви радници који су склопили уговор делу (о пружању услуга) преузели обавезу да поштују налоге послодавца.⁶¹

Истовремено су настали први модерни закони о раду. Да би отклонила штетне последице неједнакости преговарачких снага субјеката радних односа, заштитила запослене и спречила злоупотребе послодавчеве власти, држава је морала да интервенише у подручје слободе уговорања и да исто ограничи. Као што Thierry Revet истиче, „прихватање радног односа као односа суштински неједнаких страна, довело је, неумољиво, до законодавне интервенције“, увођењем режима мање неповољног за раднике.⁶² Радно право је, дакле, настало одбацивањем старог поретка и слободе уговорања као принципа на основу кога су уговорне стране слободне да своје односе уреде по својој вољи. Крајем XIX века, међутим, није се развио ниједан појединачни статус, врста уговора или критеријум који генерално одређују персонално подручје примене радноправних прописа. У законима о одговорности послодавца, подређеност радника налозима послодавца била је пресудна за утврђивање да ли је послодавац одговоран за штету коју је причинио радник, укључујући штету учињену другим радницима.⁶³ У Сједињеним Америчким Државама и Великој Британији то је остваривано модификованим верзијама доктрине господар-слуга и фокусирањем на

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ P. Chaumette, *op. cit.*, 80.

⁶⁰ Willibald Steinmetz, „Was there a De-juridification of Individual Employment Relations in Britain?“, у: Willibald Steinmetz (ed.), *Private Law and Social Inequality in the Industrial Age: Comparing Legal Cultures in Britain, France, Germany and the United States*, Oxford, 2000, 279.

⁶¹ A. Cottureau, *op. cit.*, 220.

⁶² T. Revet, *op. cit.*, 41. Наведено према: S. Engblom, *op. cit.*, 88.

⁶³ S. Engblom, *op. cit.*, 89-90.

послодавчево право контроле радника.⁶⁴ Други правац промена били су закони чији је циљ била заштита зарада радника, посебно у случају банкротства или инсолвентности послодавца. У Сједињеним Америчким Државама, државни судови фокусирали су се не само на формалну подређеност радника послодавцу, већ и на њихову рањивост и економску зависност.⁶⁵ Ипак, персонално подручје примене већег дела социјалног законодавства у последњим деценијама XIX века је у великој мери било одређено друштвеним рангом и статусом.⁶⁶

На прелазу из XIX у XX век, почело се са усвајањем кохерентнијег радног законодавства. У Француској се првим важним социјалним законом сматра Закон о индустријским несрећама од 1898. године. Уследио је Закон о Савету запослених од 1907. године, 1910. године Закон о пензијском осигурању, и исте године, први Законик о раду.⁶⁷ За ново радно законодавство старе разлике између уговора о пружању услуга и уговора о најму рада су имале мало смисла. Уговор о раду је заменио стари уговор о најму рада, док је уговор о пружању услуга „разбијен“, те је понекад класификован као уговор о раду, а понекад као рад слично-запослених или економски независних радника. Овакав легислативни развој није био својствен само Француској.⁶⁸ До раног XX века, готово све континенталне земље биле су сведоци установљавања уговора о раду као аутономне правне категорије различите од осталих врста уговора као што су подуговарање, samozapošljavanje и мандатум (налог).⁶⁹ Нова идеја која је прожимала законске текстове била је разумевање појма „радник“ као ширег друштвеног феномена (генеричког појма) који је обухватао сва лица која остварују приходе од свог рада, укључујући и кућно помоћно особље и samozaposlene.⁷⁰ У том периоду долази до постепеног издвајања „запослених“ као посебне категорије радника, што је, последично, довело и до прецизнијег дефинисања појма „запослени“.⁷¹ Овај појам се, наиме, везује за појам „запослење“, изражавајући разлику која постоји између „рада“ (фр. *travail*) и „запослења“ (фр. *emploi*).⁷² Запослени се, у том смислу, одређује као

⁶⁴ Richard R. Carlson, „Why The Law Still Can't Tell An Employee When It Sees One And How It Ought To Stop Trying“, *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, vol. 22, број 2/2001, 304.

⁶⁵ M. Linder, „*The Employment Relationship in Anglo-American Law – A Historical Perspective*“, 112.

⁶⁶ Simon Deakin, Frank Wilkinson, „Labour Law and Economic Theory – A Reappraisal“, *Working Paper No 2*, ESCR Centre for Business Research, Cambridge, 1998, 216.

⁶⁷ B. Veneziani, „The Evolution of the Contract of Employment“, 64; Morin, *op. cit.*, 133.

⁶⁸ S. Engblom, *op. cit.*, 90.

⁶⁹ B. Veneziani, „The Evolution of the Contract of Employment“, 67.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, 237.

⁷² Tamar Katz, *La négociation collective et l'emploi*, L.G.D.J., Paris, 2007, 42. Наведено према: Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, 237.

„лице које је обавезно да ради за друго лице на основу приватног уговора у односу личне субординације“⁷³ односно као „лице које обавља рад за накнаду и подређено је послодавцу“.⁷⁴ С обзиром да је подређеност синтетички израз битних обележја запосленог, са становишта теорије и упоредног права, она се јавља као „правна вододелница“ која раздваја радноправни положај запосленог од радноправног положаја неких других лица које ангажује послодавац ради извршења одређених послова.⁷⁵ У новијој литератури, међутим, све чешће се чују ставови који оспоравају подређеност као битно обележје запосленог, крећући се ка квалитативно новом концепту запосленог-грађанина. Овај концепт има за циљ да отклони „демократске дефиците“ подређености у односу послодавца и запосленог, и својеврсна је потврда преображаја запосленог-подређеног у запосленог-грађанина – од субординираног рада до достојанства рада.⁷⁶

И најзад, ваља приметити, да је историју радног права обележило и постепено проширивање круга запослених лица. У Великој Британији је, примера ради, у првим деценијама XX века, уведено обавезно осигурање, безбедност и здравље на раду и прво законодавство о минималним зарадама.⁷⁷ „Како је социјално и радно законодавство постајало обухватније и егалитарније“⁷⁸, тако се и његов лични обим ширио изван старих појмова друштвеног ранга и статуса. На ширење је, такође, утицао растући број радника „беле крагне“, као и увиђање да је ограничење важења радног законодавства само на производне раднике засновано на класним поделама, те да је неодговорјауће услед ширења предмета регулисања на радне односе код других послодаваца, посебно у јавном сектору и сектору услуга.⁷⁹ На овај начин, ипак, нису биле избрисане разлике између појединих категорија запослених. Оне су у радном законодавству неких држава, штавише, биле изричито потврђене, нарочито у погледу диференцијације „радника“ и „намештеника“. Ова разлика је, међутим, била значајна у прошлости, када су одређена

⁷³ Manfred Weiss, Marlene Schmidt, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, Kluwer Law International, Frankfurt/Main, 2010, 45.

⁷⁴ Michel Despax, Jean-Pierre Laborde, Jacques Rojot, *France*, Wolters Kluwer, The Hague, 2017, 53.

⁷⁵ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, 29.

⁷⁶ *Ibid.*, 34-35. Елементи концепта запосленог-грађанина могу се препознати у давању премаћности обавезама радника као грађанина у односу на подређеност послодавцу (примера ради у случају одазивања на позив државног органа), као и давању предности породичним обавезама радника у односу на обавезе према послодавцу (примера ради плаћено одсуство ради неге детета и друга права у циљу помирења породичних и професионалних обавеза). Brian Bercusson, *European Labour Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, 374.

⁷⁷ S. Engblom, *op.cit.*, 93.

⁷⁸ Simon Deakin, „The Evolution of the Contract of Employment, 1900-1950 – The Influence of the Welfare State“, у: Noel Whiteside, Robert Salais (eds), *Towards a Modern Labour Market*, London, 1998, 215.

⁷⁹ B. Veneziani, „The Evolution of the Contract of Employment“, 69.

права из радног односа, испочетка, била установљена само у корист намештеника.⁸⁰ „У савременом радном законодавству, намештеници, по правилу, не уживају привилегован положај, већ се успоставља јединствени правни режим радног односа и уговора о раду”.⁸¹

1.2. Дефинисање појма „запослени“ у савременом радном законодавству и судској пракси

Појам „запослени“ се појављује у свим упоредним радним законодавствима, али га сва не дефинишу и не приписују му исто значење. Социјални дијалог уопште, а посебно колективно преговарање, у већини земаља имају ограничену важност приликом одређивања појма „запослени”.⁸² У неким европским земљама, штавише, социјалним партнерима се забрањује да аутономно утврђују критеријуме за квалификацију запосленог, односно радног односа или уговора о раду.⁸³ Изузетак представља ирско право, где је примењен флексибилан приступ у одређивању појма запослени, будући да су релевантни критеријуми утврђени у споразуму социјалних партнера, као правно необавезујућем акту.⁸⁴

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ *Ibid.* Само у неколико европских земаља (Аустрија, Белгија, Француска и Немачка) је до данас опстала разлика, додуше више формална, између намештеника (беле крагне) и радника (плаве крагне). Иако Немачка, у принципу, разликује раднике и намештенике, разлика између ове две врсте запослених готово је изгубила своју практичну важност. Конкретно, различита дужина отказних рокова, која је постојала у прошлости, укинута је због тога што ово разликовање није било у складу са немачким Основним законом. Занимљиво је да се у Белгији водила расправа, посебно међу академицима, у погледу законитости дистинкције између радника беле и плаве крагне. Међутим, белгијски Уставни суд је у својој одлуци од 1993. године пресудио да правно разликовање између намештеника и радника није оправдано, али није одмах укинуо спорне одредбе, оценивши да то треба учинити етапно. У Данској су намештеници покривени посебним Законом о радницима беле крагне, који предвиђа њихову заштиту у погледу накнаде зараде за време привремене спречености за рад и дужине отказног рока. Видети више: European Labour Law Network, *Characteristics of the employment relationship*, Thematic Report, 2009, 26.

⁸² Тако, примера ради, у Холандији социјални дијалог и колективно преговарање могу играти улогу у дефинисању радних односа утврђивањем дефиниција радног односа у колективним уговорима, док у Шведској, радни судови поштују измене и допуне опште дефиниције појма „запослени”, проистекле из успостављених обичаја у одређеном сектору или колективних уговора, а често се користе за утврђивање радноправног статуса одређеног лица. European Labour Law Network, *Characteristics of the employment relationship*, 6.

⁸³ Такав је случај у Аустрији, Бугарској, Француској, Грчкој, Лихтенштајну, Норвешкој, Пољској, Португалији, Шпанији и Немачкој. European Labour Law Network, *Characteristics of the employment relationship*, 7.

⁸⁴ Реч је о Кодексу праксе за утврђивање радноправног статуса, чији легитимитет произилази из чињенице да је настао на трипатитној основи, консензусом представника запослених, послодаваца и надлежних државних органа. Први овакав кодекс сачинила је Група за запошљавање, основана у оквиру Програма за просперитет и правичност, још 2001. године, због растуће забринутости настале услед све већег броја случајева у којима се појединцима утврђује статус samozапосленог иако критеријуми указују да би радноправни статус био примеренији. Кодекс је касније ажуриран 2007. године, а услед обнављања сличних забринутости, посебно у вези са новим облицима рада, додатно унапређен 2021. године, и то од

У земљама које су се определиле за законску дефиницију, појам запосленог се одређује на основу различитих критеријума, при чему није једноставно утврдити разлоге зашто је законодавац неком од критеријума дао предност у односу на други. Тако, малобројне законске дефиниције појма „запослени“ непосредно указују на субординацију, одређујући запосленог као лице које се обавезује да, за зараду, обавља одређени посао под влашћу послодавца. То је, примера ради, случај са хетерономним изворима права у Италији, Летонија, Малти и Словачкој.⁸⁵ Најчешће су, пак, описне законске дефиниције у којима се запослени одређује као лице које ради на основу уговора о раду (што је случај, примера ради, у Литванији, Мађарској и Словенији) или као лице које у радном односу обавља одређене послове за послодавца (такав је случај, примера ради, у Хрватској и Србији).⁸⁶ Истовремено, ваља напоменути да у законодавству многих држава не постоји јединствени законски појам запосленог, већ се он различито одређује у радном, социјалном и пореском законодавству, у складу са специфичним циљевима и предметом уређивања ових правних области.⁸⁷ Осим тога, због чињенице да различита правила радног права служе остварењу различитих циљева, има земаља у којима ни у свим деловима радног права не постоји јединствена дефиниција појма запосленог.⁸⁸ Тако, примера ради, у Јапану постоје различите дефиниције овог појма у индивидуалном и колективном радном праву.⁸⁹

стране међуресорне радне групе коју чини Одељење социјалне заштите, Канцеларија повереника за приходе и Комисија за односе на радном месту. Видети: Department of Social Protection, the Office of the Revenue Commissioners, and the Workplace Relations Commission, *Code of Practice on Determining Employment Status*, Dublin, 2021, 4.

⁸⁵ Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, 242.

⁸⁶ *Ibid.*, 243. Према Закону о раду Републике Србије, „запослени, у смислу овог закона, јесте физичко лице које је у радном односу код послодавца“ (Закон о раду, *Службени гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 - одлука УС, 113/2017 и 95/2018 - аутентично тумачење - члан 5, став 1). Сходно наведеној дефиницији, дакле, „свако ко ради код послодавца, а није формално у радном односу, није запослени“. Сенад Јашаревић, „Уређење радног односа у Србији у контексту нових околности у свету рада“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, број 3/2015, 1063.

⁸⁷ European Labour Law Network, *Characteristics of the employment relationship*, 6.

⁸⁸ Тако, примера ради, сврха колективног радног права јесте гарантовање запосленима права на синдикално организовање, колективно преговарање и колективно деловање (индустријску акцију), ради заштите њихових професионалних интереса, па (персонално) подручје примене колективних правних прописа може и треба да буде широко, како би се њима покрили и незапослени, спортисти и бројне друге категорије радноангажованих лица. Shinya Ouchi, „Labor Law Coverage and the Concept of ‘Worker’“, у: Takashi Araki, Shinya Ouchi (eds), *The Mechanism for establishing and changing terms and conditions of employment/The scope of Labour Law and the notion of employees*, The Japan Institute for Labour Policy and Training, Токуо, 2004, 111.

⁸⁹ Ваља напоменути да, за разлику од већине других права, јапанско радно право садржи законске дефиниције, али уместо појма „запослени“ користи појам „радник“. Према члану 9 Закона о стандардима рада (основног правног прописа у области индивидуалног радног права), „радник“ је дефинисан као „онај који је запослен у предузећу или његовом огранку и од којег прима зараду, без обзира на врсту занимања“. У области колективног радног права, у члану 3 Закона о синдикатима, „радник“ је дефинисан као „онај који живи од своје зараде, плате или другог примања које му припада, без обзира на врсту занимања“. С. Ouchi, *op. cit.*, 111.

Наведени примери из упоредног законодавства показују да је законско дефинисање запосленог разнолико, да су дефиниције (ако уопште постоје) углавном широке и циркуларне и да дају мало смерница за утврђивање статуса запосленог.⁹⁰ Појам запосленог се, стога, углавном развијао путем судске праксе. Судови настоје да попуне правну празнину насталу пропуштањем законодавца да јасно дефинише појам запосленог.⁹¹ Они то обично чине путем тзв. вишефакторског теста, тј. дуже или краће листе критеријума (индикатора), утврђене у судској пракси или доктрини. Упркос постојању одређених варијација у броју индикатора (примера ради, канадски судови користе „четвороструки тест“, док амерички користе тестове са 13, па чак и 20 критеријума) и начину њиховог артикулисања (неки судови, примера ради, највише пажње полажу „контроли“, други „интеграцији“, а трећи „подређености“), тестови су у великој мери идентични у готово свим земљама.⁹² Тако, као први, поуздани критеријум, од пресудне важности за разликовање запослених и samozапослених лица, судови најчешће користе правну субординацију, односно захтев да рад запосленог буде, барем до неке мере, подвргнут хијерархијским овлашћењима послодавца. У упоредном извештају Европске фондације за унапређење животних и радних услова од 2002. године, утврђено је да је у свим земљама чланицама Европске уније и Норвешкој „кључни елемент у дефинисању појма запосленог подређеност“.⁹³ Готово увек је „правна подређеност“ та која разликује радне односе од других форми обављања рада⁹⁴, односно зависан од независног рада. Такав је случај и у Сједињеним Америчким Државама. Правна субординација значи да је рад запосленог „рад за другог и по наредбама другог“.⁹⁵ То даље значи да се запослени, најпре, и пре свега, разликује од независног радника по: а) обавези да се подређује послодавчевим овлашћењима; б) несношењу ризика посла; в) раду у служби другог, односно интеграцији у организовани

⁹⁰ Радикалнији покушај да се утврди (персонално) подручје примене радног законодавства подразумева увођење одређених детаљних критеријума, уместо отвореног „стандарда“ са „генералним правилом“. Тада би судска дискреција била знатно сужена, а проблем неодређености минимизиран. Цена би, међутим, могла бити висока, јер је строго правило лакше заобићи, а тешко би било постићи и потребну флексибилност и уважити нове облике запошљавања који би се могли појавити. Ово можда може објаснити зашто такви покушаји нису чести. G. Davidov, M. Freedland, N. Countouris, *op. cit.*, 13.

⁹¹ Achim Seiferet, „Le contrat de travail en droit allemand“, у: Jean-Piere Chauchard, Anne-Chantal Hardy-Dubernet (dir.), *La subordination dans le travail: Analyse juridique et sociologique de l'évolution des formes d'autonomie et de contrôle dans la relation de travail*, La Documentation française, Paris, 2003, 37-38. Наведено према: Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, 237.

⁹² G. Davidov, M. Freedland, N. Countouris, *op. cit.*, 4-5.

⁹³ European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, *Economically Dependent Workers, Employment Law and Industrial Relations*, 2002, <https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2002/economically-dependent-workers-employment-law-and-industrial-relations>, 7. 4. 2020.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ Стојан Бајич, *Основи радног права: Општи део*, Издавачко и књижарско предузеће „Геца Кон“, Београд, 1937, 3.

процес рада послодавца.⁹⁶ Овим критеријумима се додају и други, више или мање поуздани, критеријуми, попут обавезе запосленог да лично обавља посао, захтева да рад има одређено трајање и континуитет и да се обавља у одређено радно време или на месту које је страна која захтева рад тачно одредила или се да њима сагласила.⁹⁷ Поред критеријума који се односе на престацију рада, у упоредној судској пракси се често као индикатори користе и периодична исплата накнаде раднику, као и чињеница да је та накнада једини или главни извор примања радника.⁹⁸ Економска субординација се, пак, користи у случајевима када је правни положај неког лица на граници између запосленог и samozапосленог, како би се дала превага радноправном статусу. Постоје, међутим, и примери када је економска зависност запосленог од послодавца, заједно са личним обављањем рада, неопходан критеријум за квалификацију запосленог. Такав је случај, примера ради, у британском, америчком и шведском радном праву.⁹⁹ Најчешћа разлика међу државама јесте у значају (важности) који се придаје појединим критеријумима.¹⁰⁰

⁹⁶ Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, 214.

⁹⁷ На основу успешног прикупљања и обједињавања индикатора „радног односа“ које користе судови великог броја држава и различитих националних дефиниција радног односа, Међународна организација рада је у Препоруци број 198 о радном односу утврдила списак индикатора извршавања зависног рада и позвале државе да својим законима утврде исте. Видети: Препорука број 198 од 15. јуна 2006. године о радном односу (ILO Recommendation Concerning the Employment Relationship), став 13.

⁹⁸ У шведској судској пракси се, примера ради, квалификација запосленог заснива на следећим чињеницама: (1) да ли постоји обавеза личног извршавања рада; (2) да ли је радник заиста посао обављао лично; (3) да ли постоје унапред утврђени радни задаци; (4) да ли постоји трајна веза између уговорних страна; (5) да ли се раднику забрањује да обавља сличне послове за неко друго лице; (6) да ли радник подлеже наредбама и контроли послодавца у вези са садржајем, временом и местом рада; (7) да ли послодавац обезбеђује средства за рад (машине, алате и сировине); (8) која страна сноси трошкове за материјал и опрему који се користе за обављање посла; (9) да ли се раднику накнада исплаћује, бар делимично, као загарантована зарада, и (10) да ли је економски и социјални положај радника једнак статусу уобичајеног запосленог лица. Mia Rönnmar, „The Personal Scope of Labour Law and the Notion of Employee in Sweden“, у: Takashi Araki, Schinya Ouchi (eds), *The Mechanism for establishing and changing terms and conditions of employment/The scope of Labour Law and the notion of employees*, The Japan Institute for Labour Policy and Training, Tokyo, 2004, 160.

⁹⁹ S. Engblom, *op.cit.*, 96.

¹⁰⁰ У великом упоредном истраживању појма „запослени“ у шведском, француском, британском и америчком праву, Engblom закључује да је појам „запослени“ најшири у шведском праву. Ширина шведског концепта може се приписати техници интегрисаног разматрања свих околности конкретног случаја, при чему није потребно да буде испуњен неки конкретан критеријум. Упркос чињеници што послодавчево овлашћење да контролише и усмерава рад има велику тежину, подређеност није неопходан критеријум, па судови могу утврдити постојање радног односа (статус запосленог) на основу других индикатора, чак и у случајевима када организационе везе радника са послодавцем не представљају потпуну правну подређеност. С друге стране, у Француској, Сједињеним Америчким Државама и Великој Британији подређеност радника хијерархијским овлашћењима послодавца представља неопходан критеријум за квалификацију запосленог. У француском и америчком праву, подређеност, ако је довољно јака, може чак послужити као довољан критеријум за квалификацију запосленог. У Великој Британији, пак, подређеност радника овлашћењима послодавца је неопходна, али није довољна да би радник био квалификован као запослени. Поред тога, неопходно је да уговор, посматран у целини, указује на постојање радноправног односа. Иако је тест подређености прилично великодушан, британски судови су ограничили појам запосленог, успостављајући релативно високе стандарде за утврђивање постојања уговора о раду, посебно у погледу економске зависности радника. Као резултат наведеног,

Притом, врло често се за квалификацију запосленог не захтева истовремено присуство свих индикатора, него се врши процена правно-чињеничне ситуације и свих околности конкретног случаја.

И, најзад, ваља приметити да се у великом броју упоредних законодавстава уводи правило о превасходству стварне у односу на формално изражену вољу уговорних страна. Ово правило је на нивоу Међународне организације рада потврђено као начело чињеничног првенства (енгл. *principle of the primacy of fact*).¹⁰¹ Разлози за његово увођење се темеље на разумевању постојања неједнакости преговарачке моћи уговорних страна радног односа, што заједно са чињеницом да радноправни и социјални прописи стварају трошкове послодавцима, ствара снажан подстицај да исте покушају избећи.¹⁰² Како би снизили трошкове рада и били конкурентији на тржишту, послодавци често прибегавају закључивању симулованих правних послова - привидни независни рад или прикривени радни однос (енгл. *disguised employment relationship*). Услед тога, судовима може бити тешко или чак немогуће утврдити радноправни статус одређених лица, тзв. лажних samozапослених лица (енгл. *false self-employed, bogus self-employed*), чак и када постоје јасне законске дефиниције радног односа, уговора о раду или појма „запосленог“.¹⁰³ Зато, сходно овом правилу, судови нису везани описом, формом или називом односа које су дале саме уговорне стране (у писаном уговору), већ су овлашћени да врше независну процену правне природе датог односа на основу утврђеног чињеничног стања.¹⁰⁴

1.3. Концепција „радника” у радном праву Европске уније

Појам „радника“ у праву Европске уније је изузетно сложен, а његова изградња је дуго трајала.¹⁰⁵ Упркос томе што је право радника да се слободно крећу и бораве на територији држава чланица Европске уније подстакло изградњу јединственог тржишта, оснивачки уговори и секундарно законодавство Европске уније нису дефинисали појам

квалификација запосленог зависи од постојања како правне, тако и економске субординације. S. Engblom, *op.cit.*, 207-210.

¹⁰¹ International Labour Conference, 95th Session, Report V(1), *The employment relationship*, International Labour Office, Geneva, 2006, став 26.

¹⁰² G. Davidov, M. Freedland, N. Countouris, *op. cit.*, 3.

¹⁰³ International Labour Conference, 95th Session, Report V(1), *The employment relationship*, став 94.

¹⁰⁴ M. Rönmar, *op. cit.*, 159.

¹⁰⁵ Горан Обрадовић, „Слобода кретања радника у Европској унији“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, број XLIV/2004, 243.

„радник“.¹⁰⁶ Комуитарноправна концепција радника је, отуд, изграђена у пракси Суда правде Европске уније, и то, у вези са значењем које појам „радник“ има, пре свега, у смислу правила о слободи кретања радника.¹⁰⁷

Слобода кретања радника се сврстава међу темељне принципе Европске уније. Њена функција у изградњи „заједничког тржишта“ се првенствено огледа у пружању радницима могућности приступа тржиштима рада других држава чланица и прихватања стварно понуђеног запослења.¹⁰⁸ Уговором о функционисању Европске уније (даље у тексту - УФЕУ) је, стога, изричито прописано укидање сваке дискриминације радника из држава чланица по основу држављанства, у погледу запослења, плаћања и других услова рада и запослења.¹⁰⁹ Међутим, иако је појам „радник“ кључан за сагледавање дитета слободе кретања, остало је нерегулисано питање која се лица, у смислу уговорних одредби, могу сматрати радницима. Стога је Суд правде Европске уније сматрао неопходним дефинисање комуитарног појма „радник“, који се не може одредити позивањем на законодавство држава чланица.¹¹⁰ Да би утврдио значење овог појма, Суд правде је сматрао неопходним коришћење општепризнатих начела тумачења права, почевши од значења које се овом појму уобичајено приписује и програмских циљева Заједнице.¹¹¹ Полазиште комуитарноправне концепције „радника“ била је значајна одлука од 1986. године у случају *Lawrie-Blum*,¹¹² у којој је Суд правде Европске уније први пут протумачио појам „радник“ у смислу члана 45 УФЕУ.¹¹³ У овој одлуци Суд је потврдио став (из

¹⁰⁶ Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, 245-246.

¹⁰⁷ *Ibid.*, 246.

¹⁰⁸ Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union (*Official Journal* C 326, 26.10.2012, 47–390) - даље у фуснотама УФЕУ, члан, став 3.

¹⁰⁹ УФЕУ, члан 45, став 2.

¹¹⁰ F. Rosioru, *op. cit.*, 15.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² Пресуда у предмету бр. C-66/85 (*Deborah Lawrie-Blum v. Land Baden- Württemberg*) од 3. јула 1986. године (*European Court Reports* 1986, 284).

¹¹³ Пре овог случаја, Суд је одлучивао о специфичним аспектима концепције „радник“ [као у предмету бр. 53/81 (*D.M. Levin v. Staatssecretaris van Justitie*) од 23 марта 1982. године (*European Court Reports* 1982, 105)] или уопште није имао потребу за дефинисањем овог појма [као у предмету бр. 36/74 (*Walrave and Koch v. Association Union Cycliste Internationale and Others*) од 12. децембра 1974. године (*European Court Reports* 1974, 140) и пресуди у предмету бр. 13/76 (*Gaetano Donà v. Mario Mantero*) од 14. јула 1976. године (*European Court Reports* 1976, 115)]. Највећу важност у претходној судској пракси имала је пресуда у случају *Levin* (53/81, *D.M. Levin v. Staatssecretaris van Justitie*) у којој је Суд изнео став да израз „радник“, барем у контексту слободног кретања радника, мора имати комуитарноправно значење, те да се не може дефинисати позивањем на националне законе држава чланица (параграф 11 пресуде). Будући да од начина дефинисања овог појма зависи подручје важења једне од основних слобода загарантованих Уговором, он се не може тумачити рестриктивно (параграф 13 пресуде). По налажењу Суда, термин „радник“ обухвата и лице које обавља делатност као запослени само хонорарно и које на основу те чињенице остварује накнаду мању од минималне гарантоване зараде у разматраном сектору (параграф 16 пресуде). У многим другим пресудама пре случаја *Lawrie-Blum*, национални судови нису тражили

ранијег случаја 53/81, *D.M. Levin v. Staatssecretaris van Justitie*) да концепција радника мора бити широко тумачена и „одређена у складу са објективним критеријумима који опредељују радни однос с обзиром на права и дужности одређеног лица“, због чега је као суштинска карактеристика радног односа уочено то „што једно лице током одређеног временског периода обавља послове за и под руководством другог, добијајући заузврат зараду“. ¹¹⁴ Временом је Суд имао низ прилика да појасни шта ова фраза значи, те да развије праксу која ће назначити које су чињенице релевантне за квалификацију радника. ¹¹⁵ У литератури су из наведеног става Суда „извучена“ три основна елемента појма „радник“: 1) рад за и под руководством другог; 2) стварно обављање посла тј. економских активности; 3) плаћеност.

Први, кључни елемент за препознавање статуса радника је подређеност. Да би онај ко обавља рад био квалификован као радник, рад за другог мора да буде обављен уз субординацију, која се разуме као рад под управом другог. Да ли постоји однос подређености у смислу дефиниције појма „радник“ мора бити испитано од стране националних судова у сваком поједином случају, на основу свих чињеница и околности које карактеришу однос странака. ¹¹⁶ По оцени Суда, писци УФЕУ нису имали намеру

смернице у тумачењу појма „радник“, већ су самостално одлучивали да ли одређено лице треба да буде квалификовано као радник или не, а Суд је те тврдње прихватао без оспоравања [пресуда у предмету бр. 152/73 (*Giovanni Maria Sotgiu v. Deutsche Bundespost*) од 12. фебруара 1974. године (*European Court Reports* 1974, 13), пресуда у предмету бр. 43/75 (*Gabrielle Defrenne v. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena (Defrenne II)*) од 8. априла 1976. године (*European Court Reports* 1976, 56)].

¹¹⁴ Пресуда у предмету бр. C-66/85 (*Deborah Lawrie-Blum v. Land Baden-Württemberg*), параграф 17.

¹¹⁵ Martin Risak, Thomas Dullinger, *The concept of 'worker' in EU law - Status quo and potential for change*, European Trade Union Institute, Brussels, 2018, 35.

¹¹⁶ Пресуда у предмету бр. 337/97 (*C.P.M. Meeusen v. Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep*) од 8. јуна 1999. године (*European Court Reports* 1999, 284), параграф 16. Тако, примера ради, за класификацију радника национални судови морају испитати следеће чињенице: (1) да ли је лице под управом и надзором свог уговорног партнера [пресуда у предмету бр. C-66/85 (*Deborah Lawrie-Blum v. Land Baden-Württemberg*), параграф 18]; (2) да ли уговорни партнер одређује послове које одређено лице обавља и његово радно време; [пресуда у предмету бр. C-66/85 (*Deborah Lawrie-Blum v. Land Baden-Württemberg*), параграф 18; пресуда у предмету бр. C-256/01 (*Debra Allonby v. Accrington & Rossendale College and Others*) од 13. јануара 2004. године (*European Court Reports* 2004, 18), параграф 72]; (3) да ли постоји слобода избора радног времена [пресуда у предмету бр. C-3/87 (*The Queen v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Agegate Ltd.*) од 14. децембра 1987. године (*European Court Reports* 1989, 650), параграф 36]; (4) да ли лице мора да извршава упутства послодавца и да се придржава правила [пресуда у предмету бр. C-66/85 (*Deborah Lawrie-Blum v. Land Baden-Württemberg*), параграф 18]; (5) да ли постоји подела комерцијалних ризика пословања [пресуда у предмету бр. C-3/87 (*The Queen v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Agegate Ltd.*), параграф 36]; (6) да ли постоји слобода ангажовања помоћника [пресуда у предмету бр. C-3/87 (*The Queen v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Agegate Ltd.*), параграф 36; пресуда у предмету бр. C-270/13 (*Iraklis Haralambidis v. Calogero Casilli*) од 10. септембра 2014. године (*European Court Reports* 2014, 2185), параграф 33]; (7) да ли се услови рада и плаћања регулишу колективним уговором о раду [пресуда у предмету бр. C-22/98 (*Hof van Beroep Gent v. Belgium Jean Claude Becu, Annie Verweire, Smeg NV and Adia Interim NV*) од 16. септембра 1999. године (*European Court Reports* 1999, 419), параграф 25]; (8) да ли је лице „запослено на основу уговора о раду на одређено време“ [пресуда у предмету бр. C-22/98, (*Hof van Beroep Gent v. Belgium Jean Claude Becu,*

да термином „радник“, у смислу начела слободe кретања, обухвате „независне уговорнике који нису у служби другог лица“.¹¹⁷ Будући да је основно обележје радног односа то што једно лице одређено време обавља посао за и под управом другога, свако лице које врши рад без подвргавања контроли другог лица мора бити квалификовано као samozапослено лице.¹¹⁸ Из оваквих ставова Суда произилази да су појмом „радник“ обухваћена, пре свега, лица која раде за другог у оквиру радног односа. То, даље, значи да комунитарна концепција радника, изграђена у контексту слободe кретања радника, у одређеној мери, одговара дефиницији радног односа (или уговора о раду) датој у многим европским земљама.¹¹⁹ Али, с друге стране, Суд је одбио да прихвати дефиниције држава чланица које би ограничиле дефиницију „радника“ на лица која имају закључен уговор о раду. Пракса Суда је поговорила значењу појма „радник“ који обухвата сва лица која обављају економску активност, укључујући и она која раде без уговора о раду, па чак и без било каквог уговора, под условом да траже посао.¹²⁰ То значи да у судској пракси Суда правде Европске уније појам „радник“ има шире значење од значења које уобичајено има појам „запослени“.¹²¹

Критеријум који се тиче стварне природе одређене професионалне активности датира пре пресуде Суда у случају *Lawrie-Blum*. Његово порекло произилази из чињенице да правила о слободном кретању радника гарантују само слободно кретање

Annie Verweire, Smeg NV and Adia Interim NV), параграф 25]; 9) да ли је одређено лице током трајања уговорног односа инкорпорирано у дотично предузеће на тај начин да с њим формира један економски ентитет [пресуда у предмету бр. C-22/98, (*Hof van Beroep Gent v. Belgium Jean Claude Becu, Annie Verweire, Smeg NV and Adia Interim NV*), параграф 26]; 10) какав је садржај уговора и договора о његовом спровођењу [пресуда у предмету бр. C-94/07 (*Andrea Raccanelli v. Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV*) од 17. јула 2008. године (*European Court Reports* 2008, 425), параграф 35]; 11) да ли уговорни партнер има овлашћења управљања и надзора над одређеним лицем које врши рад, те да ли, у случају потребе, може санкционисати то лице [пресуда у предмету бр. C-270/13 (*Iraklis Haralambidis v. Calogero Casilli*), параграф 30]; 12) да ли лице које извршава рад има више слободe у погледу избора врсте послова и задатака који ће се обављати и начина на који ће тај посао или ти задаци бити обављени [пресуда у предмету бр. C-270/13 (*Iraklis Haralambidis v. Calogero Casilli*), параграф 30; пресуда у случају бр. C-256/01 (*Debra Allonby v. Accrington & Rossendale College and Others*), параграф 72]; 13) ко одређује време и место рада [пресуда у предмету бр. C-270/13, (*Iraklis Haralambidis v. Calogero Casilli*), параграф 33; пресуда у случају бр. C-256/01 (*Debra Allonby v. Accrington & Rossendale College and Others*), параграф 72].

¹¹⁷ Пресуда у предмету бр. C-337/97 (*C.P.M. Meeusen v. Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep*) од 8. јуна 1999. године (*European Court Reports* 1999, 284), параграф 15; пресуда у предмету бр. C-256/01 (*Debra Allonby v. Accrington & Rossendale College and Others*), параграф 68.

¹¹⁸ Пресуда у предмету бр. C-107/94 (*P. H. Asscher v. Staatssecretaris van Financiën*) од 27. јуна 1996. године (*European Court Reports* 1996, 251), параграфи 25-26; пресуда у предмету бр. C-268/99 (*Aldona Malgorzata Jany and Others v. Staatssecretaris van Justitie*) од 20. новембра 2001. године (*European Court Reports* 201, 616), параграф 34.

¹¹⁹ Mélanie Schmitt, *Droit du travail de l'Union Européenne*, Larcier, Bruxelles, 2012, 41.

¹²⁰ Пресуда у предмету бр. C-292/89 (*The Queen v. Immigration Appeal Tribunal, ex parte Gustaff Desiderius Antonissen*) од 26. фебруара 1991. године (*European Court Reports* 1991, 80), параграф 9.

¹²¹ F. Rosioru, *op. cit.*, 18.

лица која су у потрази за послом или желе да се баве економском активношћу.¹²² У складу с наведеним, по оцени Суда за квалификацију радника од пресудне је важности чињеница да ли одређено лице стварно обавља економску активност „изузимајући оне послове који се врше у тако малом обиму да имају маргиналан или помоћан карактер”.¹²³ Процена да ли одређени посао има маргиналан или помоћни карактер може бити отежана у случају радног односа са непуним радним временом, као и у случају обављања повремених послова.¹²⁴ На националним судовима је, стога, задатак да испитају све релевантне чињенице како би утврдили да ли се одређено лице може сматрати радником у смислу праксе Суда правде Европске уније.¹²⁵ Своје ставове судови морају засновати на објективним критеријумима и у целости проценити околности конкретног случаја, а посебно значај и (не)редовност престације рада.¹²⁶

¹²² Пресуда у предмету бр. 53/81 (*D.M. Levin v. Staatssecretaris van Justitie*), параграф 17; пресуда у предмету бр. 344/87 (*I. Bettray v. Staatssecretaris van Justitie*) од 31. маја 1989. године (*European Court Reports 1989*, 226), параграф 13; пресуда у предмету бр. C-176/96 (*Jyri Lehtonen and Castors Canada Dry Namur-Braine ASBL v. Fédération royale belge des sociétés de basket-ball ASBL (FRBSB)*) од 13. априла 2000. године (*European Court Reports 2001*, 201), параграф 43.

¹²³ Пресуда у предмету бр. 53/81 (*D.M. Levin v. Staatssecretaris van Justitie*), параграф 17; Пресуда у предмету бр. C-176/96 (*Jyri Lehtonen and Castors Canada Dry Namur-Braine ASBL v. Fédération royale belge des sociétés de basket-ball ASBL (FRBSB)*), параграф 43.

¹²⁴ Тако, према пракси Суда правде Европске уније, чињеница да лице ради са врло ограниченим бројем радних сати може бити показатељ да је у питању рад маргиналног или помоћног карактера [пресуда у предмету бр. C-357/89 (*V. J. M. Raulin v. Minister van Onderwijs en Wetenschappen*) од 26. фебруара 1992. године (*European Court Reports 1992*, 87), параграф 14; пресуда у предмету бр. C-14/09 (*Hava Genc v. Land Berlin*) од 4. фебруара 2010. године (*European Court Reports 2010*, 57), параграф 26]. Међутим, упркос скромном броју часова обављања одређене професионалне активности, не може се начелно искључити могућност да, након укупне процене предметног радног односа, национални судови предметну активност оцене стварном и истинском, а њеног вршиоца квалификују као радника у смислу члана 45 УФЕУ [пресуда у предмету бр. C-14/09 (*Hava Genc v. Land Berlin*), параграф 26; пресуда у предмету бр. C-432/14 (*O v. Bio Philippe Auguste SARL*) од 1. октобра 2015. године (*European Court Reports 2015*, 643), параграф 24]. Из судске праксе, такође, произлази чињеница да радни ангажман на основу кога одређено лице остварује приходе ниже од минимума који је неопходан за живот [пресуда у предмету бр. 53/81 (*D.M. Levin v. Staatssecretaris van Justitie*), параграф 15] или радни ангажман чије трајање не прелази 18 часова седмично [пресуда у предмету бр. C-102/88 (*M. L. Ruzius-Wilbrink v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Overheidsdiensten*) од 13. децембра 1989. године (*European Court Reports 1989*, 639), параграф 7 и 17], 12 часова седмично [пресуда у предмету бр. 139/85 (*R. H. Kempf v. Staatssecretaris van Justitie*) од 3. јуна 1986. године (*European Court Reports 1986*, 223), параграф 2 и 16] или чак 10 часова седмично [пресуда у предмету бр. 171/88 (*Rinner-Kühn v. FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG*) од 13. јула 1989. године (*European Court Reports 1989*, 328), параграф 16] не спречава судове да лице које га извршава квалификују као радника у смислу члана 45 УФЕУ (као у случају *Levin* и *Kempf*). Поред тога, у случају *Ninni-Orasche*, Суд правде је заузео став да рад у привременом периоду од два и по месеца може бити довољан да се лице које га обавља сматра радником унутар значења члана 45 УФЕУ [пресуда у предмету бр. C-413/01 (*Franca Ninni-Orasche v. Bundesminister für Wissenschaft, Verkehr und Kunst*) од 6. новембра 2003. године (*European Court Reports 2003*, 600), параграф 32].

¹²⁵ Пресуда у предмету бр. C-357/89 (*V. J. M. Raulin v. Minister van Onderwijs en Wetenschappen*), параграф 13

¹²⁶ Пресуда у предмету бр. C-413/01 (*Franca Ninni-Orasche v. Bundesminister für Wissenschaft, Verkehr und Kunst*), параграф 27.

Битан елемент комунитарноправне концепције „радника“ јесте и плаћеност. Постојање овог елемента, међутим, не зависи од висине накнаде за рад, од редовности њене исплате и порекла средстава из којих се врши исплата,¹²⁷ чак и ако је накнада у великој мери обезбеђена субвенцијама из јавних фондова.¹²⁸ Поред тога, за квалификацију радника није од значаја чињеница да ли се накнада исплаћује директно од стране уговорног партнера¹²⁹ и да ли се исплата врши у натури (и само делом новчано) све док та давања представљају накнаду за извршени рад.¹³⁰ Из наведеног произилази да дефиниција појма „радник“ у смислу правила о слободи кретања лица превазилази „класичну“ дефиницију запосленог као лица које има закључен уговор о раду: приватноправни уговор није потребан за квалификацију радника, не постоји услов о минималном трајању престације рада, нити о минималном нивоу накнаде.¹³¹

Међутим, осим у контексту слободе кретања радника, значење комунитарноправног појма „радник“ је ваљало откривати и у смислу члана 153 УФЕУ-а (који представља темељ секундарног законодавства у области занимања и запослења), члана 157 УФЕУ-а (којим се установљава начело једнаког плаћања мукараца и жена), те у смислу секундарних извора комунитарног радног права. Овде би ваљало нагласити да се једина дефиниција појма „радник“ налази у Директиви Савета 89/391/ЕЕЗ (1989) о увођењу мера за подстицање побољшања безбедности и здравља радника на раду, према којој је радник „свако лице које је ангажовано од стране послодавца, укључујући стажисте и занатлије, али не и домаћу послугу“.¹³² Наведена дефиниција, међутим, сама по себи није посебно специфична, па не доводи до другог закључка осим да је (персонално) подручје примене Директиве врло широко дефинисано.¹³³ Друге директиве не садрже експлицитну дефиницију, а употребљена терминологија секундарног законодавства је, по питању одређивања подручја његове примене, хетерогена и недоследна.¹³⁴ У верзијама на енглеском језику, неке директиве користе

¹²⁷ Пресуда у предмету бр. C-109/04 (*Karl Robert Kranemann v. Land Nordrhein-Westfalen*) од 17. марта 2005. године (*European Court Reports* 2005, 187), параграф 32.

¹²⁸ Пресуда у предмету бр. 344/87 (*I. Bettray v. Staatssecretaris van Justitie*), параграф 15.

¹²⁹ Пресуда у предмету бр. C-229/14 (*Ender Balkaya v. Kiesel Abbruch- und Recycling Technik GmbH*) од 9. јула 2015. године (*European Court Reports* 2015, 455), параграф 22, 49 и 51.

¹³⁰ Пресуда у предмету бр. C-456/02 (*Michel Trojani v. Centre public d'aide sociale de Bruxelles (CPAS)*) од 7. септембра 2004. године (*European Court Reports* 2004, 488), параграф 22.

¹³¹ F. Rosioru, *op. cit.*, 18.

¹³² Council Directive 89/391/EEC of 12 June 1989 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health of workers at work (*Official Journal* L 183, 1-8), члан 3, став 1, тачка 3.

¹³³ F. Temming, „Systemverschiebungen durch den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff – Entwicklungen, Herausforderungen und Perspektiven“, *Soziales Recht*, vol. 6, број 4/2016, 159. Наведено према: M. Risak, T. Dullinger, *op. cit.*, 23.

¹³⁴ M. Risak, T. Dullinger, *op. cit.*, 23.

термин „радник“, док друге користе термин „запослени“, при чему у овим актима често нису садржане дефиниције употребљених израза, већ њихове инструктивне норме упућују на одговарајуће дефиниције у законодавству држава чланица.¹³⁵ С обзиром на овакво стање у законодавству, било је потребно размотрити може ли се концепција радника изграђена у контексту тумачења члана 45 УФЕУ-а користити као референтна тачка приликом тумачења истог или сличних термина садржаних у другим изворима комунитарног радног права.¹³⁶ Тако, приликом тумачења појма „запослени“ у смислу Директиве 77/187/ЕЕЗ о усклађивању законодавства држава чланица у односу на заштиту права запослених код преноса предузећа, посла или делова предузећа или посла (даље у тексту Директива 77/187/ЕЕЗ),¹³⁷ Суд правде Европске уније наводи да предметна Директива има за циљ „остваривање делимичне усклађености закона проширењем обима заштите права запослених која су загарантована националним регулативама држава чланица [...], а не успостављање јединственог нивоа заштите радника који би почивао на неком заједничком критеријуму“.¹³⁸ Стога се, по оцени Суда, израз „запослени“ у смислу Директиве 77/187/ЕЗ мора тумачити тако да обухвата само лица која су у дотичној држави чланици, на овај или онај начин, заштићена као запослени према националним прописима који се односе на запошљавање.¹³⁹

¹³⁵ Многе директиве користе термин „радник“, при чему неке од њих упућују на националну дефиницију појма „радник“, наводећи да се примењују на раднике „који су склопили уговор о раду или се налазе у радном односу на начин утврђен законом, колективним уговором или праксом у свакој појединој држави чланици“ (примера ради Директива (97/81/ЕЗ) о скраћеном радном времену и Директива 1999/70/ЕЗ о раду на одређено време), док друге то не захтевају изричито (примера ради Директива 92/85/ЕЕЗ о заштити материнства, Директива 98/59/ЕЗ о колективном отпуштању и Директива 2008/104/ЕЗ о привременом раду преко предузећа за привремено запошљавање). Другу групу чине директиве које користе термин „запослени“. Већина директива из ове групе се односи на националну дефиницију појма „запослени“, наводећи да се овим појмом означава „свака особа која је у дотичној држави чланици заштићена као запослени према националним прописима који се односе на запошљавање“ (примера ради Директива 2001/23/ЕЗ о преносу предузећа). Има директива које не користе ни термин „радник“, ни термин „запослени“, већ се примењују „на све који имају уговор о раду или радни однос одређен важећим правом у држави чланици и/или на који се примењује важеће право у држави чланици“ (примера ради Директива 94/33/ЕЗ о заштити младих људи на раду). Коначно, неке директиве, као што је, примера ради, Директива 2003/88/ЕЗ о одређеним видовима организације радног времена, не садрже изричите одредбе о персоналном подручју примене, мада је јасно да се односе само на раднике. A.C.L. Davies, *EU labour law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2012, 199.

¹³⁶ Видети: Catherine Barnard, *EU employment law*, 4th edition, Oxford University Press, Oxford, 2012, 144.

¹³⁷ Council Directive 77/187/EEC of 14 February 1977 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses (*Official Journal of the European Communities*, L 61, 5.3.1977, 26-28) даље у фуснотама Директива 77/187/ЕЕЗ.

¹³⁸ Пресуда у предмету бр. C-105/84 (*Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v. A/S Danmols Inventar, in liquidation*) од 11. јула 1985. године (*European Court Reports* 1985, 331), параграф 26.

¹³⁹ *Ibid.*, параграфи 27 и 28.

Овакав „минималистички“ приступ Суда почео се мењати почетком новог миленијума, упоредо са све већим развојем социјалне димензије Европске уније.¹⁴⁰ Промена приступа је ојачана новом улогом коју је Повеља Европске уније о основним правима¹⁴¹ стекла након Лисабонског уговора, као и недавном иницијативом Европске комисије за „устпостављање европског стуба социјалних права“.¹⁴² Са растућим значајем и бројношћу атипичних радних ангажмана, традиционална подела између (зависних) запослених и (независних) samozапослених је постала превазиђена.¹⁴³ Суд је постао забринут због тешкоће идентификовања персоналног подручја примене одређених комунитарноправних мера (са којом су се суочиле како државе чланице, тако и Европска унија), али и због чињенице да би уско тумачење појма запосленог од стране држава чланица могло угрозити социјалне циљеве Уније.¹⁴⁴ Стога, тумачећи, најпре, директиве о условима рада које не одређују своје подручје примене упућивањем на националну концепцију „запосленог“, Суд је заузео став да се појам радника/запосленог „не може утврдити упућивањем на законодавство држава чланица, већ га треба тумачити аутономно и уједначено у оквиру правног поретка Уније“.¹⁴⁵ У супротном би се државама чланицама „омогућило да промене подручје примене директиве и тиме је лише пуног дејства“.¹⁴⁶ Међутим, чак и када се почео бавити тумачењем директива чије инструктивне норме упућују на одговарајуће дефиниције у државама чланицама, Суд је одлучио да им да мало важности, идући даље од текстова националних законодавних аката.¹⁴⁷ Тако је, у случају *O'Brein*, заузео становиште да дискреционо право које је дато државама чланицама да дефинишу изразе употребљене у изворима комунитарног радног права није неограничено. Одређени изрази коришћени у директивама могу се дефинисати у складу с националним правом и праксом, али под условом да поштују делотворност директива и општа начела права Европске уније.

¹⁴⁰ E. Menegatti, *op. cit.*, 74.

¹⁴¹ Charter of Fundamental Rights of The European Union (*Official Journal* C 364/01, 18.12.2000).

¹⁴² Видети: European Commission, Commission Staff Working Document Accompanying the Document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European and Social Committee and the Committee of the Regions, establishing a European pillar of social rights, COM (2017) 250 final, Bruxelles, 26.4.2017.

¹⁴³ C. Barnard, *op. cit.*, 144.

¹⁴⁴ E. Menegatti, *op. cit.*, 74.

¹⁴⁵ Пресуда у предмету бр. C-229/14 (*Ender Balkaya v. Kiesel Abbruch- und Recycling Technik GmbH*) од 9. јула 2015. године (*European Court Reports* 2015, 455), параграф 33.

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ E. Menegatti, *op. cit.*, 77.

Конкретно, држава чланица не може по својој вољи, кршећи ефикасност директиве, искључити одређене категорије лица из заштите коју та директива нуди.¹⁴⁸

Ако је у наведеном случају заштита социјалних циљева Европске уније довела до неких ограничења дискреције националних законодаваца, у случају *Ruhrlandklinik*¹⁴⁹ та је дискреција потпуно искључена.¹⁵⁰ У овом предмету Суд је отишао даље у односу на претходну праксу и оценио да „ограничавање појма „радник“ у смислу Директиве 2008/104 на лица обухваћена тим појмом према националном праву [...] може угрозити остваривање циљева, а тиме и довести у питање делотворност Директиве прекомерним и неоправданим ограничавањем подручја њене примене. Наиме, такво ограничење омогућило би државама чланицама или агенцијама за привремено запошљавање да по властитој вољи одређеним категоријама лица одузму заштиту која се настоји постићи Директивом [...]“.¹⁵¹ Зато, закључује Суд, појам „радник“ „ваља тумачити на начин да обухвата свако лице које врши рад, односно током одређеног раздобља обавља посао у корист другог лица и према његовим упутствима, за који у замену добија накнаду, и које је по тој основи заштићено у односној држави чланици независно од правне квалификације његовог радног односа у националном праву, природе правног односа између та два лица и облика те везе“.¹⁵² На националном суду јесте да провери јесу ли ти услови испуњени и треба ли, стога, одређено лице сматрати као „радника“ у смислу те директиве.¹⁵³

1.4. „Квази-запослени“ и ширење (персоналног) подручја примене радног законодавства

Системи радноправне и социјалне заштите у XX веку били су везани за „стандардно запослење“ и „бинарну поделу“ између запослених и samozапослених, односно између подређеног и независног рада.¹⁵⁴ Ова бинарна подела углавном се

¹⁴⁸ Пресуда у предмету бр. C-393/10 (*Dermod Patrick O'Brien v. Ministry of Justice, formerly Department for Constitutional Affairs*) од 1. марта 2012. године (*European Court Reports* 2012, 110), параграфи 34 и 36.

¹⁴⁹ Пресуда у предмету бр. C-216/15 (*Betriebsrat der Ruhrlandklinik gGmbH v. Ruhrlandklinik gGmbH*) од 17. новембра 2017. године (*European Court Reports* 2016, 883).

¹⁵⁰ E. Menegatti, *op. cit.*, 79.

¹⁵¹ Пресуда у предмету бр. C-216/15 (*Betriebsrat der Ruhrlandklinik gGmbH v. Ruhrlandklinik gGmbH*), параграфи 36 и 37.

¹⁵² *Ibid.*, параграф 43.

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ Brenda Daly, Michael Doherty, *Principles of Irish Employment Law*, Clarus Press, Dublin, 2010, 40.

темељила на „фордистичком моделу“¹⁵⁵ производње, чија је основна карактеристика „пресудна важност стандардних уговора о раду на неодређено време са пуним радним временом“.¹⁵⁶ Временом су и „фордистички“ модел и „стандардизовани обрасци друштвеног и економског уређења“ запошљавања губили основу.¹⁵⁷ Социјалне и демографске промене које су се у међувремену догодиле (попут старења становништва, великог броја жена на тржишту рада, једнородитељских породица и све веће нестабилности у структури домаћинства), допринеле су развоју нових облика организације рада. Појавили су се нови, нестандартни и хибридни радни ангажмани који су довели у питање традиционалне појмове подређености и независности.¹⁵⁸ Напредак у дигиталним технологијама, широка доступност мобилних уређаја, све већа и бржа повезаност људи у комбинацији са реалностима представљеним у неколико циклуса економског пада, промене начина живота и генерацијских склоности су поред флексибилизације радног односа утицали и на појаву све већег броја samozaposlenih.¹⁵⁹ Међутим, ови нови „самостални предузетници“ и „фриленсери“¹⁶⁰ (енгл. *freelancers*)

¹⁵⁵ „Фордистички модел“ производње или „фордистички режим запошљавања и благостања“ је „велики индустријски систем који је базиран на масовној производњи, уској специјализацији послова и компетенција и пирамидалном управљању (хијерархијска структура рада и раздвајање дизајна производа и производње)“. Alain Supiot, *Beyond Employment - Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2001, 2.

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ F. Rosioru, *op. cit.*, 4.

¹⁵⁸ Nicola Countouris, *The Changing Law of the Employment Relationship, Comparative Analyses in the European Context*, Aldershot, Ashgate, 2007, XIX. Према Закључцима са Састанка стручњака о нестандартним облицима запошљавања, у организацији Међународне организације рада, постоје четири широке категорије нестандартног запошљавања: (1) привремено запослење, (2) рад са непуним радним временом, (3) рад посредством агенција за привремено запошљавање и други облици запослења који укључују више страна, и (4) прикривено запослење и зависно samozaposleње. International Labour Organization, *Non-standard employment around the world: Understanding challenges, shaping prospects*, International Labour Office, Geneva, 2016, 7.

¹⁵⁹ Orly Lobel, „The gig economy & the future of employment and labor law“, *San Diego School of Law Legal Studies Paper*, No. 16-223, 2016, 2. Термин samozaposleni се најчешће користи за означавање лица које, за разлику од запосленог (који ради за рачун послодавца, а за узврат добија зараду), извршава самостални рад, без подвргавања контроли другог лица, радећи сопственим средствима, за сопствени рачун (примера ради писци, трговци, адвокати, архитекте и агенти осигурања). Samozaposleni задржавају пуну слободу у погледу средстава и начина рада, при чему за свој рад не стичу право на зараду, већ је њихова накнада директно зависна од профита (или потенцијала за профит) који је добијен од произведене робе и пружених услуга. Дакле, њихов положај карактеришу предузетничке шансе (и ризици), због чега остају изван традиционалног персоналног подручја радног права. Однос између њих и купаца њихове робе или услуга регулише друга грана права - пословно право. S. Engblom, *op. cit.*, 12-14; Tui McKeown, „What’s in a Name? The Value of ‘Entrepreneurs’ Compared to ‘Self-Employed’... But What about ‘Freelancing’ or ‘iPro’?“, *International Review of Entrepreneurship*, vol. 13, број 2/2015, 103-116; International Labour Organization, *International Classification by Status in Employment (ICSE)*, 2014, <https://ilostat.ilo.org/resources/methods/classification-status-at-work>, 6.5.2020.

¹⁶⁰ Појам „фриленсери“ није законски. То је уобичајен појам који користе радници, крајњи корисници услуга рада и друге организације у различитим радним окружењима. Уобичајено се термином „фриленсери“ („слободњаци“, „хonorарци“) означавају квалификовани радници (ни послодавци, ни samozaposleni) који за накнаду обављају рад на одређено време, на основу уговора о пружању услуга, разним

веома су различити од оних из прошлости који су имали моћ преговарања о високим накнадама и могућност контролисања властитих услова рада. „Нови“ samozапослени, посебно они који су данас активни у виртуелним областима економије (енгл. *crowdworkers*), више личе на раднике с почетка XX века који нису имали друге алтернативе него да продају свој рад на високо конкурентном тржишту радне снаге.¹⁶¹ Они се такмиче са великом резервном армијом радне снаге за разлику од samozапослених у слободним професијама. Поред тога, они су слични традиционалним запосленима, јер лично обављају посао вршећи живи, текући (а не опредмећени) рад. Коначно, они су, као и запослени, рањиви, јер зарађују за живот радећи за само једног или веома ограничен број непосредних уговорних партнера што их чини економски зависним од њих и ствара потребу за посебном заштитом. Једина разлика између „нових“ samozапослених и традиционалних запослених је чињеница да нису правно подређени, већ су слободни (барем формално) радити шта год желе и кад год желе.¹⁶² Зато се издвајају у посебну, трећу категорију радника која се означава различитим терминима, попут термина „лица слична запосленима“ (нем. *arbeitnehmerähnliche Personen*), „парасубординирана лица“ (итал. *parasubordinati, lavatore parasubordinato*), „економски зависни радници“ или „зависни samozапослени радници“ (енгл. *economically dependent workers, dependent self-employed workers*). Њихов се правни

пословним клијентима. John Kitching, David Smallbone, *Defining and estimating the size of the UK freelance workforce*, Kingston University, Kingston Hill, 2008, V.

¹⁶¹ Тржишта радне снаге у XXI веку, као и готово сваки аспект наше економије и културе, започела су неумољиву миграцију у виртуелни простор. Послодавци прихватају Интернет технологију да би приступили већим „базенима“ радне снаге, услед чега је традиционални концепт сталне радне снаге коју чине појединачно одабрани запослени почео да се распада. Стабилну радну снагу замењује умрежена „маса“ људи (Alek Felstiner, „Working the Crowd: Employment and Labor Law in the Crowdsourcing Industry“, *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, vol. 32, број 1/2011, 144-145). Jeff Howe, репортер магазина „Wired“, увео је термин „crowdsourcing“ како би описао овај релативно нови феномен, омогућен софистицираним напретком софтвера, брзим и јефтиним продором персоналних рачунара и повећаним приступом истим (Jeff Howe, *The Rise of Crowdsourcing*, Wired, June 2006, 176, 179). „Crowdsourcing“ је термин који је у повоју и који се, са појавом нових апликација, непрестано развија, а Howe га дефинише као „чин преузимања посла који је традиционално обављало именовано лице (обично запослени) и додељивања истог недефинисаној, углавном великој групи људи, путем отвореног позива“. (Jeff Howe, *Crowdsourcing: A Definition*, Crowdsourcing, June 2, 2006, https://crowdsourcing.typepad.com/cs/2006/06/crowdsourcing_a.html, 5. 5. 2020.). Двојица шпанских научника, након анализе групе научних чланака, закључују да постоје различите дефиниције „crowdsourcing“-а, које јасно илуструју недостатак консензуса и одређену семантичку конфузију. На основу спроведене анализе и спајања претходних парцијалних елемената, они су дали дефиницију која покрива било коју врсту „crowdsourcing“-а: „Crowdsourcing“ је врста партиципативне *online* активности у којој појединац, институција, непрофитна организација или компанија предлаже групи појединача различитих знања, способности и броја, путем флексибилног отвореног позива, добровољно преузимање задатка“. Enrique Estellés-Arolas, Fernando González-Ladrón-de-Guevara, „Towards an integrated crowdsourcing definition“, *Journal of Information Science*, vol. 38, број 2/2012, 195.

¹⁶² Видети више: Тодор Каламагијев, Александар Ристовски, „Раграничување на работниот однос од останатите договорни односи по повод и во врска со трудот и разрешување на проблематиката на 'прикривеното вработување'“, *Деловно право*, vol. XVI, број 33, 2015, 11-14.

положај, због преплитања елемената подређености и независности, сматра граничним између правног положаја запосленог и назависног уговарача.¹⁶³

Описане промене у свету рада чине врло актуелним поновно, темељно разматрање основних питања радног права: ко је заштићен и зашто?¹⁶⁴ Или, као што је Европска комисија у својој Зеленој књизи „Модернизација радног права у сусрет променама у 21. веку“¹⁶⁵ од 2006. године запитала: „Постоји ли потреба за „етажом права“ који се бави условима рада свих радника без обзира на облик њиховог радног ангажовања?“¹⁶⁶ У недавном акту Комисије који прати консултације о европском стубу социјалних права наглашава се да је разлика између „запослених“ и „самозапослених“, као и између „самозапослених“ и „предузетника“ понекад замагљена.¹⁶⁷ С обзиром на наведено, радно законодавство је у неколико правних система проширило своје (персонално) подручје примене обухватајући неке нове категорије радника у своју сферу примене (било делимично или у целости). Ова универзалистичка тенденција радног законодавства се назива „тенденцијом ширења“ (енгл. *expansive tendency of labour law*), која се конкретно спроводи кроз комбинацију, променљиву од система до система, универзализма и селективности.¹⁶⁸

Ако се утврди да постоји потреба за проширењем заштитног обима радног законодавства или барем неких његових делова, постоје најмање две могућности које треба размотрити: 1) рedefинисање (законодавно или интерпретативно) појма „запослени“ или увођење посебне законодавне иницијативе чији је циљ да се рањивим

¹⁶³ У Извештају од 2003. године, Међународна организација рада дефинише зависне самозапослене раднике као „раднике који врше рад или обављају услуге другим лицима на основу грађанскоправног или привредноправног уговора, али који су у ствари зависни или интегрисани у процес рада лица за које обављају посао или коме пружају предметну услугу“ (International Labour Conference, 91st Session, Report V, *The Scope of the Employment Relationship*, International Labour Office, Geneva, 2003, 6.). Ови радници, који се налазе између независног и зависног рада, суочавају се са два облика зависности. Прва зависност је економска и подразумева да радници носе део или читав предузетнички ризик. Будући да такви радници раде за само једног наручиоца посла, они остварују укупну зараду из овог пословног односа. Ако претпоставимо да се две стране обично не договоре о константној количини поруџбина, већ управо супротно, односно да количина посла зависи од економске ситуације клијента са којим је закључио уговор, зависни самозапослени радник очигледно преузима предузетнички ризик (тј. краткорочни ризик флукуације потражње). Други облик зависности односи се на зависност у погледу времена, места и садржаја обављања посла. Да ли је зависни самозапослени радник сличнији запосленима или независним самозапосленим лицима, одређује се у зависности од степена ова два облика зависности. René Böheim, Ulrike Muehlberger, „Dependent Forms of Self-employment in the UK: Identifying Workers on the Border between Employment and Self-employment“, *Discussion Paper No. 1963*, Bonn, 2006, 3.

¹⁶⁴ M. Risak, T. Dullinger, *op. cit.*, 12.

¹⁶⁵ Commission of the European Communities, *Green Paper - Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century*, COM (2006) 708 final, Brussels, 22.11.2006.

¹⁶⁶ COM (2006) 708 final, 10, 12.

¹⁶⁷ European Commission, *Key economic, employment and social trends behind a European Pillar of Social Rights*, SWD (2016) 51 final, 8 March 2016, 32.

¹⁶⁸ G. Davidov, „Setting Labour Law’s Coverage: Between Universalism and Selectivity“, 543.

самозапосленим лицима омогући приступ различитим правима из радног односа и 2) селективно проширење радноправне заштите на економски зависне раднике.¹⁶⁹

Рedefинисање појма „запослени“ или посебно укључивање самозапослених лица у оквир одређених норми радног законодавства, проширило би домет примене права на организовање, колективно преговарање и колективну акцију на ову групу рањивих самозапослених. Такође би се проширила примена индивидуалног радног права и тиме заштита запослених од непоштених и нездравих услова рада. Ако је економска ситуација запосленог разлог зашто су се та права првенствено развила, тешко је аргументовати зашто подручје њихове примене не би требало проширити на лица која се налазе у истој ситуацији, и то само на основу претпоставке да нису формално довољно интегрисана у посао својих уговорних партнера.¹⁷⁰

Рedefиниција појма запосленог би се могла постићи на два начина: 1) *законским путем*, и то експлицитним укључивањем дефиниција које надилазе постојећу дефиницију појма „запослени“ или асимилацијом самозапослених лица у круг субјеката радноправне заштите;¹⁷¹ и/или 2) *путем ширег тумачења појма „запослени“*. Потоње изгледа као изводљивија опција, посебно на европском нивоу, имајући у виду да је промене примарног и секундарног законодавства некада веома тешко постићи, али и чињеницу да су одговори на предлог из Зелене књиге о обједињеној концепцији радника били, углавном, негативни.¹⁷² Штавише, у Саопштењу Европске комисије -

¹⁶⁹ M. Risak, T. Dullinger, *op. cit.*, 13.

¹⁷⁰ *Ibid.*, 14.

¹⁷¹ Асимилација самозапослених лица у оквир радног законодавства врши се увођењем претпоставке о постојању зависног рада. Тако је, примера ради, француски Законик о раду проширио своје подручје примене помоћу два приступа: први је увођење претпоставке о постојању уговора о раду, а други асимилација одређених лица у круг субјеката радноправне заштите. Претпоставка о постојању уговора о раду уведена је у корист професионалних новинара, уметничких извођача, манекена и трговачких представника, при чему је доказ о припадности радника одређеној професији довољан за примену радног законодавства. Идеја није да се само заштите ове категорије радника, већ и да се смањи несигурност која карактерише њихову ситуацију. Ови радници се понекад називају „запосленима по закону“. Другу категорију чине појединци који су асимиловани у персонално подручје примене Законика о раду на основу економске зависности, али немају својство запосленог и њихов се уговор не сматра уговором о раду, па се на њих ни радно законодавство не примењује у целости (нпр. појединци на челу предузећа, менаџери). Pascal Lokiec, „The scope of Labour Law and the notion of employee: Aspects of French Labour Law“, у: Takashi Araki, Schinya Ouchi (eds), *The Mechanism for Establishing and Changing terms and Conditions of Employment/The scope of Labour Law and the Notion of Employees*, The Japan Institute for Labour Policy and Training, Токуо, 2004, 149-150. Други правни систем који је експериментисао са законским претпоставкама је холандски. Законом о флексибилности и безбедности од 1998. године измењен је члан 7:610а холандског Грађанског законика и уведена законска претпоставка према којој се за радника који је радио редовно код свог послодавца током периода од три месеца (или најмање 20 часова месечно) аутоматски претпоставља да је закључио уговор о раду. Frans Pennings, „The Protection of Working Relationships in the Netherlands“, у: Frans Pennings, Claire Bosse (eds), *The Protection of Working Relationships: A Comparative Study*, Kluwer Law International, 2011, 91-96.

¹⁷² European Commission, *Outcome of the public consultation on the Commission's green paper "Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century"*, COM (2007) 627 final, 24 October 2007, 7.

Европском парламенту, Савету, Европском економском и социјалном комитету и Комитету региона, којим су покренуте консултације о европском стубу социјалних права, Комисија је поново користила традиционалну концепцију „радника“ са фокусом на личној подређености: „Привремено, за потребе ове расправе, термин „радник“ означава свако лице које у одређеном временском периоду пружа услуге другом лицу за које добија накнаду те поступа по налогу тог лица посебно у смислу одређивања времена, места и описа рада“.¹⁷³ Стога се чини врло мало вероватним да ће појам радника бити редефинисан на битно другачији начин у примарном и секундарном законодавству Европске уније.¹⁷⁴ На националном нивоу је, пак, очигледно да правни системи који немају законски појам подређености могу проширити појам запосленог са већом слободом, прилагођавајући га различитим субјективним ситуацијама, променама економског и социјалног контекста, новим производним моделима итд.¹⁷⁵ Притом,

¹⁷³ European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Launching a consultation on a European Pillar of Social Rights*, COM (2016) 127 final, Brussels, 8.3.2016, Annex I, 2.

¹⁷⁴ COM (2017) 797 final.

¹⁷⁵ A. Perulli, „The legal and jurisprudential evolution of the notion of employee“, 119. У већини дефиниција радног односа - а радно право их баштини у великом броју - подређеност запосленог власти послодавца представља саставни, битан део, критеријум или обележје рада који се обавља у оквиру радног односа (Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, 210). Ако се пође од чињенице да радни однос представља главну капију за улазак у тврђаву радног законодавства, онда је значај правне подређености за одређивање персоналног подручја његове примене неспоран. Сходно томе, утврђивање поузданих критеријума за постојање правне подређености, а самим тим и разликовање зависног од независног рада, игра кључну улогу у одређивању подручја примене радног законодавства. На почетку је раднике који уживају радноправну заштиту било лако идентификовати јер су имали сличне карактеристике. У то време се могло говорити о „типичном запосленом“. Међутим, „outsourcing“ и пословно умрежавање привредних субјеката, појачани новим технологијама, као и промене модалитета рада радника, довели су до разводњавања овлашћења послодавца и промене парадигме на којој почива правна подређеност. Као резултат наведеног, дошло је до преиспитивање подручја примене радног права у двоструком смислу: 1) да ли правна подређеност мора и даље бити нормативна основа радног законодавства, упркос промењеним економским и друштвеним приликама; 2) да ли подручје радног законодавства треба проширити на ситуације у којима нема правне подређености, али постоје други облици зависности (Ana Lambelho, *Rethinking the Boundaries of Labour Law Regarding the Need of Regulation of Independent Work. A portuguese labour law perspective*, ESTG, Polytecnic Institute of Leiria, Portugal, 2013, 1-5, 9). У том смислу се у теорији радног права појављују предлози о редефинисању и проширењу концепције радног односа, скопчани са идејом о потискивању критеријума правне субординације у корист других критеријума за квалификацију радног односа, посебно критеријума економске зависности. Ипак, оваквим предлозима се најчешће приговара да неоправдано проширују традиционалну концепцију радног односа. „Способност концепта правне подређености да и даље буде основа радног права произилази из чињенице да правна субординација није само формалноправни концепт који је правник измислио, већ је фактичка стварност коју су истакли социолози и економисти“ (Wilfredo Sanguinetti Raymond, *Contrato de Trabajo y Nuevos Sistemas Productivos - Un estudio sobre el concepto de subordinación jurídico-laboral y su aptitud para reflejar las transformaciones recientes de las formas de organización del trabajo*, Universidad de Salamanca, 1996, 46, <https://wilfredosanguinetti.files.wordpress.com>, 17. 4. 2020.). Осим тога, правна подређеност је довољно отворен и флексибилан елемент, који судовима даје потребну флексибилност да правилно квалификују различите модалитете рада које радни однос може обухватити. A. Lambelho, *op. cit.*, 7.

главно средство за прилагођавање појма запосленог измењеном социјалном и економском контексту је, у највећем броју држава, судска пракса.¹⁷⁶

Друга опција јесте увођење посредничке категорије радника на коју би се могао проширити бар део радног законодавства који штити рањиве групе samozапослених. У светлу све већег броја радника који обављају рад на платформи (енгл. *crowdworkers*), сугерише се да би закон могао препознати такву прелазну категорију.¹⁷⁷ Идеја је да

¹⁷⁶ Такав је случај, примера ради, у Немачкој и Француској. У Немачкој, где до 2017. године није постојала законска дефиниција појма „запосленог“, Грађански законик (*BGB*) је правио разлику између уговора о раду (нем. *Werkvertrag*) и уговора о услузи (нем. *Dienstvertrag*), али та разлика није одговарала у потпуности разлици између запошљавања и samozапосљавања. У том контексту, Савезни радни суд је развио врло сложен појам подређеног запослења, заснован на концепту личне подређености, при чему је као њен битан елемент издвојена чињеница да је појединац под надзором послодавца. Поред тога, присуство субординације се може утврдити и на основу постојања других, споредних елемената, попут интеграције појединца у организован процес рада послодавца, чињенице да послодавац има користи од услуге, потребе за социјалном заштитом или слабе социјално-економске ситуације пружаоца услуге. „Након измене Грађанског законика, немачко законодавство, по први пут, садржи изричиту законску дефиницију уговора о раду“. Међутим, одељак 611а „у основи не прелази постојећу судску праксу“ (Bernd Waas, „The position of workers in the collaborative economy – A view on EU law“, у: Reinhard Singer, Tania Bazzani (ed.), *European Employment Policies: Current Challenges*, Berliner Juristische Universitätschriften, Zivilrecht, Band, 2017, 108). И у Француској, где не постоји законски појам подређености, судска пракса је била пресудна у редефинисању појма запосленог. Ширење појма запосленог остварено је преквалификацијом односа подређености (фр. *lien juridique de subordination*). Касациони суд је сматрао да је делимично подвргавање независног радника власти послодавца у техничком смислу (као што је случај са лекарима, професионалним спортистима, уметницима) довољно да створи везу подређености. Ово значајно проширење појма запосленог омогућило је да се у сферу радног права укључи велики број случајева који се протежу од производних радника до лекара, инжењера и професионалних спортиста. *Mutatis mutandis*, путеви редефинисања подређености у ширем смислу познати су и у земљама *common law* правног система. Овде је формалистички приступ у тумачењу појма „запослени“ замењен принципом реалности, који је усвојио Врховни суд Велике Британије и „наменским приступом“, који треба да покаже да ли одређени радник стварно економски зависи од послодавца. Полазећи од јавног интереса на коме почива радно законодавство, судови имају тенденцију да широко тумаче појмове који одређују подручје примене радног законодавства. Сматра се да употреба „теста економске реалности“ омогућава адекватнији приказ друштвене и економске стварности. Овај тест није ограничен на процену ко сноси финансијски ризик неког посла, већ подразумева и низ других елемената, као што су власништво над производном опремом, начин плаћања, право послодавца да бира и отпушта раднике итд. Наведено према: А. Perulli, „The legal and jurisprudential evolution of the notion of employee“, 119-120.

¹⁷⁷ О. Lobel, *op. cit.*, 10. Тако се, примера ради, двојица америчких писаца, Seth D. Harris и Alan B. Krueger, полазећи од чињенице да се радници који раде преко дигиталних платформи не уклапају уредно у постојеће законске категорије „независних уговарача“ и „запослених“, залажу за увођење нове категорије радника коју су назвали „независни радници“. „Независни радници“ би, без обзира да ли раде преко *online* или *offline* посредника, добили одређену заштиту и користи које уживају запослени, као што су право на организовање, колективно преговарање и право на плаћање половине пореза и доприноса за социјално осигурање од стране посредничких платформи. Будући да је концептуално немогуће прописати радно време било којем појединачном посреднику, независни радници се не би квалификовали за зараду по основу броја радних сати, укључујући прековремени рад, гаранцију минималне зараде, као ни доприносе за осигурање за случај незапослености. Међутим, посредничким платформама би било омогућено да окупљају независне раднике ради куповине полисе осигурања и других погодности по нижим трошковима и већем квалитету, без ризика да се њихова правна веза трансформише у радни однос. Оно што заговорници ове идеје сматрају најважнијим, јесте да би реформе које предлажу помогле да се заштити и прошири тешко остварена друштвена кохезија која је у протеклом веку заштитила раднике и побољшала животни стандард, као и да се умањи правна несигурност и побољша ефикасно пословање на тржишту рада. Seth D. Harris, Alan B. Krueger, „A Proposal for Modernizing Labor Laws for Twenty-First-Century Work: The ‘Independent worker’“, *Discussion Paper*, Washington, DC, 2015, 10-12.

радници који имају само одређене карактеристике запослених уживају неке (не све) видове радноправне заштите.¹⁷⁸ На тај начин се, према овој аргументацији, може оценити ниво заштите свих радноангажованих лица, а чињеница да је лична интеграција у процес рада неких лица мање интензивна и да уживају одређени ниво флексибилности и слободе може се заправо искористити у њихову корист. Међутим, и пре него што је дошло до појаве „дигиталног рада“, бројне државе су увеле законодавне мере како би заштитиле правни статус економски зависних и угрожених samozапослених радника. При томе, неке од њих нису одустале од традиционалног разликовања запослених и samozапослених, али су обезбедиле поједине заштитне мере у корист samozапослених лица, док су друге, поред двеју традиционалних врста рада, као трећу врсту рада изричито издвојиле економски зависни рад, уз постепено обезбеђивање појединих аспеката радноправне заштите у корист економски зависних радника.¹⁷⁹

¹⁷⁸ G. Davidov, „Setting Labour Law’s Coverage: Between Universalism and Selectivity“, 557.

¹⁷⁹ Мали је број држава чланица Европске уније које признају концепт економски зависних радника, иако га, у различитим облицима и различитој мери, покушавају дефинисати. Постојање ове средње категорије радника, између samozапослених и запослених, резултира стварањем нових облика запослења, мада се њихов обим и садржај разликују међу земљама. Тако је у Италији осмишљена концепција парасубординираних радника (као подврсте samozапослених лица) који се налазе на граници између samozапослења и традиционалног сталног запослења. Законом од 1995. године уведен је тип краткорочног уговора, назван „континуирани и координирани уговорни однос“ (*co.co.co* уговор) на основу кога је радник (бар теоретски) независан, али његова активност мора бити у складу са организационим потребама компаније. Да би се ограничила употреба континуираних и координираних уговорних односа као облика „лажног samozапослења“, 2003. године је уведен рад на пројекту, као врста рада који, такође, не подразумева подређеност радника власти наручиоца посла, али мора бити повезан са конкретним пројектом, програмом или фазом рада наручиоца посла. У Уједињеном Краљевству постоји посебна категорија „радника“ који се разликује од „запослених“ по томе што обавља посао, а да није стављен под власт послодавца. Многи радноправни прописи у овој земљи важе само за запослене, а један се број (примера ради о минималној заради и забрани дискриминације) односи на све раднике. У Аустрији постоје хибридне категорије радника признате законом – „слободњаци“ односно „фриленсери“ (нем. *freie Dienstnehmer*), „нови samozапослени“ (нем. *Neue Selbständige*), „уговарачи рада и услуга“ (нем. *Werkvertragnehmer*), на основу којих се могу видети назнаке општег признавања економски зависног рада, посебно у случају „уговора о слободном пружању услуга“. Они који раде на основу ове врсте уговора разликују се од запослених по томе што, иако раде за једног клијента, према фиксном распореду, нису у подређеном положају. У Немачкој, пак, постоји концепција „лица сличних запосленима“ (нем. *arbeitnehmerähnliche Personen*). Ова категорија радника, која се третира одвојено од запослених, означава лица која обављају предметни посао лично и директно (без ангажовања других лица), преваходно у корист једног клијента, остварујући тако више од 50% својих примања. Најновију и најпотпунију дефиницију економски зависног рада има Шпанија. Законом усвојеним 2007. године, економски зависни радници су дефинисани као лица која редовно и лично обављају лукративну привредну или професионалну делатност само за једног клијента, остварујући по том основу најмање 75% свог укупног прихода, и то под условом да преузимају ризик посла и самостално организују њихов рад, док наручилац посла задржава право да утврђује техничке индикаторе рада. Opinion of the European Economic and Social Committee on „New trends in self-employed work: the specific case of economically dependent self-employed work“ (own-initiative opinion), *Official Journal of the European Union*, C 18, 19.1.2011; Directorate General for Internal Policies Policy Department A: Employment Policy, *Social protection rights of economically dependent self-employed workers*, IZA Research Report, број 54/2013, 32-44.

На нивоу Европске уније, међутим, већина држава чланица и социјалних партнера се противи увођењу било које треће посредничке категорије, попут такозваног *економски зависног радника*. Чак и у државама чланицама у којима такав концепт већ постоји у националном законодавству, попут Италије, постојале су резерве да ли се на европском нивоу може осмислити недвосмислена дефиниција.¹⁸⁰ Недавно саопштење Европске комисије о покретању консултација о европском стубу социјалних права указује на све веће постојање „сивих зона“, попут „зависног“ и „лажног“ samozапосљавања, што доводи до нејасних правних ситуација и препрека приступу социјалној заштити.¹⁸¹ Према томе, остаје да се види да ли ће могућност увођења економски зависних радника у заштитни оквир радног законодавства бити разматрана у каснијој фази процеса успостављања европског стуба социјалних права, мада је мало вероватно да ће државе чланице ову опцију подржати много јаче него деценију пре. Законодавне промене које редефинишу појам „запосленог“ или уводе трећу, посредничку категорију између запослених и samozапослених не изгледају, у крајњем, реално могуће у блиској будућности.¹⁸² У Резолуцији о Европском програму за економију сарадње, Европски парламент „подсећа да су сви радници у економији сарадње запослени или samozапослени, зависно од ситуације, и да их у складу с тиме треба категорисати“.¹⁸³

Кључни проблем у вези (персоналног) подручја радноправне заштите је, чини се, раст броја лица која су искључена из ове заштите због њихове класификације као samozапослених лица. Иако наведена расправа излази из оквира овог рада, напред изнето упућује на закључак о потреби олакшавања преласка са ексклузивног приступа заштити запослених, ка инклузивном приступу који препознаје и друге изворе рањивости радника, осим њихове подређености.¹⁸⁴ Еволуирајућа економија истиче

¹⁸⁰ Commission of the European Communities, Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and The Committee Of The Regions - Outcome of the Public Consultation on the Commission's Green Paper "Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century", COM (2007) 627 final, Brussels, 24.10.2007, 7.

¹⁸¹ COM (2016) 127 final, Annex I, 4.

¹⁸² M. Risak, T. Dullinger, *op. cit.*, 16.

¹⁸³ European Parliament resolution of 15 June 2017 on a European Agenda for the collaborative economy (2017/2003(INI)) (*Official Journal* C 331, 18.9.2018, 125–134), тачка 39.

¹⁸⁴ Directorate General for Internal Policies Policy Department A: Economic and Scientific Policy, *The Social Protection of Workers in the Platform Economy*, Study, 2017, 100. Тако, примера ради, по мишљењу Davidov-a, једноставан, али моћан начин за разумевање посредничких група радника јесте разликовање две карактеристике радних односа: *подређености* и *зависности*. Ова два елемента се често замењују један другим, иако се односе на различите врсте рањивости, а свака оправдава примену различитих делова радног законодавства. Подређеност указује на то да је лице под контролом послодавца - да је у правној вези коју карактерише демократски дефицит. Зависност се односи на зависност од одређеног послодавца како у погледу економских, тако социјалних и психолошких потреба, и као резултат тога

потребу заштите нових група радника како би се постојећи стандарди могли задржати и у свету „дигиталног рада“. Упоредна законодавства то чине на различите начине, а јасног и неспорног става о заштити економских зависних радника нема ни у литератури.¹⁸⁵ Искуство радноправних прописа усмерених на заштиту одређене категорије радника показује да (осим постојања тешкоће прецизног дефинисања) уске дефиниције омогућавају послодавцима да избегну подручје њихове примене прихватањем софистициране стратегије и правне арбитраже.¹⁸⁶ Стога се, уместо покушаја да се, једном заувек, дефинише појам економски зависног рада, у литератури предлаже утврђивање одређеног каталога темељних права у корист свих радника, независно од степена зависности њиховог рада.¹⁸⁷ Премда је питање заштите економски зависних радника још увек недовољно изучено и објашњено, чини се да би оваквим предлозима требало дати подршку.¹⁸⁸ Промене које су се догодиле последњих деценија

подразумева немогућност диверзификације ризика. Понекад може постојати у правним односима које не карактерише подређеност, чак и у ситуацијама када радник има велики степен контроле над својим временом и када не подлеже надзору послодавца/клијента. Већина лица која раде за другог су истовремено и подређени и зависни, па их је прикладно назвати „запосленима“. Међутим, у последње време све више расте број оних који су зависни од других, али нису подређени њима (попут власника камиона који углавном ради за једну компанију или „слободног новинара“ који ради углавном за један новински лист). „Клијент“ у таквим случајевима треба имати одређену одговорност у складу са радним законодавством. Guy Davidov, „Who is a Worker?“, *Industrial Law Journal*, vol. 34, број 1/2005, 57, 61; G. Davidov, „Setting Labour Law’s Coverage: Between Universalism and Selectivity“, 559.

¹⁸⁵ Тако се, примера ради, Freedland и Countouris противе додавању прелазне категорије радника. Иако веома критични према бинарној подели, они тврде да није могуће пронаћи јасан средњи слој између ове две категорије, као што није могуће пронаћи јасну разлику између запослених и samozапослених. Преферирано решење које предлажу је „породица уговора“ са „лабавим групама“, тј. метод крајње селективности, са различитим законским третманом за сваку групу радника (Mark Freedland, Nicola Countouris, *The Legal Construction of Personal Work Relations*, Oxford University Press, Oxford, 2011, 104-112, 276-289). С друге стране, Davidov се слаже са општим гледиштем које позива на бољу повезаност заштите и њене оправданости (што Freedland и Countouris називају „повезивање категорије и последица“), али сматра да додавање прелазне категорије радника нуди бољу равнотежу универзализма и селективности од потпуно лабаве „породице“ бројних уговора. Увођење треће категорије радника не спречава додавање даљих варијација и суптилности, али допуштање групи лица да поседују статус „зависних уговарача“ и да им у складу с тим припада одређена листа права је, по његовом мишљењу, врло корисно. G. Davidov, „Setting Labour Law’s Coverage: Between Universalism and Selectivity“, 558.

¹⁸⁶ Directorate General for Internal Policies Policy Department - A: Economic and Scientific Policy, *op. cit.*, 101.

¹⁸⁷ Тако, примера ради: G. Davidov, „Setting Labour Law’s Coverage: Between Universalism and Selectivity“, 555; A. Perulli, „The legal and jurisprudential evolution of the notion of employee“, 122; Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, 234-235. Осим предлога у литератури, и Европски парламент наглашава да је важно зајамчити темељна права и примерену заштиту социјалне сигурности све већег броја samozапослених радника, који су кључни актери у економији сарадње, укључујући право на колективно преговарање и деловање, између осталог и у погледу њихове накнаде. European Parliament resolution of 15 June 2017 on a European Agenda for the collaborative economy, тачка 44.

¹⁸⁸ Не треба губити из вида да је неким законима Републике Србије већ уважена потреба samozапослених и других радноангажованих лица за заштитом на раду или у вези са радом. У том смислу ваља напоменути Закон о безбедности и здрављу на раду (*Службени гласник РС*, бр. 101/2005, 91/2015 и 113/2017 - др. закон, чл. 4, тач. 1), Закон о спречавању злостављања на раду (*Службени гласник РС*, бр. 36/2010, члан 2), Закон о забрани дискриминације (*Службени гласник РС*, бр. 22/2009 и 52/2021, члан 16, став 1) и Закон о родној равноправности (*Службени гласник РС*, бр. 52/2021, члан 28 и 29), у којима је, попут преовлађујућег решења у упоредном радном праву, усвојена шира концепција појма запослени. Тако се, поред домаћег или страног физичког лица које је у радном односу код послодавца, запосленим

учиниле су очигледним да се остваривање свих социјалних права не може везивати искључиво за радноправни статус. То би значило занемаривање више милиона људи који раде изван традиционалног радног односа. Употреба селективности у смислу везивања неких права/користи само за „запослене“ (а не и за друге категорије „радника“) не може бити оправдана у случају када одређена права/користи нису везана за запошљавање (радни однос).¹⁸⁹ Стога је потребно утврдити језгро фундаменталних права за све облике рада, без обзира на квалификацију у смислу субординације/независности, а затим утврдити различите групе права која би се обезбеђивала појединим категоријама радника, према степену зависности њиховог рада.¹⁹⁰ Прихватање овог предлога скопчано је, међутим, са проблемом утврђивања права која чине минимум основних права. Иако у литератури нема сагласности о ширини и садржини каталога ових права, чини се да би одговорајућа заштита морала да обухвати услове рада достојне човека, почевши од правичне накнаде за рад, преко сузбијања дискриминације, узнемиравања, злостављања на раду и угрожавања безбедности и здравља на раду, до слободе синдикалног организовања и деловања.¹⁹¹ Овакав приступ заштити би био у складу са концепцијом пристојног рада и Декларацијом Међународне организације рада о фундаменталним принципима и правима на раду од 1998. године, која предвиђа да све државе чланице Међународне организације рада из саме чињенице да су чланице ове Организације, имају обавезу да поштују, унапређују и остварују, у доброј вери и у складу са Уставом Међународне организације рада, принципе који се односе на фундаментална права.¹⁹² Основна права имају апсолутну вредност и примењују се на све људе у свим државама, без обзира на ниво економског развоја. Штавише, наведена права не би требало да се везују за

сматра и лице које по било ком основу обавља рад или се оспособљава за рад код послодавца, што, свакако, ваља оценити као добро и напредно решење.

¹⁸⁹ G. Davidov, „Setting Labour Law’s Coverage: Between Universalism and Selectivity“, 556.

¹⁹⁰ A. Perulli, „The legal and jurisprudential evolution of the notion of employee“, 122.

¹⁹¹ International Labour Organization, *Digital labour platforms and the future of work - Towards decent work in the online world*, International Labour Office, Geneva, 1998, 106. Како би објаснио покривеност социјалним правима, Supiot је у свом познатом Извештају користио слику четири концентрична круга. Први круг обухвата права гарантована свима, без обзира на радноправни статус (примера ради, у већини земаља право на здравствену заштиту). Остала три круга ослањају се на оно што Supiot назива „чланство на тржишту рада“. Тако, други круг укључује разне врсте неплаћеног рада, који је заштићен неким социјалним законима (примера ради, заштита волонтера за случај повреде на раду). Трећи круг покрива све „радне активности“, односно независне уговараче, заједно са запосленима. Овај круг обухвата, примера ради, заштиту безбедности и здравља на раду (у многим земљама) и забрану дискриминације (у неким земљама). Четврти и завршни круг покрива плаћено запослење и укључује бројне одредбе традиционално познате као радно законодавство. A. Supiot, *Beyond Employment: Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe*, 54.

¹⁹² International Labour Conference, *ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, International Labour Office, Geneva, 1998.

постојање радног односа, већ би се морала обезбедити свим радницима, без обзира на њихов радноправни статус.

1.4.1. Проблеми квалификације и заштите „дигиталних радника“

Посебне изазове разграничењу зависног и независног рада, а последично и одређивању персоналног подручја примене радног законодавства представља појава тзв. „економије сарадње“. „Економија сарадње“ се различито дефинише, а у теорији је присутан и велики број термина који упућују на широки распон начина на које људи остварују приходе од активности на мрежи (попут термина „колаборативна економија“, „економија поделе“, „гиг економија“, „масовни рад“, „платформа економија“).¹⁹³ Притом, аутори често користе сличне појмове да би означили сасвим различите *online* (и *offline*) активности, а различите термине за описивање суштински сличних активности, што води различитим закључцима о величини овог вида економске активности и најважнијим питањима на која би креатори социјалне политике требало да обрате пажњу при њеном регулисању.¹⁹⁴ Према Саопштењу Европске комисије о Европском програму за економију сарадње, „економија сарадње“ се односи на „пословне моделе у којима се делатности поспешују платформама за сарадњу којима се ствара отворено тржиште за привремену употребу робе или услуга које неретко пружају приватна лица“.¹⁹⁵ Платформе за сарадњу (дигиталне или технолошке платформе) отварају нове могућности запошљавања којима се генеришу приходи изван оквира традиционалних линеарних радних односа, а људима омогућују флексибилне услове рада.¹⁹⁶ Иако још увек у зачецима, „платформа економија“ се брзо развија, те у

¹⁹³ Directorate General for Internal Policies Policy Department - A: Economic and Scientific Policy, *op. cit.*, 19.

¹⁹⁴ *Ibid.*

¹⁹⁵ Економија сарадње обухвата три категорије учесника: 1. пружаоце услуга који деле добра, ресурсе, време и/или вештине – то могу бити приватна лица која услуге нуде повремено („*peers*“) или пружаоци услуга („професионални пружаоци услуга“); 2. корисници тих услуга и 3. посредници који путем интернетских платформи повезују пружаоце услуга и кориснике, те олакшавају трансакције између њих („платформе за сарадњу“). Трансакције у оквиру економије сарадње углавном не укључују промену власништва и могу се, али не морају, спроводити ради добити. European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *A European agenda for the collaborative economy*, COM (2016) 356 final, Brussels, 2.6.2016, 3.

¹⁹⁶ *Ibid.*, 11. Дигиталне платформе рада се сматрају „највећом променом парадигме у иновацијама од тренутка индустријске револуције“ (Wendy Kaufman, *Crowdsourcing Turns Business On Its Head*, NPR radio broadcast Aug. 20, 2008, <http://www.npr.org/templates/story/story.php?storyId=93495217>, 5.6.2020.) и једном од најистакнутијих трансформација у свету рада током протекле деценије. Оне обухватају „*web* платформе“, где се посао, отвореним позивом, додељује географски раштрканој „маси“ – „масовни рад“ (енгл. *crowdwork*) и апликације засноване на локацији (*apps*) које додељују посао појединцима у одређеном географском подручју – „рад по позиву“ (енгл. *on-demand work*). Док се у оквиру рада по

одређеним секторима стиче важан удео на тржишту. Процењује се да је бруто приход остварен од дигиталних платформи и пружалаца услуга у Европској унији у 2015. години износио 28 милијарди евра.¹⁹⁷ Упркос наведеном, тржиште масовног рада је остало готово у потпуности нерегулисано. Опоравање законодаваца да регулишу рад на

позиву спајање понуде и тражње одвија преко платформе а услуга се испоручује у реалном, географски дефинисаном простору, код масовног рада, целокупан процес се одвија у виртуелном простору. Иако су дигиталне платформе производ технолошког напретка, рад на тим платформама личи на многе дугогодишње радне аранжмане, само са дигиталним алатом који служи као посредник. Виртуелне платформе организују заједнички рад људи широм света на одређеном задатку, пројекту, креирању производа или пружању услуга. Клијенти („послодавци корисници“) најчешће немају никакву директну везу, нити правни однос са радником, већ платформа има функцију послодавца (платформе себе не сматрају послодавцем, али их државе врло често тако категоришу, што доводи до нејасног положаја свих лица ангажованих преко платформе) и она их исплаћује за извршени рад. Клијент бира радника кога жели, а сама платформа решава сва правна питања и процедуре, наплаћујући за своје услуге проценат од сваког склопљеног и испуњеног уговора (Видети више: International Labour Organization, *Digital labour platforms and the future of work - Towards decent work in the online world*, XV, 1, 5 и 6; Aniket Kittur, Jeffrey V. Nickerson, Michael S. Bernstein, Elizabeth M. Gerber, Aaron Shaw, John Zimmerman, Matthew Lease, and John J. Horton, *The Future of Crowd Work*, Conference: Proceedings of the 2013 conference on Computer supported cooperative work, Conference Paper, 2013, https://www.researchgate.net/publication/255969848_The_Future_of_Crowd_Work, 8.5.2020; A. Felstiner, *op. cit.*, 143-203; Сенад Јашаревић, „Утицај дигитализације на радне односе“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, број 4/2016, 1110-1111). У том смислу, дигитални рад може бити мач са две оштрице, подједнако способан да побољша или смањи квалитет живота радника. Главна предност оваквог начина рада лежи у могућности појединца да самостално одлучује које ће послове обављати, када, колико дуго и где ће радити (из удобности свог дома или кафића, на аутобуском стајалишту, чекаоници или било којем другом месту). Осим тога, лица могу да стекну било какву зараду ако су незапослена, да остваре додатно примање или постепено стичу професионално искуство. Лоша страна рада преко платформе јесте чињеница да је, углавном, правно неуређен, због чега радно ангажована лица обично нису пријављена и не уживају правну заштиту еквивалентну запосленима у радном односу (стабилност посла и примања, социјално осигурање и сл.). Поред тога, мноштво радника се сусреће са проблемом асиметрије информација и нарушеном приватношћу. На платформама има врло мало информација о њиховим потенцијалним послодавцима и задацима које треба обавити. У суштини, радници виде само оно што послодавци желе да они виде. Са друге стране, послодавцима је, обично, доступна историја рада радника на платформи. Штавише, многе платформе дају послодавцима право да одбију незадовољавајући резултат рада, без плаћања и без нужног одрицања од права на његово коришћење. Марија Драгићевић, „Проблеми квалификације и радноправне заштите ‘дигиталних радника’“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, број 90/2021, 152.

¹⁹⁷ СОМ (2016) 356 final, 2. Готове све досадашње студије које су користиле различите методе да би испитале укупну величину економије сарадње, њен раст и учесталост њене употребе у националној популацији, сугеришу да апсолутна величина дигиталног тржишта рада остаје мала по националним стандардима економије, али да брзо расте. Ипак, величину овог раста тешко је проценити, јер конвенционална статистика тржишта рада и економски показатељи нису прикладни за мерење рада на платформи. Стога је конструисан Индекс онлајн рада (*Online Labour Index - OLI*), нови економски показатељ обима економије сарадње, као пандана традиционалној статистици тржишта рада. Он мери понуду и потражњу рада преко дигиталних платформи у различитим земљама и занимањима, и то путем праћења броја послова и задатака постављених на пет највећих дигиталних платформи на енглеском језику (које остварују промет од најмање 70% светског тржишта) у скоро реалном времену. Користећи овај индикатор, поједини стручњаци процењују да је економија сарадње расла по годишњој стопи од 14% (Otto Kässi, Vili Lehdonvirta, *Online labour index: Measuring the online gig economy for policy and research*, Oxford Internet Institute, Oxford, 2016, 1, 12). Као један од разлога за овакав раст у литератури се најчешће наводи способност платформи да створе ефикасан и брз систем упаривања понуде и тражње који омогућава клијентима приступ вештинама и талентима за које би морали да потроше знатно више средстава за процес селекције, а тражиоцима посла помаже да покажу своје знање и способности, те да се информишу о могућностима за радно ангажовање и развој каријере. McKinsey Global Institute, *A labour market that works: Connecting talent with opportunity in the digital age*, Executive Summary, June 2015, 1-14.

дигиталним платформама (масовни рад)¹⁹⁸ произилази, делом, из особених и веома озбиљних правних проблема насталих „crowdsourcing“ моделом рада. Мноштво људи нема физички место рада. Рад се обавља и надокнађује у виртуелном простору, често анонимно, а њима се управља, у мери у којој се уопште управља формуларним, електронским (енгл. *clickwrap*) уговорима. Такође, за разлику од традиционалног запослења који подразумева однос „једног са многима“ између послодавца и запослених, масовни рад карактеришу вишеструке везе „многих са многима“, при чему неке трају само минут или два. Стога су питања - шта представља радни однос у таквом окружењу, да ли радник заиста може да послује као независни уговарач и да ли ужива одређене видове социјалне заштите, које одговорности имају (ако их имају) лица која развијају, стављају на тржиште и управљају „crowdsourcing“ платформама - само нека од отворених и веома спорних питања.¹⁹⁹

Према досадашњим упоредноправним решењима, вршење рада у контексту економије сарадње не мора нужно да води заснивању радног односа. Тако, примера ради, италијански Предлог закона о дисциплини дигиталних платформи за дељење робе и услуга и аранжманима за унапређење економије сарадње од 2016. године, не квалификује пружаоце услуга који користе дигиталну платформу као раднике (у независном или подређеном смислу), већ као „оперативне кориснике“ (итал. *utente operatore*).²⁰⁰ Међутим, он предвиђа обавезу „руководиоца“ (приватног или јавног субјекта који управља дигиталном платформом) да усвоји документ о корпоративној политици платформе (итал. *Documento di politica aziendale*) који подлеже обавезујућем мишљењу и одобрењу Агенције за заштиту конкуренције и тржишта.²⁰¹ Овај документ укључује уговорне услове између дигиталне платформе и корисника и не може садржати одредбе које, чак и индиректно, намећу било какав облик контроле извршења услуге, укључујући употребу било којег уређаја или хардверског и софтверског система.²⁰² Из овога се може закључити да, ако је платформа способна да врши неки облик „команде и контроле“ над оперативним корисницима, потоњи ће бити квалификовани као запослени. Француски законодавац је, пак, недавним Законом о раду у дигиталном добу од 2016. године (фр. *La Loi Travail à l'ère du numérique*) ово

¹⁹⁸ У овом раду, термини масовни и дигитални рад се користе као синоними.

¹⁹⁹ A. Felstiner, *op. cit.*, 145-146.

²⁰⁰ Camera dei Deputati, Proposta di Legge, N. 3564, *Disciplina delle piattaforme digitali per la condivisione di beni e servizi e disposizioni per la promozione dell'economia della condivisione*, Presentata il 27 gennaio 2016, Art. 2.

²⁰¹ *Ibid.*, Art 4(1).

²⁰² *Ibid.*, Art 4(2).

питање другачије регулисао.²⁰³ Он је пружио заштиту радницима на платформи тако што их је дефинисао као независне раднике. У ствари, то не мора бити њихова стварна квалификација, јер се само наводи да је предметни закон „применљив на независне раднике који користе дигиталне платформе у обављању своје професионалне активности“ и предвиђа скромну „друштвену одговорност“ платформи према радницима (у случају да платформа одређује карактеристике услуга или утврди цену добра).²⁰⁴ То оставља отворена врата за могућу преквалификацију ових радника у случају да постоје индикатори подређености које су разрадили француски судови.

Према ставу Европске комисије изнетом у Саопштењу Комисије Европском парламенту, Савету, Европском економском и социјалном комитету и Комитету региона о Европском програму за економију сарадње, постојање или непостојање радног односа утврђује се процењивањем појединачних случајева, при чему се узимају у обзир чињенице које карактеришу однос између платформе и пружаоца позадинске услуге те обављање повезаних задатака, а посебно следећи битне критеријуме: постојање подређености, природу рада и постојање накнаде за рад.²⁰⁵ „Да би се испунио критеријум подређености, пружалац услуга мора деловати под вођством платформе за сарадњу, при чему она одређује одабир делатности, накнаду за рад и услове рада. Другим речима, пружалац позадинске услуге не може слободно бирати које ће услуге и како пружати, нпр. у складу са уговорним односом који је склопио са платформом за сарадњу“.²⁰⁶ У Програму, међутим, није објашњено шта значи „вођство“ платформе, али је речено да „постојање подређености не зависи нужно од стварног обављања управљачких активности или надзора на трајној основи“.²⁰⁷ Заправо, услуге које се пружају путем дигиталних платформи трајно надилазе традиционални појам подређености као подвргавање запосленог власти послодавца према облицима „организационе подређености“. Из ове перспективе, горе наведено „вођство“ (које у складу са ЕУ програмом мора бити присутно) може се заиста постићи чак и односу на дигиталну платформу која „унапред дефинише“ модалитете и услове рада, остварујући тако „вођство“ рада. Или, према широј концепцији „запосленог“ вођство се може остварити када је радник у положају „економске зависности“ у односу на платформу на

²⁰³ A. Perulli, „The legal and jurisprudential evolution of the notion of employee“, 123.

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee Of The Regions - A European agenda for the collaborative economy, Brussels, 2.6.2016, COM (2016) 356 final, 12.

²⁰⁶ *Ibid.*

²⁰⁷ *Ibid.*

основу низа критеријума, попут личног обављања посла, односа са платформом, недостатка оперативних ресурса радника, итд.²⁰⁸

Иако је успон рада на платформама за сарадњу релативно недавна појава, многа питања око приступа правима и социјалној заштити која су последица квалификације запослених уопште нису нова. Дугогодишњи проблем способности „атипичних“ радника да приступе радноправној и социјалној заштити односе се и на дигиталне раднике. Упркос бројним разликама међу државама, у највећем броју њих социјална заштита је доступна само оним платформским радницима који испуњавају законску дефиницију „запосленог“ (или, понекад, „радника“). Другим речима, законска дефиниција запосленог или зависног радника представља капију за улаз у подручје социјалне заштите. Међутим, чињеница је да законодавци, како национални тако и наднационални, показују одређену инертност, избегавајући интервенцију у законски појам „запослени“ (односно појам подређености тамо где је законом одређен) у циљу његовог прилагођавања новом друштвено-економском контексту.²⁰⁹ Сходно томе, „дигитални радници“ који не могу бити квалификовани као подређени према традиционалном појму „запослени“, остају изван подручја примене радног и социјалног законодавства. С друге стране, њихова квалификација као независних уговарача у светлу врло традиционалних правних категорија, не искључује њихову потребу за одговарајућом заштитом почевши од права на правичну накнаду и ограничено радно време, преко заштите безбедности и здравља на раду и заштите за случај болести, повреде на раду и материнства, до слободе синдикалног организовања.

²⁰⁸ А. Perulli, „The legal and jurisprudential evolution of the notion of employee“, 123.

²⁰⁹ М. Драгићевић, „Проблеми квалификације и радноправне заштите ‘дигиталних радника’“, 159. У праву Републике Србије дигитални рад није законски уређен. Матични закон за област радних односа не регулише овај модалитет рада, мада омогућава закључивање уговора о раду (за рад на даљину и рад од куће) или неку од четири врсте уговора за вршење рада ван радног односа. Неадекватност позитивноправних решења појачава чињеница да је домаћи Закон о раду усвојио унитарну концепцију послодавца према којој је послодавац дефинисан као појединачна страна уговора о раду. Овакав концепт је неодговарајућ за модалитете рада преко дигиталних платформи који подразумевају учешће најмање три стране – радника, корисника рада и дигиталних платформи као посредника. Будући да су код ових модела рада послодавчева овлашћења подељена између више субјеката (или их они заједнички врше) постоји тешкоћа утврђивања субјек(а)та који има(ју) статус послодавца. Осим тога, не постоји правни механизам да се платформе које су активне на нашем тржишту приморају да пријаве своје пословање у националном контексту. Да би остварили приступ основном пакету социјалних права, дигиталним радницима у Србији као алтернатива остаје регистровање привредног субјекта (најчешће предузетничке радње), у ком случају морају сами плаћати порезе и доприносе за обавезно социјално осигурање. Имајући у виду да многи радници нису у финансијској могућности да то учине, они најчешће свесно одлучују да остану невидљиви за правни систем. То показује да постојећа правна решења нису прилагођена модалитетима рада на дигиталним платформама, те да продукују висок ниво скривене запослености. Видети више: Бранка Анђелковић, Јелена Шапић, Милица Скочајић, *Гиг економија у Србији: ко су дигитални радници и раднице из Србије и зашто раде на глобалним платформама?*, Центар за истраживање јавних политика, Београд, 2019, 3-9.

Стога, ако се законодавци не одлуче за увођење суштинских, а вероватно и неповратних, промена у дефинисању појма „запослени“, задатак прилагођавања социјалне заштите развијеним праксама запошљавања биће препуштен судовима, који ће у сваком појединачном случају, путем оцењивања врсте платформе, њеног начина функционисања, модалитета обављања услуга и бројних других критеријума одлучивати о постојању радноправног статуса. Успешност интерпретативног приступа зависиће од „осетљивости“ судова, као и изводљивости заузимања иновативних ставова услед текстуалне строгости законских појмова (тамо где постоје) или флуидности дефинисаног оквира, што свакако води непредвидивом исходу у процесу квалификације рада на платформи као подређеног или независног.²¹⁰ Због тога је у овом сценарију веома важно узети у обзир и друге могуће правце у правном третману платформских радника. Алтернативу проблемима квалификације радника на платформи као запослених нуде посредничке категорије које, иако доста критиковане у доктрини, понекад нуде задовољавајућа решења за проблеме свих економских зависних радника, па и платформских.²¹¹

²¹⁰ М. Драгићевић, „Проблеми квалификације и радноправне заштите ‘дигиталних радника’“, 160. Суочени са потребом аксиолошке рационалности у квалификацији радних односа, неки судови су почели широко тумачити постојеће правне категорије, настојећи да их што више прилагоде савременој радној пракси, чак и по цену изазивања сумње о усклађености њихових одлука са традиционалном концепцијом подређености. Такав је случај са француским Касационим судом, који је сматрао прикладним да достављаче компаније „Take Eat Easy“ квалификује као подређене раднике, вреднујући два чињенична елемента који би, према ставу Суда, указивали на стање подређености: *геолокацију* (која омогућава праћење у реалном времену положај радника и укупан број пређених километара) и *постојање система награде и казне сличном дисциплинској власти послодавца*. Према овом систему, достављачи имају право на бонусе за одређено време чекања у ресторану или за прекорачење просечне километраже, док им казне следују у случају неиспуњења уговорних обавеза, попут неодговарања на „лични“ телефон током „смене“, одбијања пријема испоруке, кашњења у испоруци, вожње без кациге итд). Полазећи од чињенице да постојање радног односа не зависи од воље коју су изразиле стране, нити од имена које су дале њиховом споразуму, већ од *de facto* услова у којима се обавља радна активност, те да однос подређености карактерише обављање послова под надлежношћу послодавца који је овлашћен да даје наређења и упутства, контролише њихово извршавање и санкционише кршење радних обавеза, Суд је оценио да се на основу ова два елемента може извести закључак о постојању радног односа. Овакво образложење Касационог суда широко је критиковано на правном-техничком нивоу. У ствари, прилично је тешко разумети како се из разматраних елемената (посебно уређаја за геолокацију) може закључити о постојању управљачке и дисциплинске власти, а да други индикатори, попут интеграције радника у организациони процес предузећа, нису узети у обзир. Међутим, управо ова критичка природа судског резоновања јасно показује спремност судске праксе да прилагоди концепцију подређености новим облицима рада који не представљају типичне примере прихваћене догматике, али који, ипак, захтевају адекватан социјални третман и заштиту. Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 28 novembre 2018, *Publié au bulletin*, 17-20.079, https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_chambre_sociale_576/1737_28_40778.html, 15.5.2020; A. Perulli, „The legal and jurisprudential evolution of the notion of employee“, 124.

²¹¹ Тако је у познатом случају *Uber*, Лондонски радни суд одобрио возачима „*Uber*“-а статус „радника“ (а не „запослених“), у складу са Законом о правима из радног односа од 1996. године. Стицање статуса радника је важно јер је овој средњој категорији радника у британском радном праву гарантована одређена радноправна заштита (попут права на минималну зараду, заштиту од дискриминације, синдикално организовање). „*Uber*“ компанија користи платформу базирану на мобилним телефонима

2. ДЕЛИКАТНОСТ ДЕФИНИСАЊА ПОСЛОДАВЦА

Многи правни системи широм света имплицитно или експлицитно полазе од става да је радни однос у основи билатерални, најчешће заснован уговором о раду, закљученим између две појединачне стране, запосленог и послодавца.²¹² У складу с тим, радни однос се најчешће посматра као правна веза између лица које обавља посао и лица у чију корист се тај посао обавља у замену за накнаду, под одређеним условима утврђеним националним законодавством и праксом.²¹³ У одлучивању да ли одређени однос има све елементе радног односа, судови су традиционално били фокусирани на анализу питања може ли се одређено лице квалификовати као запослени. Током више од једног века, створена је обимна судска пракса и написано мноштво теоријских расправа не би ли се развила, прилагодила и прецизирала листа индикатора за утврђивање на којој страни „бинарне поделе“ или новије троделне шеме треба да се нађе одређено радноангажовано лице.²¹⁴ Као резултат наведеног, појам послодавца је и у судској пракси и у академској дискусији занемарен и остављен у почетној фази изградње, а постојећа знања о њему су заснована на нерасправљеним или чак неутврђеним претпоставкама.²¹⁵

Историјски посматрано, овај појам је настао у области економских активности привредних субјеката. Да би могли успешно да обаве своју економску активност, привредни субјекти су принуђени да ангажују друга лица - запослене, остварујући на

која омогућава људима којима је потребна услуга превоза (као такси) да пронађу неког ко такве ресурсе има (ауто) и који нуди услуге возње (особа која има аутомобил који углавном стоји паркиран и возач који има времена и жели да понуди услугу возње). Уберови возачи тако заправо продају своју услугу возње и привремену употребу својих аутомобила. За сваку трансакцију преко платформе компанија „Uber“ наплаћује маржу, односно она је посредник који је заправо организовао тржиште на коме ће се срести понуда и тражња и који наплаћује свој део у реализованој трансакцији. „Uber“ доноси предности и корисницима услуге возње и својим возачима. Корисницима одговара чињеница да је пријава услуга на платформи бесплатна, а цена превоза и до 40% нижа од цене класичних такси услуга, док возачима одговара што сами одређују у које време ће да раде и што искоришћавају своје аутомобиле који би иначе стојали паркирани, а који им сада генеришу додатни приход. Employment Tribunals, Case Numbers: 2202551/2015 & Others, *Mr Y Aslam, Mr J Farrar & Others v. Uber B.V., Uber London Ltd. & Uber Britannia Ltd*, 28 October 2016, <https://www.judiciary.gov.uk/judgments/mr-y-aslam-mr-j-farrar-and-others-v-uber>, 15.3.2020.

²¹² Jeremias Prassl, *Towards a Functional Concept of the Employer*, Thematic Working Paper for The Annual Conference of the European Centre of Expertise (ECE) in the field of labour law, employment and labour market policies: The Personal Scope of Labour Law in Times of Atypical Employment and Digitalisation, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion European Centre of Expertise (ECE), 2017, 3.

²¹³ International Labour Conference, 95th Session, Report V(1), *The employment relationship*, став 72.

²¹⁴ Jeremias Prassl, *The Notion of the Employer in Multilateral Organisational Settings*, Magdalen College University of Oxford, Oxford, 2012, 1.

²¹⁵ *Ibid.*, 8.

тај начин корист од њиховог рада, али истовремено носећи целокупан ризик посла.²¹⁶ Притом, треба правити разлику између појма привредно друштво и предузетник - као привредноправног или субјекта компанијског права и појма послодавац - као субјекта радног права. Привредно друштво (као и предузетник) је економски ентитет профитног карактера који ступа у правне односе робног промета, али се увек када ступа у индивидуалне и колективне радне односе са запосленима и њиховим синдикатима јавља и као субјект радног права у својству послодавца.²¹⁷

Најопштије посматрано, послодавац се може дефинисати као „било које лице, партнерство, привредно друштво или непрофитно удружење које запосли једно или више лица на основу уговора о раду“, иако таква дефиниција није нарочито корисна.²¹⁸ Док је запослени увек физичко лице, послодавац то може, али не мора бити, па је у пракси неретко привредно друштво или друго правно лице.²¹⁹ У многим случајевима појам послодавац се користи за означавање низа функција које се могу објединити у једном лицу, али су често подељене у одређене групе из организационих и административних разлога.²²⁰ Тако се обично наводи да послодавац, као субјект индивидуалног радног односа, запошљава једног или више радника, организује процес рада, издаје радне налоге и упутства која се тичу извршавања престације рада, врши контролу у погледу извршавања (резултата) рада²²¹ и исплаћује зараду као противпрестацију за обављање послова. Све наведене активности представљају заправо елементе који граде појам послодавца. Међу овим елементима, посебан значај за његово прецизно дефинисање имају управљачка овлашћења послодавца, јер од ових овлашћења зависи остваривање користи од рада запосленог.²²² Како вршење овлашћења контроле, усмеравања и координације над радном активношћу изражава саму суштину појма субординације, тест подређености се користи и као поуздан

²¹⁶ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, 88.

²¹⁷ *Ibid.*

²¹⁸ Norman M. Selwyn, *Law of Employment*, Butterworths, London, 1978, 20-21.

²¹⁹ Axel Adlercreutz, Birgitta Nyström, *Sweden*, Wolters Kluwer, The Hague, 2015, 35. Тако, примера ради, Prassl издваја пет главних функција послодавца: 1) заснивање и престанак радног односа (ова функција укључује сва овлашћења послодавца у вези са постојањем радног односа, почев од избора запосленог до права на отказивање радног односа; 2) коришћење рада и његових резултата; 3) омогућавање обављања рада и исплата зараде; 4) управљање унутрашњом организацијом предузећа, односно унутрашњим тржиштем рада; 5) управљање односом између предузећа и тржишта, односно спољашњим тржиштем. Jeremias Prassl, *The concept of the employer*, Oxford University Press, Oxford, 2015, 32.

²²⁰ A. Adlercreutz, B. Nyström, *op. cit.*, 35.

²²¹ Lord Wedderburn, *The Worker and the Law*, Penguin Books, London, 1986, 112.

²²² Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, 254.

индикатор за квалификацију послодавца.²²³ То потврђују и бројне дефиниције послодавца, попут оне у којој се послодавац одређује као „лице за које се извршава подређени рад“.²²⁴ Подређивање власти послодавца подразумева обавезу запосленог да ради у оквиру организованог процеса рада и под надзором послодавца, да поштује његове наредбе и прихвата његову контролу.²²⁵ Рад се мора обављати лично и не може се одвојити од лица које га извршава. Из тога следи да је послодавац јача страна радног односа, непосредни корисник рада запосленог, титулар права на управљање и дужник зараде.²²⁶

У савременом радном праву се, редовно, даје дефиниција послодавца. Док разлог за дефинисање запосленог лежи у потреби одређивања домена примене радног законодавства, смисао законског дефинисања појма „послодавац“ је да се утврди ко преузима одговорност за испуњење обавеза према запосленима и другим радноангажованим лицима или њиховим синдикатима и другим институцијама представничког карактера.²²⁷ Притом, значај одређивања појма „послодавац“ је различит у различитим контекстима, а посебно варира у зависности од подручја радноправне заштите. Тако, примера ради, у перспективи колективног радног права, проблем дефинисања појма „послодавац“ повезан је са обимом колективног преговарања и дефинисањем преговарачке јединице, што укључује питања као што су границе економске активности, пословни сектор у коме предузеће послује и ефективна контрола предузећа над предузетничким стратегијама.²²⁸ У индивидуалном радном праву, пак, дефинисање појма „послодавац“ је значајно у смислу преузимања обавеза и одговорности послодавца, као што су обавеза исплате зараде и поштовање стандарда рада (попут заштите здравља и безбедности на раду, забране дискриминације итд.).²²⁹ Међутим, упркос значају прецизног дефинисања, упоредно радно законодавство готово

²²³ Sylvaine Laulom, „Reconsidering the Notion of Employer in the Era of the Fissured Workplace: Responses to Fissuring in French Labour Law“, у: *Reconsidering the Notion of Employer in the Era of Fissured Workplace: Should Labor Law Responsibilities Exceed the Boundary of the Legal Entity?* The Japan Institute for Labour Policy and Training, Comparative Labor Law Seminar, REPORT No. 15, Tokyo, 2016, 115.

²²⁴ M. Despax, J.P. Laborde, J. Rojot, *op. cit.*, 53.

²²⁵ F. Rosioru, *op. cit.*, 18. Притом, за постојање правне подређености довољно је само поседовање (а не стварно коришћење од стране послодавца) ових овлашћења. Дакле, подређеност може бити техничка или само потенцијална (António Monteiro Fernandes, *Direito do trabalho*, 14^a ed., Almedina, Coimbra, 2009, 137), али могућност послодавца да контролише извршење посла је од суштинске важности за успостављање правне подређености. F. Héas, *op. cit.*, 174.

²²⁶ Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, 254.

²²⁷ Annamaria Westregård, „Who counts as an employer in Sweden?“, *Italian Labour Law e-Journal*, vol. 13, број 1/2020, 71.

²²⁸ Luisa Corazza, Orsola Razzolini, „Who is an Employer?“, *Working Papers*, Centre for the Study of European Labour Law „Massimo D'antona“, University of Catania, INT - 110/2014.

²²⁹ *Ibid.*

да и не познаје примере дефиниција у којима су се законодавци издигли изнад дефиниције *idem per idem*. У њима се послодавац, најчешће, одређује као лице које запошљава раднике или користи њихов рад.²³⁰ Сличан случај је и у међународном радном праву у коме се послодавац одређује као „физичко или правно лице за које запослени обавља рад или службу у оквиру радног односа“.²³¹

Малобројне законске дефиниције, пак, као суштински елемент за дефинисање послодавца користе терет ризика посла и одговорност коју послодавац има према запосленима. Тако се, примера ради, у Венецуели, послодавац одређује као „лице одговорно за предузеће или радно место на коме радници обављају свој посао“²³², док је у Бразилу послодавац дефинисан као „лице које сноси пословни ризик, запошљава и плаћа накнаду радницима и контролише извршење њиховог рада“.²³³ Иако овакве дефиниције послодавца у упоредном законодавству нису честе, у литератури и судској пракси је општеприхваћен став да положај послодавца, поред вршења управљачких, нормативних и дисциплинских овлашћења, суштински одређује и искључиво сношење ризика посла.²³⁴ „Привредни успех рада у радном односу, а то значи, и привредни ризик и корист посла, сноси искључиво послодавац“.²³⁵ Ово правило је одраз идеје праведне узајамности, изражене у правилу „коме добро припада, тога и штета, на првом месту,

²³⁰ Тако се, примера ради, у *данском праву* послодавац одређује као „лице у чијој служби запослени ради“ [Ole Hasselbalch, *Denmark*, Wolters Kluwer, The Hague, 2019, 31]; у *руском праву* као „физичко или правно лице (предузеће или организација) које је са запосленим засновало радни однос“ [Zhanna Anatolyevna Gorbacheva, *Russia*, Wolters Kluwer, The Hague, 2018, 50]; у *чешком праву* као „свако (правно или физичко) лице за које се физичко лице обавезало да обавља зависне послове у основном индустријском односу“ [Jan Pichrt, Martin Štefko, *Czech Republic*, Wolters Kluwer, The Hague, 2019, 52]; док у *швајцарском праву* постоје две дефиниције послодавца: у првој, која важи за јавни сектор, послодавац је одређен као „лице које запошљава једног или више радника у свом предузећу“, а у другој, која се примењује у приватном сектору, као „лице које, везано за запосленог уговором о раду, обезбеђује посао за њега“ [Alexandre Berenstein, Pascal Mahon, Jean-Philippe Dunand, *Switzerland*, Wolters Kluwer, The Hague, 2017, 52]. И у српском праву постоји слична дефиниција. Тако, у смислу члана 5, став 2 Закона о раду Републике Србије, послодавац јесте „домаће, односно страном, правно или физичко лице које запошљава, односно радно ангажује, једно или више лица“. Сходно наведеном закону, послодавци су правни субјекти у приватном сектору и држава (за јавни сектор и државну администрацију). Поред Закона о раду, дефиницију послодавца садрже још неки прописи - попут Закона о безбедности и здрављу на раду (*Службени гласник РС*, бр. 101/2005, 91/2015 и 113/2017 - др. закон, члан 4), Закона о доприносима за обавезно социјално осигурање (*Службени гласник РС*, бр. 84/2004, 61/2005, 62/2006, 5/2009, 52/2011, 101/2011, 7/2012 - усклађени дин. изн., 8/2013 - усклађени дин. изн., 47/2013, 108/2013, 6/2014 - усклађени дин. изн., 57/2014, 68/2014 - др. закон, 5/2015 - усклађени дин. изн., 112/2015, 5/2016 - усклађени дин. изн., 7/2017 - усклађени дин. изн., 113/2017, 7/2018 - усклађени д/ин. изн., 95/2018, 4/2019 - усклађени дин. изн., 86/2019 и 5/2020 - усклађени дин. изн., 153/2020, 6/2021 - усклађени дин. изн. и 44/2021, члан 6, тачка 10) и Закона о запошљавању и осигурању за случај незапослености (*Службени гласник РС*, бр. 36/2009, 88/2010, 38/2015, 113/2017 и 113/2017 - др. закон и 49/2021, члан 4) - углавном у контексту области на коју се односе.

²³¹ International Labour Conference, 91st Session, *Resolution concerning the employment relationship*, став 1.

²³² International Labour Conference, 95th Session, Report V(1), *The employment relationship*, став 88.

²³³ *Ibid.*

²³⁴ Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, 257.

²³⁵ Nikola Tintiћ, *Radno i socijalno pravo*, knjiga I: Radni odnosi, Školska knjiga, Zagreb, 1969, 67.

погађа“.²³⁶ Неучествовање запосленог у ризику посла се, отуд, разуме као једно од обележја субординације и користи као критеријум за квалификацију радног односа и његово разграничење од других форми вршења рада.²³⁷

У неким земљама појмом послодавац обухваћено је лице које закључује уговор са радником, што у том случају може бити и лице које заступа послодавца. Тако се, примера ради, у Боцвани послодавац дефинише као „свако лице које је закључило уговор о раду ради запошљавања одређеног лица, укључујући владу или орган јавне власти, као и лице које поседује, привремено управља или је одговорно за управљање предузећем или пословањем било које врсте у којем је запослени радно ангажован“.²³⁸ Овакво дефинисање послодавца блиско је ставовима присталица институционалне концепције радног односа који у директору предузећа виде „природног носиоца власти“, чијим налозима и упутствима је запослени дужан да се повинује.²³⁹ Иако су овакви ставови у теорији доста критиковани као непримерени савременом развоју права, овде ваља напоменути да се због „хибридног“ карактера позиције директора и менаџерских кадрова различитог ранга, јавља методолошка дилема да ли ову групу лица издвојити у посебну врсту лица или их по претежним особинама сврстати у категорију запослених односно послодавца.²⁴⁰ Тако се, примера ради, у јапанском праву сва лица која имају контролне позиције у предузећу, укључујући и менаџере врхунског нивоа, све док нису у управном одбору тог предузећа, сматрају радницима, те су као такви заштићени читавим низом радноправних прописа. Међутим, уколико је њихова улога „да делују у име власника предузећа у стварима које се тичу радника у предузећу“ истовремено ће се сматрати и „послодавцима“.²⁴¹ Тиме је појам послодавца проширен на одређене категорије менаџера који су задужени за кадровска питања, пошто се његови поступци сматрају извршеним од стране самог послодавца, који за њих сноси и одговорност.²⁴² Упркос уважавању специфичног правног положаја директора (одбора директора, управног одбора) оваквим решењима из упоредног права се може приговорити да нису у складу са начелом правног субјективитета правног лица, чијим се стицањем (правно уредивим и правно допуштеним) организацијама обезбеђује правна раздвојеност и самосталност, или боље речено, засебна правна

²³⁶ Јаков Радишић, *Облигационо право*, „Номос“ Издавачко предузеће ДОО, Београд, 2008, 190.

²³⁷ Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, 200-201.

²³⁸ International Labour Conference, 95th Session, Report V(1), *The employment relationship*, став 92.

²³⁹ Р. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, 16.

²⁴⁰ *Ibid.*, 55.

²⁴¹ Tadashi A. Hanami, *Labour Law and Industrial Relations in Japan*, Springer-Science+Business Media, B.V., 1979, 37.

²⁴² *Ibid.*

судбина од њихових оснивача, чланова и органа управљања.²⁴³ Ово обележје правном лицу доприноси да буде посматрано као „одвојени ентитет“ у односу на лица која су га основала и она која доцније суделују у његовим делатностима, попут чланова и органа.²⁴⁴ Директор, као орган управљања, руководи пословањем и радом друштва или установе, те одлучује о правима и обавезама запослених, чиме у извесном смислу преузима улогу послодавца. Како својство директора подразумева пуну самосталност и независност у вршењу управљачких функција, а управљачка функција искључује било какву подређеност, директор, по правилу, нема својство запосленог, тј. правни основ његовог ангажовања није уговор о раду, већ *mandatum* (налог) или *sui generis* уговор о менаџменту.²⁴⁵ Међутим, то не значи да се директор може укључити у појам послодавац (у ширем смислу). Уговорна страна уговора о раду и титулар свих права и обавеза из радног односа је послодавац - правно лице (привредно друштво, установа, јавно предузеће итд), док је директор физичко лице које у име послодавца врши одговарајућа управљачка, нормативна и дисциплинска овлашћења према запосленима, при чему је, по правилу, економски зависан од друштва или установе за коју ради. Аргумент да директор треба бити обухваћен појмом послодавца из разлога вршења управљачких овлашћења у погледу запослених, односно одлучивања о правима, обавезама и одговорностима запослених, није прихватљив, тим пре што наведена овлашћења код послодавца са својством правног лица, надлежни орган управљања (директор) може пренети на друго лице - запосленог или лице које уопште није радно ангажовано код послодавца (адвокат, правник), која могућност је, изменама радног законодавства од 2014. године, предвиђена и у нашем праву.²⁴⁶

И, најзад, ваља приметити да се, због све израженије тенденције организационе и социјалне фрагментације и растуће праксе подуговарања, у упоредном праву почињу појављивати дефиниције послодавца које обухватају и послодавце који су законито ангажовани у снабдевању радне снаге. Тако се, примера ради, у шпанском радном законодавству овај субјект радног односа одређује као „свако правно или физичко лице или заједнички власнички споразум, које користи рад лица која га добровољно извршавају за накнаду у његово име, у оквиру организованог процеса рада и под

²⁴³ Марко Радовић, *Пробијање правне личности у стечајном поступку*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2017, 22.

²⁴⁴ *Ibid.*, 23.

²⁴⁵ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, 31.

²⁴⁶ Закон о раду (2005), члан 192, став 1, тачка 1.

његовом контролом, као и рад лица ангажованих од стране законито основаних предузећа за привремени рад ради уступања предузећима корисницама рада²⁴⁷.

2.1. Реконцептуализација појма „послодавац“

Послодавац није „статички ентитет“, већ субјект који може доживети бројне трансформације.²⁴⁸ Од осамдесетих година прошлог века, након појаве тзв. „вертикалне дезинтеграције“ предузећа,²⁴⁹ доктрина послодавца као „јединственог недељивог субјекта“ и опирање идеји да послодавчева управљачка овлашћења могу бити изван граница одређеног правног лица су доведени у питање. Глобална конкуренција и информационо-технолошка револуција условили су појаву нових модела организације пословања. Посебно је дошло до померања од централизованог доношења одлука ка децентрализованим структурама и производним мрежама. Све већи број радних аранжмана - почев од подуговарања, група компанија и *outsourcing*-а, до пораста економије дељења и масовног рада - окупља мноштво странака, које би могле бити укључене у организацију и извршење посла. Тако, није реткост да основне услове рада контролише један послодавац (нпр. налогодавац или платформа), а да конкретне налоге, упутства и надзор над радом запослених врши други послодавац.²⁵⁰ За правне системе навикнуте на идентификацију послодавца као појединачне уговорне стране билатералног уговора о раду ово може представљати велики проблем: законске обавезе су осмишљене тако да се везују за једног субјекта који врши све функције послодавца, па радници у мултилатералним сценаријима запошљавања остају без основних видова радноправне заштите.²⁵¹ Различити правни системи су се, стога, дуго борили за успостављање концептуалне кохерентности у случајевима где се различити модели организације пословања крећу изван традиционалне унитарне концепције послодавца. Међутим, суочавање са мултисегментираним привредним организацијама све јасније показује да се границе економске активности и предузетничке моћи више не подударују са границама предузећа. У том смислу, Douglas Baird је упозорио на потребу

²⁴⁷ Ley del Estatuto de los Trabajadores (*Boletín Oficial del Estado*, 29.3.1995, núm. 75, 9654-9688), Real Decreto Legislativo 2/2015 de 24 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (*Boletín Oficial del Estado*, 24.10.2015, núm. 255, 9654-9688), члан 1, став 1.

²⁴⁸ L. Corazza, O. Razzolini, *op. cit.*, 2.

²⁴⁹ Hugh Collins, „Independent Contractors and the Challenge of Vertical Disintegration to Employment Protection Laws“, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 10, број 3/1990, 353.

²⁵⁰ Сенад Јашаревић, „Усклађивање радног права Србије са новим тенденцијама, стандардима МОП и ЕУ“, *Радно и социјално право*, број 1/2019, 79.

²⁵¹ J. Prassl, *Towards a Functional Concept of the Employer*, 3.

одупирања општој идеји да „место економских активности почива на изолованом правном субјекту“.²⁵² У свету у којем границе предузећа постају све нејасније, а идентитет оних који контролишу предузеће све флуиднији, прописи који су усмерени на понашање привредних субјеката као самосталних правних лица су у најбољем случају непотпуни, а често и неутемељени. Да би се правни оквир ускладио са променама које се дешавају у економској стварности све већи број правних система, али и правних писаца, осмишљава и прихвата нове концепције послодавца.

2.1.1. Унитарна концепција послодавца

Идеја послодавца као „јединственог недељивог субјекта“ општеприхваћена је у Европи и Сједињеним Америчким Државама.²⁵³ Она је, чини се, утемељена како у економском феномену предузећа фордистичког модела, тако и у правном развоју билатералног уговора о раду из периода господара и слугу. Након појаве вертикално интегрисаних предузећа, заснованих на принципима фордистичке технологије масовне производње, у неколико правних система повучене су границе правне концепције послодавца тако да се подударају са границама економске организације у којој се посао обавља.²⁵⁴ Како су се фордистичка вертикална предузећа састојала од скупа средстава за производњу и свих других материјалних и нематеријалних добара, она су представљала идеално „виртуелно место“ за расподелу трошкова рада и одговорности према запосленима. Стога је власник предузећа у то време сматран најпоузданијим послодавцем, способним да поднесе и подмири трошкове рада. Тако је Врховни суд Сједињених Америчких Држава заузео став да је послодавац „лице (или група лица) које поседује и управља предузећем“.²⁵⁵ Као последица наведеног, није изненађујуће да је један од главних тестова који се користи за идентификацију послодавца власништво над предузећем, заједно са вршењем управљачких овлашћења организације, усмеравања и надзора над радом запослених. Овакав приступ судова близак је ставовима неких присталица уговорне концепције радног односа који, поред уговора о раду, извориште управљачких овлашћења препознају и у својинским овлашћењима

²⁵² Douglas G. Baird, *In Coase's Footsteps*, Chicago John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 175, University of Chicago Law School, Chicago Unbound, 2003, 14.

²⁵³ P. Davies, M. Freedland, „The Complexities of the Employing Enterprise”, 275.

²⁵⁴ Hugh Collins, „Ascription of Legal Responsibility to Groups in Complex Patterns of Economic Integration“, *Modern Law Review*, vol. 53, број 6/1990, 731; P. Davies, M. Freedland, „The Complexities of the Employing Enterprise“, 274-275.

²⁵⁵ *Clackamas Gastroenterology Assoc. v. Wells*, 538US440, 450, 2003. Наведено према: М. Н. Rubinstein, *op. cit.*, 633.

послодавца, сматрајући да, кроз вршење управљачке власти, послодавац остварује права која му припадају као власнику капитала. У једном делу радноправне литературе може се, чак, прочитати упозорење да се „власничка овлашћења трансформишу на начин да управљачка власт постаје доминантна у односу на класичне атрибуте својине, тако да из угла радног права власништво подразумева пре свега овлашћења да се организује рад запослених и да се управља њиховим радом“.²⁵⁶ На то указује и Ronald Coase када пише да „чињеница управљања“ представља суштину правне концепције послодавца и запосленог, као и економске концепције предузећа.²⁵⁷

Полазећи од оваквих идеја, нарочито у земљама са европско-континенталном правном традицијом, развијен је следећи општи принцип: ако се правно лице које врши овлашћења контроле и усмеравања радне активности разликује од правног лица које је формално уговорна страна уговора о раду, онда ће се то прво, а не ово последње (лице) сматрати послодавцем у смислу обима радноправне заштите. С једне стране, ово начело је укорењено у правилима која регулишу тумачење уговора, заснованим на идеји да је садржина важнија од форме.²⁵⁸ С друге стране, у европско-континенталним правним системима забрана раздвајања између формалног послодавца, који сноси ризик посла и одговорности из радног односа, и послодавца који ефективно поседује предузеће и врши контролу и надзор над радним активностима, произлази из традиционалног „непријатељства“ према било ком облику посредовања у раду, за разлику од Уједињеног Краљевства у коме се догодило „опште прихватање овог феномена“.²⁵⁹ Ово „непријатељство“ је изричито потврђено у законима појединих држава, као што је примера ради случај са шпанским Статутом радника (шпан. *Ley del Estatuto de los Trabajadores*) који забрањује било који облик посредовања у раду, осим оног који пружају лиценциране агенције (посредници). Према одредбама Статута, постоји незаконит облик уступања радне снаге кад год је предмет уговора сâма понуда радне

²⁵⁶ Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, 148-149.

²⁵⁷ Ronald Coase, „The Nature of the Firm“, *Economica*, New Series, vol. 4, број 16/1937, 404.

²⁵⁸ За разлику од земљама англосаксонског правног система где форма обично превладава над садржином. L. Wedderburn, *op. cit.*, 58.

²⁵⁹ Дубоко укорењени идеолошки аргумент против уступања радне снаге путем посредника односи се на идеју да „рад није роба“: пошто радна снага није нешто што се може купити, продати или евентуално користити, посредник не може само да обезбеди радника који ће обављати посао под контролом и у оквиру другог послодавца (Hugo Collins, *Employment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010, 3). Значајнији разлог овог „непријатељства“ према посредовању повезан је са искоришћавањем „уступљеног“ радника од стране посредника, кроз обрнуту пропорционалност прихода потоњег у односу на зараду која је исплаћена раднику. Дакле, постоји аргумент да правни систем треба да забрани посреднике у раду како би се радници заштитили од повреда или болести, имајући у виду да посредник не пружа такве видове радноправне заштите. Luca Ratti, „Agency Work and the Idea of Dual Employership: a Comparative Perspective“, *Working Papers*, Centre for the Study of European Labour Law “MASSIMO D'ANTONA”, University of Catania, INT - 68/2009, 3 и 10.

снаге и/или посредник није акредитован од државе, није власник предузећа и средстава за производњу и не врши никакву „предузетничку моћ“. У овом случају, уступљени радник се може сматрати радником предузећа корисника.²⁶⁰ Слично томе, и у Италији се понуда радне снаге може одвијати само преко посредника акредитованих од надлежних државних институција. Агенцијски рад (итал. *somministrazione di lavoro*), с једне стране, и уговор о пружању услуга (итал. *contratto di appalto*), с друге стране, представљају две врсте дозвољеног *outsourcing*-а. Кад год пружалац услуга (формални послодавац) није посредничка агенција коју је држава акредитовала, нити је власник праве и стварне пословне организације, сматра се да постоји забрањени облик понуде или уступања радне снаге.²⁶¹ У Француској се признају два облика уступања радне снаге, и то тзв. непрофитна понуда радне снаге (фр. *fourniture de main d'oeuvre à but non lucratif*) и привремени рад (фр. *travail temporaire*), али само у строгим границама, као изузеци од опште забране раздвајања између формалног послодавца, који сноси ризик посла и одговорности из радног односа, и стварног послодавца (предузећа корисника) који ефективно контролише и усмерава радне активности.²⁶² Коначно, и у Немачкој, према Закону о привременом раду (нем. *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – AÜG*) посредовање у раду је дозвољено само лиценцираним агенцијама за рад (нем. *Verleiher*): у супротном се сматра да је радник запослен код предузећа корисника.²⁶³ Немачке судије, као, уосталом, и судије других европско-континенталних земаља, углавном сматрају да трошкови рада и одговорности према запосленима морају остати на оном ко врши предузетничка овлашћења контроле и усмеравања радних активности - доктрина индиректног запошљавања (нем. *Mittelbares Arbeitsverhältnis*).²⁶⁴

²⁶⁰ Miguel Rodriguez Piñero-Royo, „Temporary Work and Employment Agencies in Spain“, *Comparative Labour Law & Policy Journal*, vol. 23, број 1/2001, 129.

²⁶¹ L. Ratti, *op. cit.*, 12.

²⁶² Као и у Италији и Шпанији, тако се и у Француској граница између дозвољене и недозвољене екстернализације послова поклапа са границом између (дозвољеног) уговора о пружању услуга (фр. *contrat de soustraction*) и (недозвољене) понуде радне снаге која излази изван строгих граница непрофитне понуде радне снаге (фр. *fourniture de main d'oeuvre non lucratif*) и привременог рада (фр. *travail temporaire*). Углавном, подуговарање се сматра „истинским“ кад год подизвођач изврши одређени задатак ослањајући се на сопствену пословну организацију и радну снагу, носећи ризике и одговорности и извршавајући овлашћења усмеравања и контроле радних активности. Ако то није случај, онда се сматра да је у питању пуки облик понуде радне снаге ради стицања профита који се квалификује као кривично дело. Изузеци су дозвољени само у случају да је подизвођач акредитовани посредник - предузеће за привремени рад (фр. an *entreprise de travail temporaire*) или да је економска операција у целини непрофитни облик уступања радне снаге (нарочито признат у случају групе компанија). L. Corazza, O. Razzolini, *op. cit.*, 6-7.

²⁶³ M. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.*, 64.

²⁶⁴ Luca Nogler, *The concept of "subordination" in European and Comparative Law*, University of Trento, Trento, 2009, 60.

С друге стране, идеја о послодавцу као „јединственом недељивом субјекту“ традиционално је добро успостављена и у британском правном систему. Међутим, без обзира на то, у Уједињеном Краљевству ова перспектива није повезана са супротстављеношћу према било ком облику посредовања у раду, као што је то случај у земљама европско-континенталног правног система.²⁶⁵ Она потиче из доктрине господара и слугу,²⁶⁶ након чијег напуштања карактеризација радног односа у смислу личног и билатералног уговора и даље подржава идентификацију послодавца као појединачног субјекта.²⁶⁷ У том контексту, „тест узајамности обавеза“, према којем се за квалфикацију уговора о раду захтева постојање размене између уговорне обавезе послодавца да континуирано обезбеђује посао и обавезе запосленог да му стави на располагање своје радне способности, играо је важну улогу, али је довео до контрадикторних резултата.²⁶⁸ Тако се, примера ради, на основу теста узајамности обавеза, може утврдити да агенцијски радници, који су укључени у троугласти однос, немају уговор о раду ни са агенцијом за рад, ни са предузећем корисником.²⁶⁹

Наведени примери из упоредног законодавства показују да унитарна концепција послодавца и билатерална конструкција уговора о раду нису адекватни у ситуацијама када је рад организован између више субјеката који запошљавају.²⁷⁰ С тим у вези, намеће се питање могућности вршења управљачких овлашћења над радом запослених од стране два или више различитих субјеката. Јасно је да доктрина послодавца као „јединственог недељивог субјекта“ одбацује ову идеју. Традиционална веза између вертикалног предузећа фордистичог модела и правне концепције послодавца отежала је прихватање идеје да послодавчева овлашћења контроле и усмеравања могу лежати изван граница одређеног правног лица.²⁷¹ Да би се обезбедила доследна примена радног законодавства с обзиром на сву чињеничну сложеност, потребно је преиспитати постојеће концепције послодавца и понудити решења за све чешће ситуације у којима запослени имају два или више послодаваца или раде уз помоћ информационе технологије.

²⁶⁵ L. Corazza, O. Razzolini, *op. cit.*, 7.

²⁶⁶ Simon Deakin, Frank Wilkinson, *The Law of the Labour Market - Industrialization, Employment and Legal Evolution*, Oxford University Press, Oxford, 2005, 74-86.

²⁶⁷ Simon Deakin, „The Changing Concept of the „Employer“ in Labour Law“, *Industrial Law Journal*, vol. 30, број 1/2001, 72.

²⁶⁸ Michael Wynn, Patricia Leighton, „Will the Real Employer Please Stand Up? Agencies, Client Companies and The Employment Status of Temporary Agency Worker“, *Industrial Law Journal*, vol. 35, број 3/2006, 301.

²⁶⁹ L. Ratti, *op. cit.*, 18.

²⁷⁰ Mark Freedland, *The Personal Employment Contract*, Oxford University Press, Oxford, 2003, 40.

²⁷¹ L. Corazza, O. Razzolini, *op. cit.*, 7.

2.1.2. Плурална концепција послодавца

За разлику од већине европских држава које су у свом радном законодавству прихватиле унитарну концепцију послодавца, поједине земље англосаксонске правне традиције развиле су другачије приступе регулисању појма „послодавац“. Према сваки од ових приступа има своје особености, они се заједнички могу назвати *плуралном концепцијом послодавца*, односно *концепцијом мношине послодавца*.²⁷² Суштина ове концепције јесте проширење одговорности за обавезе према запосленима на групу повезаних лица, и то помоћу метода који игноришу правну форму предузећа и не захтевају да правно лице има непосредан уговорни однос са запосленим.²⁷³ Плурална концепција послодавца се може резимирати као спречавање да у поступку утврђивања статуса послодавца форма управља суштином. За разлику од случајева одговорности директора, плурална концепција послодавца се примењује да би се утврдила одговорност једне корпорације за обавезе према запосленима друге корпорације.²⁷⁴ Водећи пример ове концепције може се наћи у Сједињеним Америчким Државама које прихватају доктрину „заједничког запошљавања“ (енгл. *joint employment*).²⁷⁵ Ова доктрина, утемељена у америчком обичајном праву, пружа могућност судијама да као послодавца квалификују два или више предузећа која заједнички одлучују о питањима регулисања основних услова рада, било да их међусобно деле или саодлучују о њима.²⁷⁶ Настала је, највећма, као одговор на све разноврсније облике организације рада и пословања. Супротно већини европских држава, у Сједињеним Америчким Државама се не прави разлика између различитих модалитета организације пословања који укључују више одвојених правних лица. Привремени рад, *outsourcing*, подуговарање, уговори о услугама само су неки примери различитог организационог окружења у којем се примењује концепција „заједничког запошљавања“.²⁷⁷ Поред тога, од средине деведесетих година XX века, ова концепција се примењује и у јавној управи.²⁷⁸

²⁷² L. Ratti, *op. cit.*, 9.

²⁷³ Judy Fudge, Kate Zavitz, „Vertical Disintegration and Related Employers: Attributing Employment-Related Obligations in Ontario“, *Canadian Labour and Employment Law Journal*, vol. 13, број 1/2006, 107.

²⁷⁴ Nancy M. Shapiro, Koskie Minsky, Common Employer – An Update on the Common Law Doctrine, 2, https://kmlaw.ca/wp-content/uploads/2015/09/NS_CommonEmployer_Final.pdf, 15.5.2020.

²⁷⁵ L. Corazza, O. Razzolini, *op. cit.*, 9.

²⁷⁶ *Ibid.*

²⁷⁷ Katherine V. W. Stone, „Legal Protections for Atypical Employees: Employment Law for Workers without Workplaces and Employees without Employers“, *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, vol. 27, број 2/2006, 251.

²⁷⁸ Steven L. Schooner, Collin D. Swan, „Suing the Government as a 'Joint Employer' - Evolving Pathologies of the Blended Workforce“, *The government contractor*, vol. 52, број 39/2010, 3.

Последица утврђивања постојања „заједничког запошљавања“ јесте солидарна одговорност послодаваца у погледу исплате минималних зарада и накнаде за прековремени рад, поштовања стандарда безбедности и здравља на раду, одсуства са рада и заштите од дискриминације.²⁷⁹ Притом, одлука о томе да ли се два или више правних субјеката могу сматрати заједничким послодавцем зависи у великој мери од подручја примене одређеног закона, што је у складу са тзв. „циљним приступом“ проблему дефинисања појма „послодавца“ и „запослени“,²⁸⁰ при чему је у судској пракси америчких судова осмишљен вишефакторски тест уз помоћ кога се утврђује да ли је утицај одређеног предузећа довољно велик да оно може да се квалификује као послодавац. Према најновијим правилима министарства надлежног за послове рада од 2020. године, за квалификацију радног односа захтева се да радник ради непосредно или посредно у интересу „заједничког послодавца“, при чему се постојање наведеног интереса утврђује на основу процене да ли претпостављени „заједнички послодавац“ (енгл. *joint employer*) заиста учествује у одређеним активностима као што су запошљавање или отпуштање радника, надзор и контрола извршења обавеза и услова рада радника, одређивање висине и начина исплате накнаде за рад и сл.²⁸¹

Слична доктрина, тзв. „повезаног послодавца“ (енгл. *related employer*) – иако не тако опсежно развијена као у Сједињеним Америчким Државама – постоји у канадским јурисдикцијама. Она почива на ставу да „када се два или више послодаваца могу квалификовати као „повезани“, они се третирају као један послодавац у различите сврхе“.²⁸² Одлуку о томе доносе судови у зависности од околности конкретног случаја, при чему „чињеница да запослени има писмени уговор са једном од компанија није одлучујућа.“²⁸³ Наведено правило је развијено у судској пракси канадских судова, а први пут је јасно артикулисано одлуком Апелационог суда у Онтарију у предмету *Downtown Eatery (1993) Ltd. v. Ontario*.²⁸⁴ У наведеној одлуци Суд је оценио да се за потребе заштите од незаконитог отказа појединац може сматрати запосленим у више корпорација повезаних у групи. При утврђивању „правог“ послодавца треба се

²⁷⁹ L. Corazza, O. Razzolini, *op. cit.*, 10.

²⁸⁰ Silvana Sciarra, *The Evolution of Labour Law (1992–2003)*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 2005, 30-34.

²⁸¹ Jeffrey M. Hirsh, „Joint employment in the United States“, *Italian Labour Law e-Journal*, vol. 13, број 1/2020, 55-69.

²⁸² J. Fudge, K. Zavitz, *op. cit.*, 107.

²⁸³ Supreme Court of British Columbia (Canada), *Bartholomay v. Sportica Internet Technologies Inc. et al.*, 2004 BCSC 508, Vancouver S015639, April 16, 2004, <https://ca.vlex.com/vid/bartholomay-v-sportica-internet-681211333>, 12.3.2020.

²⁸⁴ Court of Appeal (Ontario), *Downtown Eatery (1993) Ltd. v. Ontario*, 2001 CanLII 8538 (NS CA), May 22, 2001, <https://ca.vlex.com/vid/downtown-eatery-ltd-v-680844537>, 12.3.2020.

усредредити на интеграцију самих компанија и на чињеницу у чијим се рукама налази стварна контрола над запосленим, а не на улогу коју свака од корпорација има у односу на запошљавање. То омогућава појединцима чији је радни однос незаконито отказан да прошире одговорност са послодавца који их формално запошљава на „истинског“ послодавца који има ефективну контролу над запосленим.

И, најзад, занимљиво је приметити да се одређена варијанта плуралне концепције послодавца може препознати и у британском концепту „здруженог послодавца“ (енгл. *associated employer*), који се све више модификује у правцу америчке доктрине „заједничког запошљавања“. Као што је раније поменуто, у британском праву је прихваћена унитарна концепција послодавца, која се почива на принципу формалне раздвојености правног субјективитета и одговорности различитих правних лица. Међутим, њена примена у новије време све чешће доводи до тзв. „проблема са границом капитала“.²⁸⁵ Наиме, пошто предузећа уживају знатну дискрецију у манипулисању својим границама, она, такође, уживају знатну дискрецију и у манипулисању границама својих правних одговорности. Из тих разлога је недавно истакнута потреба да се пажња више усредреди на економске активности, а не на границе правне личности различитих правних лица.²⁸⁶ Према постојећим решењима у британском праву, проблематика формалне развојености (и одговорности) правних лица се може превазићи само у случају навода о превари, кроз доктрину обичајног права о пробијању корпоративног вела. Поред тога, законско право предвиђа ограничено укидање корпоративног вела у више случајева, од којих се најважнији односи на континуитет радног односа.²⁸⁷ Наиме, заштита од неправедног отказа условљена је минималним радним стажом код послодавца, који је, после најновијих реформи законодавства, повећан са једне на две године радног стажа. Међутим, према доктрини „здруженог“ послодавца, признаје се да овај квалификациони период постоји чак и у случајевима у којима је запослени радио мање од две године за два различита послодавца који се могу квалификовати као „здружени“ у смислу законског и обичајног права.²⁸⁸

²⁸⁵ Н. Collins, „Ascription of Legal Responsibility to Groups in Common Patterns of Economic Integration“, 736.

²⁸⁶ Douglas Baird, *op. cit.*, 14.

²⁸⁷ Simon Deakin, Gillian Morris, *Labour Law*, Fourth Edition, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2005, 213. Према Закону о правима из радног односа од 1996. године (*Employment Rights Act (ERA), 1996, section 231*) два или више послодаваца треба третирати као „здружене“: „ако - (а) једно друштво има (директну или индиректну) контролу над другим, или (б) постоје два друштва над којима треће има (директну или индиректну) контролу (...)“.

²⁸⁸ L. Corazza, O. Razzolini, *op. cit.*, 12.

2.1.3. Узајамно приближавање и разилажење унитарне и плуралне концепције послодавца

„Током већег дела двадесетог века типични радни однос био је између великих предузећа и радника“.²⁸⁹ Са организационог становишта, предузећа су била структурирана и функционисала су слично као и држава, имала су добро утврђене границе и њима је управљала централна власт. То су биле организационе структуре које су управљале целокупним производним процесом: сировине су улазиле кроз једна врата, а излазиле кроз друга као готови производи.²⁹⁰ У складу с тим, стандардни радни однос је концептуализован као однос који укључује једног послодавца и запосленог.²⁹¹ То је билатерални однос, базиран на фордистичкој организацији рада, који подразумева централност фабрике/предузећа и концентрацију унутар фабрике/предузећа за производњу и пружање услуга. Његово регулисање је претпостављало подударност између формалног послодавца (носиоца уговора) и корисника престације рада.²⁹²

Међутим, класични обрасци плаћеног рада су у условима пост-фордистичке верзије капитализма, развијене од краја седамдесетих година XX века, почели „мутирати“.²⁹³ Захтеви конкуренције, посебно на глобалном тржишту, заједно са технолошким развојем, условили су појаву нових организационих модела пословања. Традиционалне компаније и нови предузетници су почели да следе нове смернице менаџмента у организацији пословања, као што су „флексибилна специјализација“, фокусирање на „кључне компетенције“ и стратегије екстернализације економске активности, са циљем повећања прилагодљивости захтевима тржишта и смањења трошкова, ризика и одговорности.²⁹⁴ Велика предузећа са националном и међународном репутацијом која послују у врху својих индустрија („водећа предузећа“) настављају да се фокусирају на пружање вредности својим клијентима и инвеститорима.²⁹⁵ Међутим, већина њих је пренела значајан ризик и одговорност за

²⁸⁹ David Weil, *The Fissured Workplace: Why Work Became So Bad for So Many and What Can Be Done to Improve It*, Harvard University Press, Cambridge, 2014, 8.

²⁹⁰ Arturo Bronstein, *International and Comparative Labour Law - current challenges*, International Labour Office, Geneva, 2009, 60.

²⁹¹ Judy Fudge, „Fragmenting Work and Fragmenting Organizations: The Contract of Employment and the Scope of Labour Regulation“, *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 44, број 4/ 2006, 612.

²⁹² Domenico Garofalo, „The identification of the employer in the context of organisational fragmentation: the Italian legal framework“, *Italian Labour Law e-Journal*, vol. 13, број 1/2020, 29-30.

²⁹³ Michael J. Piore, C. F. Sabel, *La segunda ruptura industrial*, Alianza, 1990, 456. Наведено према: D. A. Alonso, *op. cit.*, 131.

²⁹⁴ D. A. Alonso, *op. cit.*, 131.

²⁹⁵ D. Weil, *op. cit.*, 8.

своје раднике на мноштво компликованих мрежа мањих пословних јединица нижег организацијског нивоа кроз различите пословне праксе, механизме и организационе моделе (попут подуговарања, *outsourcing*-а, франшизинга и ланаца снабдевања),²⁹⁶ који се најчешће означавају као „организациона фрагментација“ (енгл. *organisational fragmentation*).²⁹⁷ Тиме је досадашња парадигма великих индустријских предузећа, која управљају читавим производним и дистрибутивним процесима и делују као јединствени послодавци за читаву армију радника који су ангажовани у те сврхе, почела да „пуца“ и да се „атомизира“ у међусобно повезане вишеслојне пословне мреже састављене од мноштва правних ентитета, при чему сваки од њих обавља мање, ситније делове екстернализоване економске активности, као правно независан послодавац задужен за своје запослене.²⁹⁸ У таквим околностима, утврђивање зарада и надзор над радом запослених је прешао са водећих предузећа на велики број организационих јединица, које раде по њиховим ригорозним стандардима, али се суочавају са жестоком притисцима конкуренције. Ти притисци се преводе у несигурне послове и погоршавају зараде и услове рада за раднике на дну и периферији сложених уговорних ланаца.

„Организациона фрагментација“ и ишчезавање хијерархијске организације унутрашњих тржишта рада довели су до сложенијих радних односа који се не уклапају у досадашњу концепцију радног односа.²⁹⁹ Првобитно радно законодавство је осмишљено на основу ранијих модалитета рада који су претпостављали прилично поједностављен билатерални однос запосленог и послодавца, као јединственог правног субјекта. Ови другачији модели организационе структуре предузећа пореметили су такав однос, изнедривши нове облике правне повезаности у којима не постоји увек

²⁹⁶ Mimi Zou, „Regulating the Fissured Workplace: the Notion of the Employer in Chinese Labour Law“, у: *Reconsidering the Notion of Employer in the Era of Fissured Workplace: Should Labor Law Responsibilities Exceed the Boundary of the Legal Entity?* The Japan Institute for Labour Policy and Training, Comparative Labor Law Seminar, REPORT No. 15, Tokyo, 2016, 165.

²⁹⁷ Garofalo, Domenico, „Lavoro, Impresa e Trasformazioni Organizzative“, у: *Atti delle Giornate di Studio di Diritto del lavoro „Frammentazione organizzativa e Lavoro: Rapporti Individuali e Collettivi“*, број 53, Cassino 18-19 May 2017, Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Social, AssociaGiuffrè, Milano, 2018, 21. Овај процес и његове резултата детаљно је описао и анализирао David Weil, називајући га „атомизација рада“ или „расцепана радна средина“ (енгл. *the fissured workplace*), живописно илуструјући чињеницу да је нови вид организације рада и пословања служио великим компанијама за екстернализацију послова послодавца (који су се некада обављали унутар њихових оквира) на мање организационе јединице, иако су и даље, на одређени начин, интегрисане у координисан пословни систем. D. Weil, *op. cit.*, 93-177.

²⁹⁸ Fernando Valdés Dal-Ré, „La descentralización productiva y la formación de un nuevo paradigma de empresa“, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, број 2/2001, 59-66.

²⁹⁹ Judy Fudge, „The Legal Boundaries of the Employer, Precarious Workers, and Labour Protection“, у: Guy Davidov, Brian Langille (eds), *Boundaries and Frontiers of Labour Law - Goals and Means in the Regulation of Work*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2006, 295.

подударност између носиоца радног односа и корисника престације рада.³⁰⁰ Они обухватају више правних лица испреплетених у низу сложених уговорних односа и индиректних радних односа, па појам послодавца, а тиме и питање ко треба да сноси одговорности послодавца, постају изузетно проблематични.³⁰¹ Према постоје изузети који одражавају природу предмета, правило је да се правна одговорност зауставља на граници правног лица. Међутим, растуће учешће у различитим облицима „организационе фрагментације“ учинило је наведене границе порозним, „што отежава сазнање где се предузеће завршава и почиње тржиште или друго предузеће“.³⁰² Екстернализацијом економских активности, подуговарањем или коришћењем механизма ланца снабдевања, водећа предузећа се могу ослободити одговорности везане за запошљавање у вишеслојним уговорним односима, иако имају значајан утицај на судбину радника у питању.³⁰³ Према мишљењу Collins-а, проблем је у томе што „тамо где је рад организован путем бројних одвојених правних субјеката, а не преко једног предузећа, ограничења правне одговорности постављена позивањем на границе правног лица представљају услове за потенцијалну неправду“.³⁰⁴ Стога више није довољно говорити о одговорности лица која директно запошљавају раднике. Очигледно да унитарна концепција послодавца више не одговара сложеној пословној пракси коју карактерише децентрализација и прерасподеле компанијске власти. Поред тренда ка децентрализацији, и друге промене које су се догодиле у пракси запошљавања, попут привременог рада и радног ангажовања независних уговарача, измениле су „портрет“ послодавца. То је довело до постепеног прихватања концепције „заједничког“ и „повезаног“ послодавца, која традиционално није имала свој пандан у континенталној Европи. Прогресивна ерозија од забране уступања радне снаге до прихватања троугластих радних односа јасно илуструје прелазак са унитарне на плуралну концепцију послодавца у земљама попут Француске, Шпаније, Италије и Немачке.³⁰⁵ Међутим, питање је у којој мери тренутно радно законодавство може довести у питање

³⁰⁰ D. Garofalo, „The identification of the employer in the context of organisational fragmentation: the Italian legal framework“, 30.

³⁰¹ M. Zou, *op. cit.*, 165.

³⁰² Walter W. Powell, „The Capitalist Firm in the Twenty-First Century: Emerging Patterns“, у: Paul DiMaggio (ed.), *The Twent First-Century Firm: Changing Economic Organization in International Perspective*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2003, 37.

³⁰³ Hiroya Nakakubo, Takashi Araki, „Introduction“, у: *Reconsidering the Notion of Employer in the Era of Fissured Workplace: Should Labor Law Responsibilities Exceed the Boundary of the Legal Entity?* The Japan Institute for Labour Policy and Training, Comparative Labor Law Seminar, REPORT No. 15, Tokyo, 2016, 2.

³⁰⁴ H. Collins, „Ascription of Legal Responsibility to Groups in Common Patterns of Economic Integration“, 731.

³⁰⁵ L. Corazza, O. Razzolini, *op. cit.*, 14.

одговорност лица које немају директан уговорни однос са радницима, те могу ли се на бази постојећег законског оквира развити ефикасне теоријске поставке или је потребан нови сет закона.³⁰⁶ У том смислу, постоји потреба да се преиспита појам послодавца у радном законодавству које традиционално намеће различите обавезе конкретном послодавцу према запосленима. Следећа два одељка овог рада осмишљена су тако да илуструју како се, заједно са агенцијским радом, случајеви *outsourcing*-а (и подуговарања), повезивања привредних друштава и дигиталних платформи могу сматрати парадигматичним примерима приближавања унутране концепције послодавца плуралној концепцији послодавца.

2.1.3.1. Случајеви *outsourcing*-а и подуговарања

Идеја о послодавцу као јединственом недељивом субјекту који врши управљачка овлашћења издавања налога и упутстава, као и надзора над радом запослених доведена је у питање новим облицима управљања који хијерархијске структуре замењују тржишним, кроз све веће прибегавање активностима *outsourcing*-а и подуговарања. *Outsourcing* је уговорни однос којим се врши пренос једне или више свакодневних понављајућих интерних делатности привредног субјекта заједно са правима одлучивања по питању те активности спољном партнеру.³⁰⁷ Историјски посматрано, *outsourcing* се користио када привредни субјекти нису могли нешто произвести или извести у властитој организацији било због некомпетентности, непостојања капацитета, финансијских притисака или технолошких недостатака. Данас се *outsourcing* користи у реструктурирању већ успешних компанија, које су препознале да је обављање кључних делатности и задовољавање потреба купаца најважније због чега све оно што их омета у постизању тих циљева „аутсорсују“ одређене послове

³⁰⁶ Радно законодавство Републике Србије „не предвиђа могућност да запослени има два или више послодаваца“. С. Јашаревић, „Уређење радног односа у Србији у контексту нових околности у свету рада“, 1064.

³⁰⁷ Термин *outsourcing* се састоји од две енглеске речи: *out* и *source*, те дословно преведено значи коришћење спољних извора (ресурса или фактора) пословања. Неретко се поставља питање српског превода за наведени термин, те многи аутори користе *екстернализацију* као најадекватнију замену. Међутим, очито је да ни термин „екстернализација пословања“ није српска реч већ страна изведеница, а није ни потпуна замена за значење *outsourcing*-а. Како појашњава Летица, „између *outsourcing*-а и екстернализације постоје одређене битне разлике – док је *outsourcing* партнерски уговор дугорочног карактера у којем две стране улажу средства, време и људе за успешну реализацију одређене услуге при чему се задржава веза између корисника услуге и предузећа које услугу пружа, екстернализација не мора бити уговор дугорочног карактера, а могућност раскида уговора, као и могућност потпуног напуштања одређеног подручја или функције од стране предузећа корисника услуге је много либералнија“. Видети: Маја Летица, *Утјецaj outsourcinga na poslovne performanse poduzeća*, докторски рад, Економски факултет Mostar, Свеучилиште у Mostaru, Економски факултет Split, Свеучилиште у Splitu, 2013, 19.

(попут обрачуна плата, рачунарских система, рачуноводства, управљања и одржавања објеката итд) привредним субјектима чија је то основна делатност.³⁰⁸ *Outsourcing* се, дакле, може дефинисати као уговорно пребацивање споредних (енгл. *non-core*) привредних делатности неког привредног субјекта на специјализоване пружаоце услуга.³⁰⁹ *Outsourcing* је сличан подуговарању, заједничким подухватима (енгл. *joint venture*) и концепту стратегијског партнерства, који су у теорији и пракси познати већ годинама.³¹⁰ Подуговарање (енгл. *subcontracting, contracting out*) се, доста слично, дефинише као закључивање уговора са трећим лицем - подизвођачем, коме се поверава обављање посла који би могли обавити запослени послодавца.³¹¹ Оно што разликује *outsourcing* од овог и сличних пословних подухвата је чињеница да привредне делатности преносе ван конкретног привредног субјекта, што не мора нужно бити случај са подуговарањем и заједничким подухватима.³¹²

Када се говори о *outsourcing*-у треба поменути и *insourcing* као поступак супротан *outsourcing*-у, који представља пословну одлуку задржавања контроле над кључним делатностима предузећа.³¹³ Најчешће су та два процеса међусобно повезана и одвијају се у две фазе. У првој фази, компанија преноси на трећу страну неке производне или друге процесе који су раније били под њеном директном контролом. Предмет преноса може бити имовина, машине, знање и особље. У другој фази, иста компанија преузима резултат производног или другог процеса примаоца како би га „уградила“ у сопствени пословни процес.³¹⁴ Примера ради, послодавац продаје камион свом запосленом, коме престаје радни однос, а са раније запосленим закључује уговор на основу којег ће запослени за потребе ранијег послодавца обављати исти посао, али овај пут у својству независног уговорника.³¹⁵ На тај начин ранији послодавац долази у знатно повољнији положај, односно има значајно мање обавеза према другој уговорној страни (независном уговорнику) у погледу прековременог рада, плаћеног одсуства са рада, породилског одсуства, доприноса за социјално осигурање и одговорности за штету према трећим лицима у случају саобраћајних незгода.³¹⁶ Не треба посебно напомињати да стратегија *outsourcing - insourcing* може имати много софистицираније

³⁰⁸ *Ibid.*, 19.

³⁰⁹ *Ibid.*, 20.

³¹⁰ *Ibid.*, 17.

³¹¹ Р. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, 322.

³¹² М. Letica, *op. cit.*, 17.

³¹³ *Ibid.*, 20.

³¹⁴ А. Bronstein, *op. cit.*, 61.

³¹⁵ *Ibid.*

³¹⁶ *Ibid.*

форме од оне наведене у горњем примеру. Међутим, ефекат ове стратегије је у свим случајевима исти: прибављањем добара или услуга од спољног партнера који сам управља својим ризиком пословања - иако можда користи исте производне факторе као и преносилац пре њега - успоставља се прогресивна супституција интерне производње.

Чињеница је да је *outsourcing* постао незаобилазан у савременом пословању привредних субјеката. У прилог томе иде и податак да се о њему расправља на политичком нивоу у Сједињеним Америчким Државама, док је у Европској унији постао предмет законског регулисања, па је тако у ситуацијама где подразумева преузимање запослених регулисан Директивом 2001/23/ЕЗ.³¹⁷ Да ли ће одређени послови бити „аутсорсовани“ или не, на самом послодавцу је да одлучи. Право закључивања уговора о пословној сарадњи део је слободе уговарања, као и слободе предузетништва. Како уставни већине савремених држава јамче обе слободе, право на закључивање уговора о пословној сарадњи не може бити ограничено. Међутим, без директног ограничавања овог права, законодавци многих држава су покушали да одговоре на нове, хибридне облике пословања, који имају бројне негативне последице на постојеће и ново запошљавање.³¹⁸ Приступ законодавца је, притом, различит у различитим правним системима. Једна разлика односи се на изворе права. С једне стране, има земаља, попут Сједињених Америчких Држава, у којима су *outsourcing* и подуговарање традиционално препуштени колективном преговарању, са релевантним последицама због скоро нестанка синдикалних организација у приватном сектору.³¹⁹ С друге стране, постоје земље, попут већине земаља европско-континенталне правне традиције, у којима је *outsourcing* регулисан законом. Друга важна разлика односи се на идеолошки приступ усвојен у вези са новим облицима економске организације. Тако, у појединим земљама закони иду за тим да што више олакшају праксу *outsourcing*-а и подуговарања, док се у другима настоји спречити тенденција заобилажења радних стандарда која је често у основи ових модела организације пословања.³²⁰ У државама из

³¹⁷ М. Letica, *op. cit.*, 22.

³¹⁸ Снажну подршку овом тренду пружају и ставови Европске комисије која, с једне стране, *outsourcing*, подуговарање и агенцијски рад сматра новим, дозвољеним, па чак и основним облицима економске организације који омогућавају предузећима да постигну нове захтеве за флексибилношћу, док са друге стране систем заједничке одговорности пословних уговарача и коопераната сматра најефикаснијом техником заштите радника који су укључени у праксу *outsourcing*-а, подуговарања и агенцијског рада. COM (2007) 627 final, 4; Commission of the European Communities, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - Towards Common Principles of Flexicurity, COM (2007) 359 final, Brussels, 27.6.2007, 2-11.

³¹⁹ L. Corazza, O. Razzolini, *op. cit.*, 15.

³²⁰ Јасан пример различитог утицаја политике запошљавања на нове стратегије пословања управо пружа европска дебата о регулисању преноса предузећа, где различити правни приступи преносу предузећа

друге групе, законска решења се, притом, међусобно разликују. Тако, примера ради, немачко законодавство на праксу подуговарања одговара увођењем супсидијарне одговорности послодавца (предузетника, уговарача) у погледу одређених обавеза из радног односа, као и проширивањем обима права савета запослених. Супсидијарна одговорност настаје према Закону о упућивању радника (нем. *Arbeitnehmerentsendegesetz*) који дозвољава држави да колективне уговоре прогласи опште обавезујућим.³²¹ Према члану 14 наведеног Закона, послодавац-уговарач који је ангажовао подуговорача, подизвођача или добављача за обављање одређеног посла или вршење услуга, одговоран је за исплату минималне зараде његовим запосленима, као јемац. Одредба се односи на сва привредна друштва која припадају предузетничком ланцу. То значи да је послодавац-уговарач одговоран и за било ког подизвођача свог директног подизвођача.³²² Поред тога, послодавац има обавезу да благовремено достави све информације савету запослених које су му потребне за извршавање његових законских дужности, па и оне које се односе на запошљавање лица која нису закључила уговор о раду са послодавцем, већ су ангажована у трећим предузећима.³²³ У француском праву, такође, постоје два скупа правила за заштиту радника у процесима подуговарања: први се односи на борбу против рада на црно, а други на заштиту безбедности и здравља на раду. Према француском Законику о раду, сваки привредни субјект - прималац услуга чија вредност износи више од 3.000 евра мора од својих коопераната (подизвођача) захтевати предају разноврсне документације (по закључењу уговора и сваких шест месеци након тога), која поред осталог, обухвата потврду надлежног фонда за социјално осигурање да су уплаћени доприноси за социјално осигурање за последњих шест месеци.³²⁴ У случају непоштовања ове обавезе, прималац услуга може бити обавезан на исплату доприноса за социјално осигурање које

могу или олакшати или увести препреке *outsourcing* пословању. Paul Davies, „Taken to the Cleaners? Contracting Out of Services Yet Again - Case C-13/95, Süzen v Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice“, *Industrial Law Journal*, vol. 26, број 2/1997, 193-197.

³²¹ Bernd Waas, „Reconsidering the Notion of Employer in the Era of the Fissured Workplace: Should Labour Law Responsibilities Exceed the Boundaries of the Legal Entity?“, у: *Reconsidering the Notion of Employer in the Era of Fissured Workplace: Should Labor Law Responsibilities Exceed the Boundary of the Legal Entity?* The Japan Institute for Labour Policy and Training, Comparative Labor Law Seminar, REPORT No. 15, Tokyo, 2016, 105.

³²² Савезни уставни суд сматрао је да је члан 14 у складу са Основним законом (Уставом), иако одговорност не зависи од намере или непажње. Премда наведени члан утиче на слободу предузетништва он је у складу са Уставом, јер је заштита радника легитиман циљ, посебно у светлу члана 20 Устава који садржи тзв. социјални државни принцип (нем. *Sozialstaatsprinzip*). В. Waas, „Reconsidering the Notion of Employer in the Era of the Fissured Workplace: Should Labour Law Responsibilities Exceed the Boundaries of the Legal Entity?“, 105.

³²³ *Ibid.*, 105-106.

³²⁴ S. Laulom, „Reconsidering the Notion of Employer in the Era of the Fissured Workplace: Responses to Fissuring in French Labour Law“, 126.

пружалац услуга није платио услед непријављивања својих запослених надлежним властима. Поред тога, француски Законик о раду утврђује обавезу послодаваца да сарађују у спровођењу одредби о безбедности и здрављу на раду и координишу своје радње у вези са заштитом радника и спречавањем наступања професионалних ризика, посебно у случају када неколико предузећа дели исто место рада.³²⁵

И, најзад, разматрање проблема регулисања подуговарања завршићемо указивањем на правни систем Шпаније, чије се најистакнутије законске мере заштите радника у контексту „организационе фрагментације“ односе управо на права запослених у оквиру процеса подуговарања. Уопштено посматрано, преношење послова из сопствене делатности на спољне партнере законит је начин организовања економских активности у Шпанији, а ограничења овог правила су врло мала будући да шпански Устав признаје слободу предузетништва, што укључује и слободно усвајање преферираног модела за обављање производње и продају добара и услуга. Ипак, како подуговарање узрокује промену корпоративне одговорности која може утицати на раднике, шпанско законодавство успоставља заштитна правила за запослене који су укључени у ове процесе. Основна правила о заштити запослених у оквиру процеса подуговарања садржана су у Статуту радника, чији члан 42 успоставља широк спектар обавеза и одговорности за различита предузећа укључена у мрежу подуговарања, али се не примењује на све врсте процеса уговарања или подуговарања, већ само на оне који утичу на такозвану „сопствену активност“ или „вођење пословања“ послодавца (уговорача, клијента).³²⁶ Наведени концепт, који укључује важно ограничење обима примене радноправних прописа, у прошлости је различито тумачен, а према ставу шпанског Врховног суда односи се само на оне задатке који су део процеса развоја коначног производа (добра или услуге), а које би, у одсуству подуговарања, „водеће предузеће“ морало да обавља само са својим особљем.³²⁷ Сходно наведеном члану, послодавац-уговорач који ангажује подизвођаче за обављање одређених радова или пружање услуга има обавезу да сваког месеца врши провере ажурности подизвођача у вези са плаћањима доприноса за обавезно социјално осигурање. Ако Генерални трезор за социјално осигурање потврди да подуговарач нема дугова или ако у року од тридесет дана не одговори, послодавац се ослобађа одговорности у вези са обавезама

³²⁵ *Ibid.*, 127.

³²⁶ D. A. Alonso, *op. cit.*, 137.

³²⁷ Сходно томе, према правном концепту сопствене делатности (како се тумачи судском праксом Врховног суда), уговарање и подуговарање помоћних, инструменталних или помоћних делатности, без обзира на то колико су неопходни за компанију која их ангажује, искључено је из примене обавеза и одговорности садржаних у члану 42 Статута радника. *Ibid.*

подуговарача у погледу уплате доприноса за социјално осигурање. У супротном, он постаје солидарно одговоран за обавезу плаћања доприноса за социјално осигурање, и то за читав период који није обухваћен потврдама о непостојању дугова.³²⁸ Поред тога, члан 42 Статута радника намеће солидарну одговорност послодавца – уговарача у вези са платама које подуговарач дугује својим запосленима. Ова одговорност се односи на дугове који настају током извршења уговорених радова или услуга, а доспевају у року од годину дана од дана престанка уговорног односа са подизвођачем, само што у овом случају не постоји могућност да клијент избегне примену солидарне одговорности за исплату зараде претходним поступцима провере. И на крају, наведени члан уводи и обавезу предузећа укључених у процес подуговарања да писмено, пре почетка радова или услуга које ће извршити за другог привредног субјекта, обавесте раднике о околностима подуговарања и идентитету наручиоца за кога у то време раде, под условом да се подуговарње односи на „сопствену активност“ клијента, као што је горе објашњено.³²⁹ Шпанско законодавство, најзад, слично француском, успоставља и низ обавеза о заштити безбедности и здрављу на раду у случају подуговарања, посебно када се активности радника из различитих предузећа одвијају на истом месту рада. То су углавном обавезе извештавања, сарадње и координације између послодавца, као и усвајање различитих мера превенције, у погледу појединачних средстава и ресурса за заштиту од ризика и опасности. У случају кршења, сви субјекти укључени у процес подуговарања сматраће се заједнички одговорним. Сваки споразум о избегавању заједничке одговорности у заобилажењу закона сматра се ништавим и може бити санкциониран као веома озбиљан прекршај против социјалног законодавства.³³⁰

Приказани примери из немачког, француског и шпанског законодавства сведоче да државе лагано и доста бојажљиво прихватају идеју да *множина послодавца* може да подстакне и побољша могућности запошљавања, те да солидарна одговорност може ефикасно заштитити раднике. Заједничка одговорност је, за сада, углавном

³²⁸ *Ibid.*

³²⁹ Члан 42 Статута радника није једина одредба која се фокусира на подуговарање. Од 1. августа 2011. године предузећа која преносе сопствену делатност на трећа лица имају додатну обавезу да претходно провере да ли су радници који су укључени у такве процесе адекватно регистровани у систему социјалног осигурања. Поред тога, чланом 168 Закона о социјалном осигурању утврђује се супсидијарна одговорност клијента у вези са дуговима социјалног осигурања подизвођача насталих током трајања подуговарања. Супротно одредби члана 42 Статута радника, ова одговорност се односи на све облике подуговарања, а не само на „сопствену активност“ клијента. Међутим, у односу на одговорност регулисану Статутом радника, овде је у питању супсидијарна одговорност која се може активирати тек ако је главни дужник (подизвођач) претходно проглашен у потпуности или делимично инсолвентним. *Ibid.*, 138.

³³⁰ *Ibid.*, 139.

ограничена на питања доприноса за социјално осигурање и безбедности и здравља на раду, мада би могла да се примени и на друга радноправна подручја. Иако у оквиру обе концепције послодавца судови имају тенденцију да истражују како су управљачка овлашћења подељена између уговорних партнера, оно што је битно другачије јесте чињеница да према унитарној концепцији послодавца, привредни субјект који је квалификован као послодавац једини сноси све ризике, обавезе и одговорности у вези са запошљавањем. С друге стране, према плуралној концепцији послодавца, оба послодавца се укључују у шему заједничке одговорности што доводи до стварања подстицаја за послодавце да уговарају економске активности само са поузданим партнерима.

2.1.3.2. Случај повезивања привредних друштава - групе друштава

Последњих година плурална концепција послодавца посебно је развијена у контексту повезаних привредних друштава. Док *outsourcing*, подуговарање и вертикална дезинтеграција одражавају процес „разградње“ или „распуштања“ предузећа, групе друштава одражавају његово „поновно састављање“.³³¹ Појам „повезана друштва“ у основи је генерички за једно контролно (матично) друштво и једно или више подређених (зависних, контролисаних) друштава. Привредна друштва, повезана путем капитала, уговора или мешовита, организују се као концерн (група друштава), холдинг, друштва са узајамним учешћем или други облик организовања.³³² Свим формама повезаних друштава заједничко је постојање правног субјективитета свих појединачних зависних друштава (филијала) и правног субјективитета матичног друштва, али не и постојање једног правног субјективитета свих повезаних друштава (што је случај приликом фузије друштава).³³³ Дакле, повезана привредна друштва су правно самостална друштва, стављена под контролу (јединствено руководство и координацију) једног субјекта и фактички подвргнута јединственом економском циљу. Непостојање субјективитета целине повезаних друштава, те супротстављеност између правне ситуације (независност друштава и самостални правни субјективитет) и

³³¹ François Gaudu, „Entre concentration économique et externalisation: les nouvelles frontières de l'entreprise“ у: *Droit Social*, 2001, 474. Наведено према: L. Corazza, O. Razzolini, *op. cit.*, 18.

³³² Мирко Васиљевић, „Субјективитет групе друштава („интерес групе“ - стварност и/или фикција)“, у: Вук Радовић (ур.), *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2015, 12.

³³³ Видети више: Татјана Јевремовић Петровић, *Групе привредних друштава*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2014, 173-178.

фактичке ситуације (конвергенција циљева и моћи одлучивања), ствара различите проблеме фискалном праву, рачуноводственом праву, праву конкуренције, али и радном праву. Из перспективе радног права, основни проблеми произилазе из чињенице да се одвојени правни субјективитет друштава не поклапа са стварним економским границама предузећа као појединачног послодавца. Група друштава превазилази границе правног лица, као и границе унитарне концепције послодавца.³³⁴ Стога, полазна тачка приликом анализе правног положаја лица запослених у повезаном друштву јесте признање да група друштава, као таква, није послодавац у строго формалноправном смислу.³³⁵ Као што је истакнуто, група друштава као целина нема правни субјективитет, па последично не може ни бити уговорна страна уговора о раду. Међутим, „чињеница да послодавац припада групи друштава и да је, сходно томе, уговор о раду друштва у групи, на овај или онај начин, повезан са групом као целином, често има утицај на његов садржај“.³³⁶ Поред тога, приликом регулисања међусобног положаја друштава у групи, често се користи тзв. матрична структура. У таквој структури, одређене корпоративне функције су концентрисане у једном повезаном друштву, док су у осталим друштвима у групи смањене или чак потпуно укинута.³³⁷ Као резултат наведеног, овим друштвима се уступа и право на издавање налога и функционалних упутстава запосленима, док остала управљачка овлашћења задржавају „уговорни“ послодавци. Другим речима, управљачка власт, која представља једну од највидљивијих манифестација правне субординације у радном односу, подељена је између „уговорног“ и „функционалног“ послодавца. Иако је неспорна слобода послодавца да успостављају овакве пословне структуре, постоји неслагање око тога колико статус запослених који су тиме погођени треба бити заштићен. С тим у вези, као главно намеће се питање да ли се и под којим условима целина повезаних друштава може сматрати јединственим субјектом? И даље, може ли се контролно друштво (матично, доминантно, управљачко, „друштво мајка“) сматрати „функционалним“, односно „вануговорним“ послодавцем везаним одредбама радног законодавства?

Упоредноправно посматрано, врло је мало одредби радног законодавства које се изричито баве овим питањем, будући да се подручје примене радноправних прописа и даље, углавном, заснива на концепцији послодавца као јединственог недељивог

³³⁴ L. Corazza, O. Razzolini, *op. cit.*, 18.

³³⁵ Bernd Waas, „Reconsidering the Notion of Employer in the Era of the Fissured Workplace: Should Labour Law Responsibilities Exceed the Boundaries of the Legal Entity?“, 101-102.

³³⁶ *Ibid.*

³³⁷ *Ibid.*, 99.

субјекта које директно ангажује своје запослене. Стога су судови, са прилично лошом законском позадином као полазиштем, имали задатак да развију принципе и изнађу креативна решења за бројна радноправна питања која проистичу из радног односа заснованог са друштвима која су повезана у групе. За утврђивање постојања групе друштава судови претежно користе критеријуме постављене у компанијском праву. Директна или индиректна контрола владајућег друштва над зависним друштвима помоћу одређеног капитал учешћа или путем закључивања уговора ради стварања „доминантног утицаја“ је *condicio sine qua non* за постојање групе друштава. Будући да су повезана друштва фактички подвргнута јединственом економском циљу, за постојање групе друштава је потребно да се доминантно друштво и једно или више зависних друштава групишу под јединствену управу доминантног друштва³³⁸ и да делују у „јединственом економском правцу“.³³⁹ Наведени критеријуми су, најчешће, довољни и из перспективе компанијског права, али не нужно и са становишта радног права. Тако, примера ради, шпанске, италијанске и француске судије истражују следеће факторе: 1) постојање јединственог правца пословања; 2) постојање заједничких економских циљева и стратегије; 3) заједничко вршење јединствене економске активности; 4) заједничко седиште или пословни подухват.³⁴⁰ У Француској су наведени критеријуми релевантни за процену постојања „економске и социјалне јединице“ (фр. *unité économique et sociale - UES*) која је значајна у контексту колективног преговарања или заступање радника на нивоу предузећа.³⁴¹ Поред тога, у области индивидуалних радних односа, концепција „економске и социјалне јединице“ је веома значајна у случају утврђивања вишка запослених и заштите од незаконитог отказа. Тако се, примера ради, садржај социјалног плана који послодавац има обавезу

³³⁸ Притом, за разлику од вертикалних концентрација у којима се јединствено руковођење може састојати у давању обавезних упутстава контролног друштва контролисано и у обавези њиховог извршавања, код хоризонталних концентрација оно се може састојати у утврђивању пословне политике групе друштава и решавању других принципијелних питања пословођења. Мирко Васиљевић, *Компанијско право – Право привредних друштава*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, 497-498.

³³⁹ L. Corazza, O. Razzolini, *op. cit.*, 18-19.

³⁴⁰ *Ibid.*, 19.

³⁴¹ Савет запослених је у почетку био структурисан у складу са концепцијом предузећа као правно самосталног субјекта. Сходно Законику о раду, савет запослених може да се успостави у предузећима која запошљавају више од 50 запослених. Због честих превара послодавца са већим бројем одвојених организационих јединица од којих свака има мање од 50 радника, али у збиру прелазе овај праг, судска пракса је увела појам „економске и социјалне јединице“. Касациони суд је тако одлучио да се, у смислу заступања радника, свако предузеће не може сматрати самосталним правним лицем. Када се испуне услови, судови утврђују да група предузећа представља једну целину, и то независно од постојање преваре. Почетком осамдесетих година XX века законодавац је појам „економске и социјалне јединице“ увео и у Законик о раду, али га није дефинисао, па је препуштено судској пракси да то учини. S. Laulom, „Reconsidering the Notion of Employer in the Era of the Fissured Workplace: Responses to Fissuring in French Labour Law“, 124.

да донесе у случају колективног отпуштања (које погађа најмање 10 запослених у предузећима са више од 50 запослених), почев од 2002. године не вреднује на нивоу предузећа, већ на нивоу „економске и социјалне јединице“, ако је утврђено њено постојање.³⁴² Стога, за приступање колективном отпуштању није довољно постојање ваљаних економских разлога у оквиру датог друштва, већ је битна процена економске ситуације на нивоу групе, укључујући и њену транснационалну организацију. Поред тога, пре отпуштања запосленог из економских разлога, обавеза прераспоређивања радника се проширује на групу у целини (укључујући привредна друштва ван Француске).³⁴³ Коначно, управо у контексту отпуштања из економских разлога француске судије су препознале концепцију су-послодавца (или „заједничког запошљавања“).³⁴⁴ Иако ова концепција није нова у француској судској пракси, одлуком Врховног суда од 2011. године њен делокруг је проширен.³⁴⁵ У наведеном предмету, једна француска компанија, коју је индиректно контролисала немачка компанија, затворила је своје активности у Француској и све своје запослене прогласила вишком. Запослени су оспорили вишкове и тражили накнаду штете не само од свог послодавца, већ и од немачке компаније, као матичне. Касациони суд није прихватио аргументе матичне компаније (да, иако као холдинг компанија има контролу над својим зависним компанијама и доноси одлуке које могу имати утицаја на запослене у њима, то није довољно да се докаже да је холдинг компанија послодавац ових запослених) и уместо тога је пресудио да је дошло до „конфузије интереса, активности и управљања“ између обе компаније, јер је постојало заједничко управљање, под надзором матичне компаније.³⁴⁶ Сходно томе, матична компанија је проглашена су-послодавцем запослених у њеној зависној компанији и директно одговорном за штету коју су запослени претрпели због незаконитог отказа. Узета у свом најширем смислу, ова концепција би се могла користити за редефинисање подручја примене радноправне заштите и прихватање плуралне концепције послодавца како би одговорности послодавца могле бити подељене између бројних компанија које

³⁴² *Ibid.*

³⁴³ *Ibid.*

³⁴⁴ *Ibid.*, 125.

³⁴⁵ Cour de cassation, Chambre sociale, 18 janvier 2011, *Publié au bulletin*, 09-69.199, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000023462329/>, 15.4.2020.

³⁴⁶ Ово је посебно образложио наводима да су одлуке које је доносила матична компанија (*Jungheinrich AG*) лишиле француску компанију (*MIC*) било какве индустријске, комерцијалне и административне аутономије; да је компанија *Jungheinrich AG* била власник свих заштитних знакова и патената компаније *MIC*; да је стратешке одлуке доносио *Jungheinrich AG*, да се бавио управљањем људским ресурсима и да је донео одлуку о укидању активности *MIC*-а; да генерални директор *MIC*-а није имао стварну моћ и у потпуности је био подложен упутствима *Jungheinrich AG*-а. *Ibid.*

припадају истој групи. Међутим, Касациони суд није испунио ова очекивања, већ је одлуком од 2014. године потврдио да појам су-послодавца треба схватити у његовом ужем смислу. Тек када се утврди неоубичајен однос између матичног и зависног друштва, судови могу да наруше принцип формалноправне раздвојености друштава.³⁴⁷ Процена се мора вршити у сваком конкретном случају, а једна компанија може бити квалификована као су-послодавац само ако постоји „конфузија у делатности, интересима и управљању у таквом смислу и на таквом нивоу да се може утврдити постојање уговорне конфузије и мешовите и нејасне употребе радне снаге у групи“.³⁴⁸ Слично резонују и шпански судови, који све чешће пресуђују у корист постојања заједничког послодавца и солидарне одговорности свих друштава у групи, под условом да су испуњени одређени критеријуми.³⁴⁹ Иако се концепт послодавца наведен у члану 1(2) шпанског Статута радника односи на физичко лице, правно лице или заједничко власништво које има одвојени правни субјективитет, судови су оценили да се различита, формалноправно независна друштва могу сматрати заједничким послодавцима јединственог радног односа са запосленим, под условом да је запослени вршио рад подједнако, истовремено или сукцесивно, у различитим друштвима која припадају истој групи, због чега је немогуће идентификовати једног послодавца.³⁵⁰ Немачки судови, пак, иако генерално несклони према продужењу обавеза из радног односа на другог послодавца и кршењу „светости“ формалног раздвајања правних лица, повремено су признавали двоструког послодавца (нем. *Verdoppelung auf Arbeitgeberseite*).³⁵¹ То се дешавало у случајевима када је запослени радио у већем броју друштава интегрисаних до те мере да је могуће размотрити постојање јединственог радног односа, уместо већег броја одвојених радних односа, са плуралним правним лицем (нем. *Einheitliches Arbeitsverhältnis*).³⁵²

И, на крају, ваља напоменути да је проблем заштите лица запослених у повезаним друштвима препознат и у пракси Суда правде Европске уније, у којој је недавно подржана идеја „мулти-послодавца“ као правна могућност. У случају *Albron* (о коме ће бити више речи у четвртом делу рада), запослени, кога је формално ангажовала једна компанија, био је трајно упућен на рад у другу компанију која је своје пословање

³⁴⁷ S. Laulom, „Reconsidering the Notion of Employer in the Era of the Fissured Workplace: Responses to Fissuring in French Labour Law“, 125.

³⁴⁸ *Ibid.*, 126.

³⁴⁹ L. Corazza, O. Razzolini, *op. cit.*, 20.

³⁵⁰ D. A. Alonso, *op. cit.*, 148.

³⁵¹ L. Corazza, O. Razzolini, *op. cit.*, 21.

³⁵² Luca Nogler, „Gruppo di imprese e diritto del lavoro“, *Lavoro e diritto*, 1992, 304. Наведено према: L. Corazza, O. Razzolini, *op. cit.*, 21.

пренела на трећу компанију. Суд правде је оценио да „унутар групе компанија постоје два послодавца, један који има уговорне односе са запосленима у тој групи, а други вануговорне“.³⁵³ У том смислу, могуће је сматрати „послодавцем претходником“ у смислу Директиве 2001/23/ЕЗ „послодавца одговорног за економску активност пренесеног предузећа који у том својству успоставља радне односе са особљем тог предузећа, без обзира на одсуство уговорних односа“.³⁵⁴

Упркос оваквом развоју догађаја, судови још увек нису спремни да у већој мери редефинишу подручје радноправне заштите и унитарну концепцију послодавца како би се поклопила са стварним економским границама предузећа. У већини случајева судије и даље акценат стављају на злоупотребу „заштитног вела“ на штету запослених, на „конфузију делатности, интереса и управљања“ и мешање матичног друштва у управљање људским ресурсима, у таквом смислу и на таквом нивоу да се може говорити о наступању уговорне конфузије или мешовите и нејасне употреба радне снаге унутар групе привредних друштава.³⁵⁵ Премда су судови почели лагано напуштати начело одвојености правних лица и прелазити преко вештачки постављеног развајања правних субјективитета онда када то оправдавају животна стварност и снага чињеница, они и даље остају везани за унитарну концепцију послодавца, квалификујући групу друштава као јединственог послодавца на којег треба распоредити трошкове и обавезе запослења. Само у неколико наврата судови су „заједничко запошљавање“ и солидарну одговорност друштава у групи почели сматрати „регулаторним“ одговором на ситуацију у којој су економска активност и запошљавање подељени међу бројним друштвима из исте групе. То само указује на потребу законског редефинисања појма „послодавац“ и уважавања промена које су се у међувремену догодиле у пословном свету, а у складу са којима радно законодавство мора бити конципирано да би остварило своје базичне постулате.

2.1.3.3. Дигиталне платформе као послодавци

Из перспективе радног права, феномен рада који се обавља преко дигиталних платформи отвара ново поглавље у вековном проблему одређивања подручја примене радног законодавства: да ли се дигитални радници могу квалификовати као запослени

³⁵³ Пресуда у предмету бр. C-242/09 (*Albron Catering BV v. FNV Bondgenoten, John Roest*) од 21. октобра 2010. године (*Official Journal of the European Union* 2010, 625).

³⁵⁴ L. Corazza, O. Razzolini, *op. cit.*, 22.

³⁵⁵ *Ibid.*, 21.

те, у складу с тим, заслужују ли радноправну заштиту у распону од прописа о минималној заради и радном времену до незаконитих отказа и колективних права? Да ли су они независни уговарачи, који послују за свој рачун, па могу бити препуштени грубим падовима тржишта или, пак, обављају нови облик рада па заслужују посебан правни статус и регулаторни апарат?³⁵⁶ Одговор које саме платформе дају је врло једноставан: *Uber*, *Mechanical Turk*, *TaskRabbit* и многе друге виде себе као дигиталне агенте који повезују кориснике рада и независне уговараче.³⁵⁷ Међутим, услови рада појединих платформи разликују се међу земљама, при чему ниво контроле који врше платформе може бити значајан, од утврђивања висине примања до прецизирања и надгледања начина извршења радних задатака.³⁵⁸ Стога није изненађујуће што се пред судове све чешће ставља задатак утврђивања радноправног статуса дигиталних радника. Како смо приликом разматрања појма запосленог ову проблематику посматрали са традиционалног становишта о статусу дигиталних радника као запослених или независних уговарача, на овом месту ћемо исту проблематику посматрати из другог угла - анализираћемо која би страна, с обзиром на мултилатералне уговорне односе у раду дигиталних платформи, могла бити квалификована као послодавац. Наиме, већина јурисдикција је развила (мање или више детаљан) нормативни оквир радног односа утемељен на идеји постојања неједнакости преговарачке снаге субјеката радног односа. Наведени аналитички приступ је, међутим, развијен у контексту билатералних радних односа и као такав неодговарајућ модалитетима рада преко дигиталних платформи који подразумевају учешће најмање три стране – радника, корисника рада и дигиталних платформи као посредника.³⁵⁹ Традиционална анализа би поделила тростране радне аранжмане који стоје у основи масовног рада у низ билатералних уговорних односа и покушала да сваку правну везу засебно квалификује.³⁶⁰ Економска ситуација дигиталних радника се, међутим, не

³⁵⁶ М. Драгићевић, „Проблеми квалификације и радноправне заштите ‘дигиталних радника’“, 147.

³⁵⁷ Jeremias Prassl, Martin Risak, „UBER, TASKRABBIT, & CO: Platforms as employers? Rethinking the legal analysis of crowdwork“, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Forthcoming, *Oxford Legal Studies Research Paper*, број 8/2016, 2.

³⁵⁸ *Ibid.*

³⁵⁹ *Ibid.*, 9.

³⁶⁰ Тако, први однос чије би постојање требало разматрати је онај који може бити успостављен између корисника рада и дигиталног радника. Зависно од пословног модела одређене дигиталне платформе, такав уговорни однос може, али не мора постојати. Што се тиче правне квалификације овог односа, ваља узети у обзир да ће он обично трајати врло ограничено време (најчешће до испуњавања микро-задатка) и да ће се уговорни партнери често мењати. Уговор, стога, вероватно неће бити квалификован као уговор о раду, већ као уговор о делу, с обзиром да дигитални радник није интегрисан у процес рада корисника рада, да је утицај корисника рада на обављени посао ограничен, те да не постоји економска зависност радника од овог уговорног односа. С друге стране, у скоро свим сценаријима рада преко дигиталне

одражава тачно у збиру ових уговорних фрагмената. Истовремено посматрање појединачних уговорних односа, без разматрања њихове испреpletене природе „слично је утврђивању природе платна гледањем само његових различито обојених нити вуне, без узимања у обзир обрасца плетења“.³⁶¹ С обзиром на широк спектар мултиентитетских сценарија запошљавања, овакав приступ регулисању радног односа и његових субјеката чини покривеност радног законодавства крхком, нејасном, некохерентном и лако за манипулацију. У циљу превазилажења „сталне и све веће контра-фактичности“³⁶² примењеног приступа, све већи број правних писаца предлаже померање фокуса са појма запосленог ка концепцији послодавца. Ову идеју први су изнели Paul Davies и Mark Freedland, иако у другом контексту, упозоравјући да „проблем није у билатералној концепцији радника, већ у унитарној концепцији послодавца“.³⁶³ У развоју овог правца размишљања истиче се да проблеми који произилазе из унитарне концепције послодавца, где је послодавац дефинисан као појединачна страна уговора о раду,³⁶⁴ могу на најбољи начин бити превазиђени пажљивим редефинисањем појма „послодавац“. Тако, Jeremias Prassl, један од најистакнутијих присталица овог идејног правца, сматра да у сврху доследне примене

платформе постојаће неки облик уговорног односа *између дигиталног радника и платформе*. У најмању руку, радници морају да се региструју и да преузму обавезу да ће платформе пружити тачне и ажуриране податке. Ако се сагласе да изврше задатак или посао објављен на платформи, примењују се услови рада платформе. Од радника, такође, може бити затражено да платформе дају повратне информације о кориснику рада. Сва додатна права и обавезе ојачаће аргументацију за њихову квалификацију као запослених. Региструјући се на платформи, дигитални радници саопштавају да су у начелу доступни за посао који се нуди путем те платформе. Иако не постоји општа обавеза прихватања било каквих задатака, системи репутације израђени на основу броја позитивних рејтинга ипак ће подстаћи дигиталне раднике да раде што више како би стекли и одржали позитивну оцену. Уговор између платформе и радника може бити квалификован као уговор о раду или уговор о делу, у зависности од примењених тестова у свакој земљи, интензитета утицаја који уговорни партнер има на извршени посао, као и од економске зависности и трајности уговорног аранжмана. Ако платформа служи само као посредник, пружајући инфраструктуру која омогућава правни однос између радника и корисника рада, она би могла бити квалификована само као служба за запошљавање или агенција за привремени рад. Међутим, недостатак интеграције у процес рада корисника рада, као и (наводни) недостатак управљачких овлашћења корисника рада често ће се користити као аргументација да ни он (корисник рада) у том случају не може бити квалификован као послодавац. Ако се, с друге стране, рад обавља за платформу, а не за корисника рада, тај правни однос би се, у принципу, могао сматрати радним односом. Да би то био случај, од суштинског је значаја да се посао обавља у односу који карактерише лична зависност или узајамност обавеза. На крају, последњи уговорни однос који се успоставља у модалитетима рада преко дигиталних платформи је однос *између корисника рада и платформе*. Ако постоје директни уговорни односи између корисника рада и радника, платформа ће пружити барем брокерске услуге. Поред тога, она може обављати и друге задатке као што су селекција радника, подела задатака на мање задатке, обрада плаћања, конципирање оквирног уговора или контрола квалитета рада. Видети више: J. Prassl, M. Risak, „UBER, TASKRABBIT, & CO: Platforms as employers? Rethinking the legal analysis of crowdwork“, 10-14.

³⁶¹ *Ibid.*, 15.

³⁶² P. Davies, M. Freedland, „The Complexities of the Employing Enterprise“, 274.

³⁶³ *Ibid.*, 273.

³⁶⁴ Jeremias Prassl, „The Notion of the Employer“, *Law Quarterly Review*, vol. 129, број 3/2013, 380.

радног законодавства концепција послодавца мора да пређе са тренутног, ригидно формалистичког приступа на флексибилну, *функционалну концепцију*.³⁶⁵ Конкретније речено, Prassl је понудио радну дефиницију, према којој би појам послодавца требало дефинисати као „субјект или комбинација субјеката који играју одлучујућу улогу у вршењу односних функција запошљавања и који су, као такви, уређени или контролисани у свакој одређеној области радног права“.³⁶⁶ У сврху разраде ове дефиниције, „функција“ послодавца се одређује као једно од различитих овлашћења послодавца из радног односа. Послодавчеве функције су ретко изричито законом одређене. Међутим, детаљнијом анализом законских текстова увиђа се да концепција послодавца имплицитно одражава дефиницију запосленог (или радника), што омогућава да се идентификација функција послодавца изврши на основу индикатора за утврђивање статуса запосленог.³⁶⁷ Тако је Prassl извојио пет основних функција послодавца, наглашавајући да је за квалификацију послодавца присуство или одсуство индикатора мање релевантно од анализе вршења наведених функција.³⁶⁸ Кључна одлика мултифункционалне концепције послодавца је чињеница да се послодавац више не дефинише искључиво као појединачни субјект који врши сва овлашћења (функције) послодавца, већ се послодавчева овлашћења могу поделити у различите групе, те их могу вршити различити субјекти. Функционални приступ, стога, у практичном смислу може довести до мноштва субјеката (послодаваца) који би могли имати одговорност за спровођење оног сегмента радног законодавства који је у вези са функцијом коју врше.³⁶⁹ У том смислу, ваља напоменути да су пословни модели одређених платформи, попут *Uber*-а, изненађујуће блиски традиционалној претпоставци да све функције послодавца извршава један субјект - платформа, коју би зато требало квалификовати као послодавца.³⁷⁰ Међутим, поред тога, код све већег броја платформи функције су подељене или их заједнички врши више субјеката – платформе, корисници рада, па чак и сами дигитални радници. Управо у оваквим случајевима, задатак функционалне

³⁶⁵ J. Prassl, *Towards a Functional Concept of the Employer*, 6.

³⁶⁶ J. Prassl, *The concept of the employer*, 155. Позивање на функционалну дефиницију послодавца није потпуно нов приступ проблемима који произилазе из мултилатералних радних аранжмана. Judy Fudge, примера ради, већ дуго примећује „потребу да се иде даље од уговора и корпоративних правних облика и усвоји функционални приступ приписивању радноправне одговорности у ситуацијама које укључују мултилатералне радне аранжмане у предузећима која врше запошљавање“. J. Fudge, „Fragmenting Work and Fragmenting Organizations: The Contract of Employment and the Scope of Labour Regulation“, 612.

³⁶⁷ J. Prassl, *Towards a Functional Concept of the Employer*, 4.

³⁶⁸ Видети: *supra*, фуснота 204.

³⁶⁹ J. Prassl, *The concept of the employer*, 155.

³⁷⁰ J. Prassl, M. Risak, „UBER, TASKRABBIT, & CO: Platforms as employers? Rethinking the legal analysis of crowdwork“, 22.

³⁷⁰ *Ibid.*, 15.

концепције послодавца је да утврди који субјекти могу имати статус послодавца. Детаљна анализа потенцијалних путева за операционализацију наведеног предлога превазилази предмет истраживања овог рада и свакако би се разликовала у различитим правним системима. Ипак, и на основу ове кратке анализе може се закључити да се плурална концепција послодавца може лакше носити са сложеностју која произилази из чињенице да постоји више субјеката у једном радном аранжману и више начина на који ови субјекти могу међусобно делити послодавчева овлашћења. Успешна идентификација послодавца за сваку групу овлашћења омогућила би суптилнији приступ ефикасном спровођењу радног законодавства. У широј перспективи посматрано, вреди напоменути да се овај, као и други слични предлози за редефинисање појма послодавца образлажу, пре свега, чињеницом да заштита радника више неће остати „везана“ за један правни субјект, као што је то било у прошлости.³⁷¹ Уместо тога, радноправна заштита биће базирана на подели ризика и трошкова рада између различитих субјеката који запошљавају. У том погледу, различити субјекти укључени у процес запошљавања, снажно интегрисани путем уговора или власништва над акцијама, могу се сматрати „унутрашњим тржиштима рада“³⁷² која повећавају и штите очекивања запослених о сигурности примања. Будући да је перспектива „унутрашњег тржишта рада“ данас срж радноправне заштите, интеракција између запосленог и више послодаваца може се сматрати шансом, а не ризиком. Ово посебно у варијанти коју је предложио Davidov, а која подразумева да су зависно од врсте обавезе, оба ентита (послодавца) која учествују у триангуларном односу солидарно или супсидијарно одговорна за обавезе и одговорности које за послодавца произилазе из радног односа.³⁷³ Ову варијанту су већ прихватила радна законодавства неких европских држава (попут Француске, Немачке и Шпаније), и то у погледу одређених радноправних института (примера ради подуговарања), али (за сада) у предметно ограниченом обиму (у погледу доприноса за социјално осигурање и безбедности и здравља на раду).

³⁷¹ P. Davies, M. Freedland, „The Complexities of the Employing Enterprise“, 275.

³⁷² Marzia Barbera, „Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto“ у: *La figura del datore di lavoro. Articolazioni e trasformazioni. Atti del convegno nazionale A.i.d.l.a.s.s.*, Catania, 21-23 maggio 2009, Giuffrè, Milano, 2010, 55. Наведено према: L. Corazza, O. Razzolini, *op. cit.*, 24.

³⁷³ Guy Davidov, „Joint Employer Status in Triangular Employment Relationships“, *British Journal of Industrial Relations*, vol 42, број 4/2004, 727-746.

II МОГУЋНОСТ ПРОМЕНЕ СУБЈЕКТА ИНДИВИДУАЛНОГ РАДНОГ ОДНОСА

1. ИНДИВИДУАЛНИ РАДНИ ОДНОС - ОПШТА РАЗМАТРАЊА

Све до почетка XX века, уговор о најму рада односно уговор о служби (а потом уговор о раду) је, у законодавству и теорији, представљао полазну тачку и основу у решавању односа између радника и послодавца, као и у проучавању појединих питања и института радног права.³⁷⁴ О појму радног односа и његовом разграничењу од уговора о најму рада (односно уговора о раду) правна доктрина почиње да говори тек након Првог светског рата. До тада је радни однос у потпуности поистовећиван са наведеним уговорима, и то не само суштински него и као термин.³⁷⁵ Објашњење за то свакако треба тражити у историјском развоју радног права и радног односа. „Индивидуални радни односи имају своју историју која сеже далеко у прошлост“,³⁷⁶ али се, ипак, као полазна тачка за анализу процеса којим су се појавни облици најамног рада „накалемили“ на традиционални римски концепт *locatio conductio* узима крај XVIII века. Овај период је обележило озакоњење индивидуалистичких принципа, пре свих чувених принципа слободе и једнакости. У новој, политички преконтруисаној атмосфери садржај слободе се почиње видети не као ограниченост дужностима већ правима других: слобода се састоји у томе да свако може „радити све што не штети другима“. ³⁷⁷ Реч је о слободи појединца која је у основи искључиво интересубјективно ограничена, без надређености било којег ентитета изван самог појединца. Управо је такво ограничење утемељење и потврда општег принципа индивидуалности, док је једнакост субјеката логична импликација немогућности ичије супрематије.³⁷⁸ Идеја о слободи и једнакости појединца подразумевала је апсолутну и неограничену слободу у свим областима људских активности, укључујући област рада, тако да је 4. августа 1789. године у Француској проглашена слобода рада.³⁷⁹ Ослобођени сељаци, који су рођењем били везивани за земљу, сада постају слободни у одлучивању о свом радном ангажовању, врсти и месту рада.³⁸⁰ Слобода рада је, отуда, била основни предуслов за

³⁷⁴ Александар Балтић, *Основи радног права Југославије*, Савремена администрација, Београд, 1963, 22.

³⁷⁵ Боривоје Шундерић, *Радни однос - теорија, норма, пракса*, Књижевно издавачка задруга „Култура“, Београд, 1990, 31.

³⁷⁶ *Ibid.*

³⁷⁷ Dalibor Šepulo, „Francuska revolucija i Deklaracija o pravima čovjeka i građanina 1789. godine: problemi političke demokracije“, *Časopis za suvremenu povijest*, vol. 21, број 1-3/1989, 172.

³⁷⁸ *Ibid.*

³⁷⁹ Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, 52-53.

³⁸⁰ Предраг Јовановић, *Радно право*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2015, 22.

појаву индивидуалних радних односа, којих нема без добровољности, тј. без слободе да се прихвати или не прихвати одређени посао.³⁸¹ Привредним и друштвеним односима младог, либералног капитализма било је потребно и корисно да се радни односи третирају (правно) као односи слободних и формално једнаких појединаца који сами бране своје интересе и преговорима утврђују садржај уговора о раду и све услове под којима ће се тај уговор примењивати.³⁸² У том идеолошком концепту усвојени су и први грађански законици, у којима је прихваћена уговорна (најамна) концепција радног односа. Ослањајући се на римске контракте *locatio conductio operarum* и *operis*, аутори француског Грађанског законика груписали су радне односе са другим врстама уговора (као подврсту уговора о најму), са циљем да се нагласи да су, заједно с њима, засновани на размени.³⁸³ Логику француског Грађанског законика следиле су многе, пре свега, европске земље (попут Португалије, Италије, Белгије, Луксембурга, Холандије, Србије и Црне Горе), али и земље Латинске Америке (примера ради Мексико), које су апсорбовале принципе либерализма и *laissez-faire* доктрине.³⁸⁴ Тако је рад (или у неким грађанским законицима радна снага), постао предмет уговорања (роба), и то предмет који је одвојен од личности радника и који има сопствену прометну вредност - цену. Чињеница да је уговор о најму рада био обухваћен општим појмом најма није искључила диференцирање најма рада од најма ствари, већ је, уместо тога, уговор о најму рада, заједно са уговором о закупу ствари и уговором о делу, регулисан као подврста најма.³⁸⁵ Радни однос се, стога, сводио искључиво на уговорни (најамни)

³⁸¹ Горан Обрадовић, *Начело слободе рада*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2006, 46.

³⁸² N. Tintiћ, *op. cit.*, 118.

³⁸³ Simon Deakin, *The Comparative Evolution of the Employment Relationship*, Working Paper No. 317, Centre for Business Research, University of Cambridge, Cambridge, 2005, 9.

³⁸⁴ Касније се, наравно, идеја уговора о (подређеном) раду, као самосталном институту, појавила у већини заосталих економија које нису биле умешане у Европску индустријску револуцију. Била је то већ 1952. година, када су неке афричке државе имале целовите правне прописе који регулишу уговор о раду, док су у Јужној Африци закони о односима господара и слугу измењени тек 1974. године. Видети више: Bruno Veneziani, „Formation, modification and termination of employment contracts“, у: Otto Kahn-Freund, Bob Hepple (eds), *International Encyclopedia of Comparative Law*, volume XV, Labour Law, Chapter 4, Mohr Siebeck, Tübingen, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2014, 6; Bruno Veneziani, „The Employment Relationship“, у: Bob Hepple, Bruno Veneziani (eds), *The Transformation of Labour Law in Europe - A Comparative Study of 15 Countries 1945-2004*, 2009, 102.

³⁸⁵ У другим државама, утицај римског права на уређивање радног односа између радника и послодавца испољавао се у очувању класичне облигационе концепције уговора о раду, али, без термилошког усклађивања (Ј. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, 61). Тако је терминологија коришћена у немачком Грађанском законнику (BGB) само површно слична терминологији која се користила у француском Грађанском законнику. Немачки Грађански законик је, ипак, означио значајан прекид са романским моделом *locatio* уговора. То није било само зато што је познавао две категорије уговора: уговор о служби (нем. *Dienstvertrag*) и уговор о делу (*Werkvertrag*), који су били смештени у два одвојеним свескама Законика, већ, још садржајније, уговор о служби је требало да оличи идеју о дужности бриге послодавца о запосленима (*Fürsorgepflicht*), као контрапункту дужности

однос који је потчињен принципима и нормама уговорног права, како у погледу избора уговорне стране, тако и у погледу одређивања садржине уговора. Последица оваквог законског регулисања било је изостављање појма личне подређености запослених у првим грађанским законцима. Стварност је, међутим, била прилично другачија, будући да су мање-више сви правни системи признавали моћ послодавца да издаје наређења, прописује правила која су имала обавезујућу снагу, као и да задржи радника у радном односу, све док није сматрао да је посао завршен.³⁸⁶ Идеја слободе уговарања у либералним друштвима скривала је, дакле, двосмисленост када су принципи и теоријске конструкције који су појам уговора подигли на статус догме примењивани на свет рада и индустријско друштво. Ова правна двосмисленост огледала се у чињеници да слобода уговарања може оправдати своју социјалну функцију у друштву једнаких, где роба, капитал и људи могу слободно да циркулишу и где се људи могу бавити слободно прихваћеним послом. Уговор, стога, није могао бити адекватан механизам за регулисање односа којима се имплицитно признаје надмоћ једне стране, а тиме и постојање неједнакости међу њима. Као основно средство размене робе, уговор није имао за циљ остваривање материјалне правде. Он је био израз владавине индивидуалстичких принципа, конкретно остварење човекове воље са којом се идентификовала материјална правда, па није одражавао стварност у свету рада и динамику друштвених промена које су се у међувремену десиле у Европи.³⁸⁷

лојалности (*Treuepflicht*) коју запослени дугују послодавцу. Такво законско уређење је одражавало утицај Гиркеа (*Gierke*) који је заговарао увођење у Законик принципа социјалне солидарности. На овај начин, нови закон о запошљавању прилагодио се појму предузећа као заједнице која запошљава. Истовремено, ваља нагласити да у BGB-у нема јасног разликовања између запослених и samozапослених: „у време израде BGB-а [...] разлика између запослења и услуга није била успостављена, па је појам „уговор о служби ... обухватио обе врсте уговора. То значи да у контексту члана 611 [BGB], *Dienstvertrag* односи и на уговор о услугама [...] и на уговор о раду“ (B. Veneziani, „The Evolution of the Contract of Employment“, 83). Савремени појам радног односа (нем. *Arbeitsverhältnis*) дошао је касније, као и у Француској, усвајањем заштитног законодавства и правним регулисањем колективног преговарања. S. Deakin, *The Comparative Evolution of the Employment Relationship*, 10.

³⁸⁶ S. Deakin, *The Comparative Evolution of the Employment Relationship*, 8. Иако је најамна концепција радног односа последица рецепције или посредног утицаја римског права на уређивање грађанскоправне материје, веза са концептима римског права била је слабија него што би се могло на први поглед чинити. Како с правом истиче Veneziani, појмови коришћени у француском Грађанском законнику били су „исти као и стари *locatio conductio* само у имену“ (B. Veneziani, „The Evolution of the Contract of Employment“, 32). Ово из разлога што је њихов циљ био да замене римско поимање *locatio conductio* (као облика рада који укључује подвргавање радника власти другог лица) либералном идејом формалноправне једнакости уговорних страна. S. Deakin, *The Comparative Evolution of the Employment Relationship*, 9.

³⁸⁷ Због тога ће Veneziani писати да се „[...] историја идеје „уговора о раду“ може посматрати као историја лажне тежње. Обећање слободе уговарања у радном односу никада није у потпуности остварено. Слободу радника на тржишту рада ометало је његово социјално стање - односно статус“ (B. Veneziani, „The Evolution of the Contract of Employment“, 70). Слично резонује и Friedmann, па, у овом контексту, закључује да „закон не сме седети скрштених руку и толерисати да уговор буде прикривени облик статуса“ (Wolfgang Friedmann, *Law in the changing society*, London, Stewens & Sons, 1971, 122.

Послодавци су, као економски јача страна, злоупотребљавали свој положај диктирајући неповољне услове рада и запошљавања, које су радници „силом егзистенцијалне нужде били принуђени да прихватају“.³⁸⁸ Тако је у пракси формална једнакост између радника и послодаваца врло брзо била нарушена и претворена у њихову изразиту неједнакост. У том смислу се, с правом, истиче да „класично уговорно право није могло да одговори на специфичне потребе у свету рада и да обезбеди заштиту личности, физичког интегритета и достојанства радника“.³⁸⁹ Социјална равнотежа међу странама које су социјално неједнаке, али се формално сматрају једнакима у име слободе уговарања, није била могућа без колективног преговарања између организованог рада и запослених, просвећене судске праксе и усвајања социјално оријентисаног законодавства којим би подручје слободе уговарања било ограничено, у циљу заштите запослених и спречавање злоупотребе послодавчеве власти. Први кораци интервенционизма државе учињени су у правцу ограничавања најизразитијих облика експлоатације економски слабије (уговорне) стране. Доношењем закона (почетком XIX века) о ограниченом радном времену, забрани дечјег рада, заштити безбедности и здравља на раду и заштити од несрећа на раду, предмет и садржина радног односа су почели да се обогаћују и попримају јавно-правна обележја.³⁹⁰ Тиме је иницирано и стварање радног права као посебне гране права, у чијем је средишту признање да строга грађанскоправна једнакост може довести до неприхватљивих ситуација када уговорне стране које размењују рад за надницу немају упоредиву преговарачку снагу.

Наведене промене у свету рада одразиле су се на акт заснивања радног односа, као и на перцепцију правне природе радног односа. То је подразумевало, најпре, критику најамне концепције радног односа (која полази од хипотезе да је радна снага роба),³⁹¹ а, затим, и напуштање уговора о најму рада у упоредном радном

Наведено према: György Kiss, „Transition of a Contract of Employment: from the *Locatio Conductio* to the *Relational Contract*“, *New Zealand Journal of Employment Relations*, vol. 43, број 3/ 2018, 79).

³⁸⁸ П. Јовановић, *op. cit.*, 36.

³⁸⁹ Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, 54.

³⁹⁰ П. Јовановић, *op. cit.*, 25-26.

³⁹¹ Француски цивилисти су оспоравали најамни (а не облигациони) карактер радног односа, сматрајући да није могуће (физички) одвојити радну снагу од личности радника, а потом је поистоветити са закупом ствари (Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, 63-66). Радници су људи, а не ствари и, као такви, заслужују да се према њима поступа с поштовањем, а не као са покретним стварима или робовима. У том смислу, констатује се да уговор који закључују послодавац и радник није као други уговори. Његова посебност произилази из чињенице да „када радник пристане да ради (за другог), мора сам себе препустити контроли другог“ (John Rogers Commons, John B. Andrews, *Principles of Labor Legislation*, 4th edition, Harper & Brothers, New York, 1967, 529). Ова посебност је, стога, морала бити изражена не само појмовно, већ и терминолошки због чега је предложено да предметни уговор има посебно име по којем ће се јасно разликовати од других уговора. Тако је термин „уговор о раду“ (фр. *contrat de travail*; енгл. *labour contract*) или „уговор о запослењу“ (фр. *contrat d'emploi*; енгл. *employment*)

законодавству у корист уговора о раду.³⁹² У првим деценијама прошлог века правни теоретичари, најпре у Немачкој, а потом и у другим земљама, подстакнути еволуцијом социјалног законодавства чија примена све мање зависи од уговора о раду, изложили су критици поставке уговорне концепције. Ово, пре свега, због њене тешкоће или немогућности објашњења порекла низа права и обавеза која запослени и послодавац имају, а која немају свој основ у вољи странака, већ извиру из јавноправних извора, односно из извора аутономног права, као и из (професионалних) обичаја.³⁹³ Осим тога, уговорној концепцији је доста приговарано и због тога што не успева да пружи задовољавајући одговор на питање основа тзв. нормативне и дисциплинске власти послодавца.³⁹⁴ Тако се, као реакција на уговорну, почетком XX века појављује институционална концепција радног односа, која радни однос анализира кроз призму

contract) први пут употребљен у законодавству европских држава, почетком XX века, када је, поред посебног имена, нови именовани уговор добио и своја посебна правила (Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, 326). У основи романске (уговорне) концепције уговора о раду био је појам „правне подређености“ који је подразумевао отворену дужност послушности у замену за прихватање низа социјалних ризика од стране послодавца (Simon Deakin, „Legal origin, juridical form and industrialization in historical perspective: the case of the employment contract and the joint-stock company“, *Socio-Economic Review*, број 1/2009, 47). И у немачкој правној доктрини најамна концепција радног односа је наишла на оштре критике, али из сасвим другачијих разлога и са другачијим последицама. У настојању да допринесу одговарајућој заштити личности радника, немачки аутори су довели у питање чисто имовинску природу уговора о раду, изношењем тезе да су имовинскоправни елементи радног односа од другоразредног значаја у односу на примарно неимовинско обележје радног односа - личноправне природе, које се огледа у узајамној обавези верности. Овакав приступ доноси једну сасвим нову концепцију, статусну концепцију уговора о раду. Инспирирани средњовековним уговором о верној служби, који је почивао на обавези радника (шерта/калфе) да верно служи послодавцу (мајстору) и обавези послодавца да се брижно стара о личности радника, творци ове концепције су конструисали поставку о слојеној правној природи уговора о раду, не одричући чињеницу да је уговор о раду акт заснивања радног односа, али сматрајући да се радни однос успоставља, пре свега, као личноправна, а не облигационоправна веза (Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, 17, 327). Под Гиркеовим (O. Gierke) утицајем радни однос је био оријентисан даље од облигационог права и одређиван као „правни однос личне припадности заједници рада“. Тако је, за разлику од француског приступа, немачки закон признао „личну подређеност“ радника у облику „фактичке припадности предузећу“. Alain Supiot, *Critique du droit du travail*, Paris, 1994, 18. Наведено према: S. Deakin, *The Comparative Evolution of the Employment Relationship*, 11.

³⁹² Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, 54. Погрешно би било претпоставити да постоји директна веза између уговора о најму рада (фр. *louage de services*) и уговора о раду (фр. *contrat de travail*). Иако су на постојање такве везе крајем XIX века указивали бројни аутори, ово је, чини се, била „мистификација“ предметног процеса: „(француски - М. Д.) радноправни писци убеђивали су сами себи, а онда и друге да је „најам рада“ категорија Грађанског законика која се од самог почетка примењивала на запошљавање радника“ (A. Cottureau, *op. cit.*, 203-216). То је чињено како би се закону пружио изглед континуитета у време када је концепција уговора о раду била још увек релативно нова. Ипак, јасно је да је уговор о раду релативно нова правна иновација, која је свој савремени облик добила тек средином XX века. Пре тог времена није постојала кохерентна „абечеда“ концепата који су систематски обједињавали различите облике најамног рада. Уместо тога, постојало је више уговорних облика - уговор о најму рада, уговор о служби - од којих је сваки оставио свој траг у појму уговора о раду какав данас познајемо. Идеја о посебности уговора о раду потекла је из доктрине, заједно са оповргавањем најамне концепције радног односа. S. Deakin, *The Comparative Evolution of the Employment Relationship*, 9-10, 32-33.

³⁹³ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, 14.

³⁹⁴ *Ibid.*

предузећа/институције, а не оптиком уговора.³⁹⁵ Већина присталица институционалне концепције сматра да се радни однос не рађа из уговора о раду, већ из саме чињенице припадности радника предузећу односно „заједници рада“. За њене најекстермније присталице, заступљене у немачкој теорији, прихватање ове тезе треба да значи и поставку да радни однос није уговорни однос.³⁹⁶

Идеја о „интересима предузећа“ као референтној тачки за међусобне обавезе послодавца и запосленог имала је шири одјек, јер је претходила успону ауторитарних режима и задржала значај након њиховог пада. Њен утицај је био нарочито јак у земљама европско-континенталног правног система (укључујући земље романског правног круга) у првој половини XX века, када се у одређеној мери преклапала са фашистичким идеологијама.³⁹⁷ За разлику од варијанте институционалне концепције која је била распрострањена у немачкој доктрини, француски представници институционалне концепције заговарају друге, мање радикалне варијанте. Они сматрају да чињеница интеграције у предузећу, односно ступање запосленог на рад, није довољна за настанак радног односа, већ је за то потребно да лице које тражи запослење и послодавац претходно закључе уговор о раду.³⁹⁸ На истим темељима, а као последица појаве вертикално интегрисаних и бирократски организованих предузећа током истог периода, настала је још једна варијанта институционалне концепције радног односа. Она не негира његову уговорну природу, али тврди да се у предузећу, поред уговорне везе између запосленог и послодавца, успоставља и једна посебна веза - „веза предузећа“, која постоји паралелно са уговорном везом.³⁹⁹

Независно од варијанте у којој су испољене, уговорна и институционална концепција радног односа су одувек делиле научну јавност у покушају да објасни природу радног односа. Њихове поставке, и данас, у једном делу правне доктрине уживају подршку, док су у другом изложене критици. Спор између уговорних и институционалних погледа на порекло и природу радног односа је укорењен у контрасту између романског либералног концепта *locatio conductio opererarum* и германског предлибералног концепта „статуса“ који се заснива на обавези личне верности. Резултат је настанак мешавине уговорних и статусних елемената која је од

³⁹⁵ Према овој концепцији, предузеће се разуме као једна институција, односно као хијерархијски организована заједница интереса свих оних који су у њу унели свој капитал и/или радну способност, због чега се назива комунитарном концепцијом предузећа. Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, 72-73.

³⁹⁶ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, 15.

³⁹⁷ S. Deakin, *The Comparative Evolution of the Employment Relationship*, 11.

³⁹⁸ Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, 74.

³⁹⁹ *Ibid.*

тада извор „структурне амбивалентности“⁴⁰⁰ у концептуалном оквиру европског радног права.⁴⁰¹ Међутим, и поред опште супростављености ставова представника две основне концепције радног односа, чини се, ипак, да би једно од решења за теоријску дебату о правној природи радног односа, могла бити њихова комбинација. То је, уосталом, идеја представника мешовите теорије - дводимензионалне концепције радног односа, која је посебно развијена у француској теорији радног права, као концепција о поливалентности уговора о раду.⁴⁰² Објашњење правне природе радног односа представници ове теорије виде у једној оригиналној синтези слободе (уговорни елементи), једнакости (радно законодавство-статус) и солидарности (социјални дијалог). На тај начин они трагају за равнотежом различитих (често супротних) интереса послодавца и запосленог и њиховом усклађивањем у институционалним облицима сарадње, попут савета запослених.⁴⁰³ Полазећи од наведеног, као и чињенице постојања различитих варијанти, бројних критика и оспоравања уговорне и институционалне концепције радног односа, мишљење смо да управо њихова комбинација може најбоље објаснити „структурну амбивалентност“ и сложену правну природу радног односа. Уговор о раду, барем када је реч о већинском решењу у савременом упоредном радном праву, представља правни основ заснивања радног односа у општем режиму радних односа.⁴⁰⁴ Његова се улога, међутим, тиме не исцрпљује. Поред акта заснивања радног односа, уговор о раду има и улогу инструмента за индивидуализацију (акт регулисања радног односа) и унапређење (законских) услова рада, будући да се њиме, у складу са начелом *in favorem laboratoris*, могу предвидети већа права и повољнији услови рада од оних предвиђених законом, подзаконским актима и колективним уговорима.⁴⁰⁵ То, наравно, не значи да се укупна садржина радног односа може свести на уговорне елементе. Уговор о раду апсорбује статус запосленог на који запослени својом вољом не може да утиче, пошто је детерминисан јавноправним нормама радног законодавства. Како лепо закључује

⁴⁰⁰ A. Supiot, *Critique du droit du travail*, 19.

⁴⁰¹ S. Deakin, *The Comparative Evolution of the Employment Relationship*, 11.

⁴⁰² Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, 18.

⁴⁰³ *Ibid.*

⁴⁰⁴ Уговором о раду се успоставља радни однос, са одређеним правима, обавезама и одговорностима. Да би се они, међутим, активирали, поред постојања валидног правног основа, потребно је да кандидат ступи на рад, пошто се дан потписивања уговора и дан ступања на рад не морају увек подударати. Зоран Ивошевић, Милан Ивошевић, *Коментар Закона о раду*, ЈП „Службени гласник“, Београд, 2016, 95, 105-106.

⁴⁰⁵ Као акт уређивања радног односа, уговор о раду има нормативно дејство, јер одређује садржину права, обавеза и одговорности запосленог и послодавца. Тим уговором се уређивање радних односа спушта на елементарни ниво - изнад су аутономни извори (колективни уговори о раду и/или правилник о раду) и закони усклађени са међународним конвенцијама. З. Ивошевић, М. Ивошевић, *op. cit.*, 95.

Живковић, између радника и послодавца се заснива облигациона веза, али уговор о раду није чисто приватноправни уговор, нити се ограничава на заснивање чисто облигационог, имовинског односа, нити се, најзад, заснива између једнаких уговорних страна. Напротив, „он је један сасвим особен уговор, који је сав „диригован“ од стране законодавца (државе), који осим тога заснива одређене везе личне, неимовинске, необлигационе природе [...]“.⁴⁰⁶ Дакле, радни однос „представља једно правно стање или ситуацију која обухвата у себи низ сложених и различитих појединачних правних односа, права и обавеза, док је уговор о раду правни инструмент за заснивање и улажење у ово стање односно ситуацију“.⁴⁰⁷ Уосталом, чињеница да је облигационоправно начело равноправности уговорних страна у основи неутрално са становишта хуманости, била је и разлог за интервенцију државе „обележену као уношење јавноправних обележја у радно право“.⁴⁰⁸ Пошто инструменти уговорног права нису били довољни да гарантују разумно помирење интереса уговорних страна, држава је интервенисала у радни однос, утврђивањем минималног прага права (запослених) испод којег се не може преговарати. Томе треба додати и улогу синдиката у колективним преговорању, као и појаву колективних уговора о раду. Тако се радно право постепено развијало као самостална грана права, градећи сопствена начела и сопствене правне институте. Међутим, у свом издвајању од облигационог права, радно право је, ма колико се самостално развијало, задржало тесну везу са њим, првенствено услед значаја уговорних елемената у радном праву - уговор о раду и колективни уговор о раду представљају класичне институте радног права, на чије се закључивање, важење, раскид, уговорну одговорност и сл. примењују општа правила облигационог права, ма колико модификована услед посебних циљева и начела радног права.⁴⁰⁹ То је и разлог што ћемо анализу могућности промене субјеката индивидуалног радног односа отпочети управо анализом могућности промене субјеката уговорног (облигационог)

⁴⁰⁶ Радомир Живковић, *Проблем правне природе уговора о раду у светлости идеје историје и савременог друштвеног и привредног поретка*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 1940, 298.

⁴⁰⁷ Александар Балтић, „Фактички радни однос“, *Социјална политика*, број 10/55, 6.

⁴⁰⁸ N. Tintić, *op. cit.*, 39.

⁴⁰⁹ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, 259. Да је на питање „колико је закон којим се уређује индивидуални радни однос примена општих принципа уговорног права, а колико је засебан и различит корпус правних правила“ тешко одговорити, указивали су, крајем прошлог века, Нерпле и О'Хиггинс. Према њиховом виђењу, ова тешкоћа потиче из најмање два разлога: с једне стране, концепција уговора о раду је од суштинског значаја за формирање правно ваљаног радног односа, а с друге стране, постоји низ посебних правила хетерономног права која се примењују само на уговор о раду (или на класу уговора који укључују подразумевану дужност сарадње, којој припада уговор о раду), посебно у погледу раскида уговора. Поред тога, како истичу, постоје многа законска права и дужности којима се уређује радни однос, од којих се само нека могу уклопити у „уговорну анализу“. В. А. Нерпле, Paul O'Higgins, *Employment Law*, London, 1976, 50.

односа, полазећи од претпоставке да је институт промене послодавца настао одговарајућим сажимањем правила радног, облигационог и компанијског права, те да, стога, облигационоправна правила могу бити од значајне користи за његово боље разумевање.

2. УОПШТЕ О ПРОМЕНИ СУБЈЕКТА УГОВОРНОГ ОДНОСА

Уговорни однос је правна веза личног карактера, јер постоји између одређених лица: дужника и повериоца.⁴¹⁰ Ова лица својом слободном вољом стварају правну норму која их обавезује на одређено међусобно понашање. Та је норма резултат њихове обостране сагласности и за њих има снагу закона.⁴¹¹ Стабилност уговорног права је, стога, веома важна јер уколико би се садржина уговора или уговорне стране могли слободно мењати, онда саме уговорне стране, као ни било које треће лице, не би били у могућности да предвиде која су њихова (будућа) права и обавезе.⁴¹² Закони, зато, пружају заштиту уговорним странама прописивањем одговорности за неиспуњење или задоцнело испуњење уговорних обавеза. Међутим, након склапања уговора, (пословне) потребе уговорних страна могу се променити, заједно са околностима под којима је уговор закључен, па нека од страна може пожелети да ликвидира своја будућа права и обавезе по основу уговора или може пронаћи треће лице које је вољно да их (уместо ње) извршава. С обзиром на то, наметнуло се питање да ли је могућа промена субјекта уговорног односа. Другим речима, да ли се права и обавезе који они имају могу одвојити од њихове личности и прећи на другог?⁴¹³ На то питање правници нису одувек исто одговарали. У доба римског права, владало је схватање да је облигација однос чисто личног карактера, који је неодвојиво везан за одређена лица, тако да је било незамисливо да на место једне уговорне стране ступи неко друго лице. Таква промена је, начелно, била недопустива.⁴¹⁴ Међутим, потребе све развијенијег промета довеле су до тога да се ефекат који се постиже променом повериоца у једном облигационом

⁴¹⁰ Ј. Радишић, *op. cit.*, 374.

⁴¹¹ *Ibid.*, 73.

⁴¹² Lingyun Gao, „Flexibility in Assignment of Contractual Rights: Assignment of Account Receivables“, у: Soili Nystén-Naarala, Thomas D. Barton, Kujala Jaakko (eds), *Flexibility in Contracting, A Special Issue of the Lapland Law Review*, број 2/2015, University of Lapland, Faculty of Law, Rovaniemi, 227.

⁴¹³ Ј. Радишић, *op. cit.*, 374.

⁴¹⁴ Маријан Horvat, *Римско право*, Школска књига, Загреб, 1997, 237; Лазар Марковић, *Облигационо право*, Службени лист СРЈ, Београд, 1997, 332-333; Живомир Ђорђевић, Владан Станковић, *Облигационо право*, Општи део, Савремена администрација, Београд, 1980, 520; *Правни лексикон*, друго измењено и допуњено издање, главни редактор Борислав Благојевић, Савремена администрација, Београд, 1979, 128.

односу још у римском праву почео остваривати заобилазним путем.⁴¹⁵ За пренос потраживања међу живима у римском праву је коришћена установа новације, а доцније установа мандата (*mandatum agendi*),⁴¹⁶ док је уступање потраживања на основу уговора којим се не врши промена саме облигације била допуштена много касније, тек у средњовековном праву.⁴¹⁷

У савременом праву, за разлику од старијих правних система, може доћи до промене субјеката у облигацији. Генусни појам *промене субјеката у облигацији* обухвата промену личности на дужничкој, пасивној страни и промену личности на поверилачкој, активној страни, уз очување идентитета тог односа.⁴¹⁸ До наведене промене може доћи на основу закона, судске одлуке, једностране изјаве воље или уговора заинтересованих страна. С обзиром на начело слободе уговарања, лако је разумети да овај последњи основ пружа најшире могућности разноврсних промена субјеката. То може бити цесија (уступање потраживања), преузимање дуга, персонална суброгација у ужем смислу (исплата са суброгацијом) и у извесном смислу асигнација.⁴¹⁹ Прихватање могућности промене субјеката у облигацији уопште, а посебно остварење тог резултата на основу уговора заинтересованих страна, представљало је важан корак на путу до става да се, не само субјект у облигацији, него и *уговорна страна у облигационом односу* може променити.⁴²⁰ Преломну тачку у овоме развоју представљало је напуштање римског схватања облигационоправног односа искључиво као строго личне правне везе. Пошло се, наиме, од тога да, поред субјеката, облигационоправни однос има и своју објективну садржину која се, с обзиром на то да постоји независно од субјеката, може одвојити од њих.⁴²¹ У друштвима у којима је промет релативно слободан, људи су брзо препознали сопствени економски интерес да једну такву вредност ставе у промет, односно да је прибаве или да њоме располажу. У таквим условима схватање о дужничко-поверилачком односу као строго личној вези је постало сметња, јер онемогућава располагање облигацијом као имовинском

⁴¹⁵ Ђорђе Николић, „Уступање потраживања (цесија)“, *Право – теорија и пракса*, број 12/1998, 35.

⁴¹⁶ Детаљније о томе: Драгомир Стојчевић, *Римско приватно право*, Савремена администрација, Београд, 1988, 209.

⁴¹⁷ Ђорђе Николић, „Вишеструко уступање потраживања“, *Правни живот*, број 10/1998, 867.

⁴¹⁸ Када се пође од овога, може се казати да промена субјеката представља антитезу новације, барем када је реч о српском праву. Наиме, новација подразумева континуитет у погледу субјеката и дисконтинуитет у погледу идентитета облигације (предмета или основа облигације), док промена субјеката обезбеђује континуитет у погледу идентитета облигације и дисконтинуитет у погледу личности повериоца или дужника у очуваној облигацији. Видети више: Марија Караникић Мирић, *Промена дужника*, ЈП „Службени гласник“, Београд, 2017, 15-16.

⁴¹⁹ *Ibid*; Ј. Радишић, *op. cit.*, 374; М. Караникић Мирић, *op. cit.*, 24.

⁴²⁰ Владан Станковић, „Уступање уговора“, *Правни живот*, број 12/1973, 16.

⁴²¹ Ivo Grbin, „Ustupanje potraživanja ugovorom (cesija)“, *Privreda i pravo*, Zagreb, broj 11-12/1989, 712.

вредношћу.⁴²² Стога данашња правна теорија и пракса стоје на становишту да се права и обавезе субјеката облигационог односа могу одвојити од њихове личности. Тачније, субјекти облигационог односа могу бити замењени другим лицима, а да сам однос у свему осталом остане исти.⁴²³

Као и у случају промене повериоца, односно дужника у облигацији, до промене субјеката у облигационом односу, такође, може доћи на основу закона, судске одлуке и уговора. Пренос уговора на основу закона се догађа у случају смрти једног субјекта облигационог односа када на његово место ступају његови наследници, као и у другим случајевима универзалне сукцесије, попут статусних промена правних лица (припајања једног правног лица другом, спајања више правних лица у једно или деобе једног правног лица у више посебних) или конфискације целокупне имовине.⁴²⁴ Судска одлука је основ промене субјеката облигационог односа у случају, примера ради, деобе заједничке имовине или санеследства, као и у поступку принудног извршења када суд потраживање које извршни дужник има према неком трећем лицу уступи извршном повериоцу.⁴²⁵ И, најзад, до промене субјеката у облигационом односу може доћи на основу уговора заинтересованих страна, увек када постоји њихова сагласна изјава воља. У том случају се говори о уступању уговора. Иако промене личности уговорних страна на основу закона или судске одлуке могу довести до преузимања права и обавеза из уговора од стране неког трећег лица, такве промене представљају посебне правне институте који се разликују од уступања уговора не само према начину настанка и условима који су неопходни да би се промена остварила, већ и према њиховом дејству.⁴²⁶

⁴²² М. Караникић Мирић, *op. cit.*, 16.

⁴²³ У оним правним системима у којима је начелно прихваћено схватање о строго личном карактеру дужничко-поверилачког односа, чине се покушаји да се правни ефекти промене субјеката у облигацији (облигационом односу) постигну заобилазним путем, употребом неких других правних механизма. Такав је случај био у римском праву, а међу модерним правним системима, француска правна доктрина традиционално (начелно) одбија идеју о преносивости дугова, али допушта да се сличне правне последице постигну заобилазним путем (примера ради делегацијом и субјективном новацијом). Међутим, француски Грађански законик је 2016. године (после сложене теоријске расправе која је трајала дуже од века и упорних тврдњи да је концептуално немогуће да дође до промене дужника тако да облигација задржи идентитет) претрпео значајне измене и допуне у материји облигационог права, укључујући увођење сасвим нових одредаба о питањима о којима је изворно ћутао, попут промене дужника и уступања уговора. Видети више: М. Караникић Мирић, *op. cit.*, 17-18, 109-112.

⁴²⁴ Радмила Ковачевић Куштримовић, Мирослав Лазић, *Увод у грађанско право*, ГИП Пунта, Ниш, 2008, 203.

⁴²⁵ В. Станковић, *op. cit.*, 16.

⁴²⁶ Ђорђе Николић, „Уступање уговора“, *Судска пракса*, број 11/1991, 74. Зато, према ставу појединих аутора, када основ промене није уговор, не треба користити термин уступање уговора, већ просто говорити о промени уговорне стране уз навођење основа. Видети: В. Станковић, *op. cit.*, 17.

2.1. Промена уговорне стране на основу уговора – уступање уговора

Уступање целине, скупа свих права и обавеза које један од уговорника има у датом уговору, назива се уступањем уговора (енгл. *assignment of contracts, transfer of contracts*, фр. *la cession de contrat*, итал. *della cessione del contratto*).⁴²⁷ Уступање уговора подразумева да се уговорни положај једне од уговорних страна пренесе на трећу страну, у целини и непромењен, тако да првобитна уговорна страна у потпуности буде ослобођена одговорности по основу оригиналног уговора.⁴²⁸ Појам „устапање уговора“ створила је савремена правна доктрина.⁴²⁹ За разлику од уступања потраживања, које је генерално признато, уступање уговора се сусрело са истим препрекама као и преузимање дуга. Када је нови дужник наметнут повериоцу, овај други не стиче гаранције у погледу дужникове солвентности за извршење обавезе. Да би се избегла повреда повериоачеве слободе уговарања, промена дужника је могућа само ако поверилац на то пристане. Сходно томе, за уступање уговорног положаја, као интегрисаног скупа права и обавеза, потребан је пристанак друге уговорне стране.⁴³⁰ Посебност уступања уговора у поређењу са другим расположивим врстама преноса је управо у чињеници да се не преноси само право (потраживање) као део имовинске

⁴²⁷ Марија Вучковић, *Облигационо право*, Савремена администрација, Београд, 1989, 203. У упоредноправним истраживањима одређених правних института, терминологија је готово увек проблем. Расправе које су се водиле у Риму 16. и 19. марта 1998. године, поводом „устапања уговорних права и дужности“, као једној од тема предложених за додатно поглавље у проширеном другом издању UNIDROIT принципа међународних трговинских уговора, јасно су показале да је то посебно случај у вези са „устапањем уговорних права и дужности“. Од самог почетка радног састанка, водила се дискусија о релативним значењима термина „устапање“ (енгл. *assignment*) и „пренос“ (енгл. *transfer*). Поред тога, увидело се да постоје разлике у коришћењу израза „устапање уговорних обавеза“ (енгл. *assignment of contractual duties*) у земљама *common law* правног система. Најзад, неке референце које су упућивале на концепте „делегације“ (енгл. *delegation*) и „новације“ (енгл. *novation*) показале су да такви концепти, пореклом из римског права, не морају нужно имати иста значења у различитим савременим правним системима. Да би се избегла забуна и неспоразуми, предложена је употреба термина „устапање уговора“, уз препоруку да се - кад год се врши поређење са сличним институтима који припадају европско-континенталном или англосаксонском правном систему - стави одговарајућа назнака (примера ради да се не говори о „делегацији“ као универзално јединственом појму, већ да се упути на „делегацију према америчком закону“). Термин „пренос уговора“ би се, према њиховом предлогу, могао користити као генусни појам за више операција од којих се свака може постићи посредством неколико института у различитим правним системима. Marcel Fontaine, *Assignment of Contractual Rights and Duties*, Working Group for the Preparation of Principles of International Commercial Contracts, International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), Rome, 1999, 1.

⁴²⁸ Valerie Withofs, *Transfer of Contracts*, Presented at the Programme in European Private Law for Postgraduates, Wrocław, 2014, 3.

⁴²⁹ Jacques Flour et al., *Les obligations. 3, le rapport d'obligatio*, 3e édition, Armand Colin, Paris, 2004, 269. Наведено према: Ђуро Ђурић, „Десија уговора у нацртима реформе облигационог права у Европи“, *Право и правда*, број 1-4/2017, 37.

⁴³⁰ V. Withofs, *op. cit.*, 3.

целине или само обавезе (дуг), већ истовремено и једно и друго.⁴³¹ Са наступањем последица уступања уговора, првобитна уговорна страна губи положај уговорне стране, а треће лице заузима њено место у целини.⁴³² Сва европска права данас познају уговорно уступање уговора, било као тространи споразум, било као уговор између старог и новог уговорника.⁴³³ Притом, у неким правним системима уступање уговора представља самосталну правну установу регулисану законом којом се постиже уговорена универзална сукцесија, док се у другима правни ефекти уступања уговора постижу помоћу других правних института, најчешће субјективном новацијом.⁴³⁴

⁴³¹ Правна литература, заснована на ставовима немачких научника, познаје две теорије уступања уговора. Према теорији разлагања (нем. *Zerlegungstheorie*), уступање уговора не мора бити посебан правни институт јер уговор представља збир узајамних права и обавеза, па се правни положај уговорне стране може пренети на другога низом индивидуалних преноса свих права и обавеза из уговора: довољна су правила о уступању потраживања и преузимању дуга. Према теорији јединства (нем. *Einheitstheorie*), која је доминантна од двадестих година XX века, уговорни положај је интегрисани институт, а не збир права и обавеза. Стога је за његово уступање потребна одвојена правна радња јер уступање потраживања значи пренос потраживања, али не и пренос уговорних права у целини, док се преузимањем дуга преносе одређени дугови, а не све уговорне обавезе. Према томе, потраживања и дугови се могу пренети уступањем потраживања и преузимањем дуга, али је за пренос скупа свих уговорних права и обавеза потребан нови правни акт (*uno actu*) – уговор о универзалној сукцесији у сва уговорна права и обавезе једне уговорне стране. Gyöngyi Késár-Mészáros, „The transfer of contract“, *Cultural Relations Quarterly Review*, vol. 1, број 3/2014, 8-9.

⁴³² Miha Juhart, „Prenos pogodbe“, *Pravnik*, vol. 58, број 6-8/2003, 391.

⁴³³ За разлику од већине европских правних система у којима се уговорни положај уступа уговором између једне уговорне стране и трећег лица, на који сагласност даје друга уговорна страна (унапред, за време или након закључења уговора), у мађарском праву је уступање уговора трилатерални споразум који закључују страна која излази из уговора, страна која остаје у уговору и страна која улази у уговор. András Kisfaludi, „Transfer of Property, Claims, Rights and Contracts in the New Hungarian Civil Code“, *ELTE Law Journal*, vol. 2 број 2/2014, 118.

⁴³⁴ Marcus Baum, „Transfer of Contract“, у: Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt, Reinhard Zimmermann (eds), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Oxford, 2012, 1670. Тако, у земљама *common law* правног система не постоје посебна правила о уступању уговора, већ се проблеми који у вези с тим настају решавају комбиновањем одговарајућих правила о уступању потраживања и преузимању дуга (M. Fontaine, *op. cit.*, 13). С друге стране, у земљама европско-континенталне правне традиције ситуација је доста разноврснија. Тако је, примера ради, у *холандском* (Burgerlijk Wetboek, Boek 6, Art. 159), *италијанском* (Codice Civile, Art. 1406-1410), *португалском* (Código Civil Português, Art. 424-427), *словеначком* (Obligacijski zakonik, Uradni list RS, št. Uradni list RS, št. 97/07 – uradno prečišćeno besedilo, 64/16 – odl. US in 20/18 – OROZ631, člen 122-124), *српском* (Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 - Уставна повеља и *Службени гласник РС*, бр. 18/2020 – даље у фуснотама ЗОО, члан 145-147), а од недавно и у *мађарском* (2013. évi V. törvény a Polgári Törvénykönyvről, 6:208-211) и *турском праву* (Türk Borçlar Kanunu No. 6098, 11.01.2011, Madde 205-206) уступање уговора самосталан правни институт регулисан закон(ик)ом. Супротно томе, у Белгији не постоји уступање уговора као самостална правна установа, јер се белгијски Касациони суд и даље држи римског принципа личног карактера дугова. Чак и уз сагласност друге стране, не би се радило о преузимању дуга, већ о новацији. Непреносивост дугова, стога, доводи до непреносивости уговора. Без обзира на то, законско уступање уговора је дозвољено у бројним случајевима, због чега се у теорији поставило питање зашто је уступање уговора могуће у овим ситуацијама, али не и у другима, а камоли као опште правило (V. Withofs, *op. cit.*, 4). Француско право се, као и белгијско, дуго борило са непреносивошћу дугова. Међутим, 2016. године француски Грађански законик је претрпео значајне измене, укључујући увођење сасвим нових одредаба о уступању уговора као самосталној правној установи (Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Journal Officiel de la République Française, n°0035 du 11 février 2016, Art. 1216). Остаје да се види на који начин ће француски судови и правна теорија разумети новоуведена правила, како ће се она примењивати, те какве ће бити

Главна разлика је што се у првом случају закључује уговор којим се уступају сва права и обавезе из неког уговора, тако да се уговорна страна мења, а уговор остаје исти. У другом случају, један уговор престаје да би се закључио нови који се од претходног разликује по личности једног од уговорника.⁴³⁵

У условима развијеног правног промета, убрзаног режима живота и сталних промена у свим областима, уступање уговора има неспоран практични значај, јер омогућује субјектима облигационих односа да се једноставно и брзо прилагођавају новонасталим околностима.⁴³⁶ Посебно је важно уступање уговора с трајним вршењем престација (зајам, закуп, уговор о раду), те могућност да се уступањем уговора спроведу статусне промене у компанијском праву.⁴³⁷ Тако се, примера ради, уступањем уговора омогућује једном уговорнику да изађе из неког посла, како би тиме ослободио своје капацитете за предузимање других, уноснијих послова, да би променио структуру свог пословања или обим и врсту делатности којом се бави. И уопште, читав низ веома различитих побуда, па међу њима и чисто спекулативних, могу мотивисати неког уговорника на уступање уговора.⁴³⁸ Имајући у виду наведено, изненађује да велики број европских грађанских законика не садржи изричита правила о уступању уговора, док су је поједини законици тек недавно увели у свој текст (примера ради турски, мађарски и француски Грађански законик). Ни правна наука није показала готово никакво интересовање за ову установу. Упркос наведеном, ова установа живи у пракси јер начело слободе уговарања пружа довољно широке оквире за њену примену.⁴³⁹

Од већег броја питања која се могу поставити у вези са елементима овог уговора, као и условима за његово закључење, задржаћемо се на предмету уговора и на престанку друге уговорне стране, али и на правном дејству, као питањима која, по свом значају за главни предмет истраживања овог рада, то највише заслужују.

последиче коначног, бојажљивог прихватања идеје о заменивости личности која дугује (М. Караникић Мирић, *op. cit.*, 17-18).

⁴³⁵ М. Ваум, *op. cit.*, 1670.

⁴³⁶ Ђ. Николић, „Уступање уговора“, 74.

⁴³⁷ М. Ваум, *op. cit.*, 1670.

⁴³⁸ Борислав Благојевић, Врлета Круљ, *Коментар Закона о облигационим односима*, I, друго издање, Савремена администрација, Београд, 1983, 386; Boris Vizner, *Коментар Закона о обвезним (obligacionim) односима*, књига I, Ријеčka тiskara, Zagreb, 1978, 592; В. Станковић, *op. cit.*, 17-18; Ђ. Николић, „Уступање уговора“, 74.

⁴³⁹ В. Станковић, *op. cit.*, 18. Како је истакао Gyula Eörsi, мађарски правни писац, начело слободе уговарања значи да „свако може склопити уговор са било ким, било када, то може бити било која врста уговора и уговорни партнери су слободни - осим у случају неких законских ограничења - да утврде његове елементе“. Наведено према: G. Késmárki-Mészáros, *op. cit.*, 8.

2.1.1. Предмет

Уговор којим се постиже промена једне уговорне стране у обострано обавезујућем уговору има за предмет уступање уговора пријемнику.⁴⁴⁰ То не значи, наравно, да је предмет уговора о уступању уговора сам уговор у смислу одређене правне чињенице на основу које настају одређене правне последице, будући да правне чињенице не могу бити објект преноса са једног лица на друго.⁴⁴¹ Под предметом уговора о уступању уговора подразумева се *уступиочев правни положај* (уговорни статус) који првенствено обухвата права и обавезе које он има према другој уговорној страни на темељу уговора који се уступа, затим права и обавезе која му у вези тог уговора припадају по самом закону (као што је, примера ради, његово право у погледу начина, места и времена испуњења) и тзв. потестативна права (или правне моћи) која му, такође, припадају по закону у вези неке постојеће правне ситуације (као што је, примера ради, право захтевати поништење уговора због недостатка воље на страни суконтрахента или раскид уговора због неизвршења).⁴⁴² Притом, предмет уговора о уступању уговора не може бити уговорни статус из било које врсте уговоре, већ само из неког обострано обавезујућег (тзв. синалагматичког) уговора, у којем обе уговорне стране имају истовремено једна према другој и права и обавезе. Ово ограничење произилази из природе ствари јер, у случају једнострано обавезујућег уговора, обавеза настаје само за једну уговорну страну, док друга, на основу уговора, има само права.⁴⁴³ Поред наведеног, предмет уговора о уступању уговора мора да испуни још два услова: прво, да обавезе из уступљеног уговора до тренутка уступања нису извршене; и друго, да је у питању уговор који није закључен с обзиром на лична својства уговорних страна, као и да странке својим споразумом нису искључиле могућност његовог уступања.⁴⁴⁴

⁴⁴⁰ В. Станковић, *op. cit.*, 18.

⁴⁴¹ Слободан Перовић, *Коментар Закона о облигационим односима*, књига прва, Савремена администрација, Београд, 1995, 289.

⁴⁴² В. Vizner, *op. cit.*, 590-591.

⁴⁴³ На наведени закључак упућује и чињеница да су одредбе грађанских законика којима се регулише уступање уговора врло често смештене у одељак којима се одређују специфичности двостраних уговора, па се и на основу тога може закључити да се институт уступања уговора може користити само за такве уговоре. М. Јућарт, *op. cit.*, 390.

⁴⁴⁴ В. Станковић, *op. cit.*, 21; С. Перовић, *op. cit.*, 290; Ђ. Николић, „Уступање уговора“, 75. Основно правило уступања је да се права везана за личност првобитног титулара не могу уступати. Личне облигације су најчешће везане за лично поступање једне или обе стране и не могу се од њих одвојити (Л. Марковић, *op. cit.*, 51). Притом, облигације могу бити личне по природи ствари (као што је право издржавања) или им тако својство може бити одређено уговором или прописано законом (Илија Бабић, „Појам и правна природа законског издржавања“, *Годишњак факултета правних наука*, број 7/2017, 46).

2.1.2. Пристанак друге уговорне стране

Поред испуњења услова који се тичу предмета уговора о уступању уговора, да би тај уговор довео до промене једне уговорне стране у неком обострано обавезујућем уговору, потребно је да друга уговорна страна да свој пристанак на уступање.⁴⁴⁵ Пристанак се тражи због тога што се уступање уговора тиче и друге уговорне стране којој, с обзиром да пријемник постаје не само нови поверилац, већ и дужник, није свеједно какве су његове имовинске прилике, лични и други квалитети.⁴⁴⁶ У расположивој литератури нема сагласности о природи овог пристанка. Тако, према једном схватању, пристанак друге уговорне стране на уступање уговора нема конститутивно дејство, те уговор између уступиоца и пријемника о уступању уговора производи жељена правна дејства и без њега.⁴⁴⁷ Према заступницима овог мишљења, немогуће је одрећи да уговор о уступању уговора производи одговарајућа правна дејства између уступиоца и пријемника, без обзира на реаговање друге уговорне стране. Овај уговор чак, према њиховом мишљењу, делује и према другој уговорној страни из уступљеног уговора у мери у којој не отежава њен положај у уступљеном уговору.⁴⁴⁸ Ипак, допуштеност таквог закључка, присталице овог мишљења доводе у зависност од резултата тумачења воље страна које закључују споразуме. Уколико су оне хтеле да остваре „потпуно уступање уговора“, односно уколико је њихова намера била да се уступилац у потпуности ослободи свих обавеза према другој уговорној страни на основу уступљеног уговора, онда изнети закључак не важи. Обрнуто, ако је намера уговорних страна била да остваре тзв. „непотпуно уступање“, односно да упркос њиховом уговору уступилац и даље дугује другој уговорној страни испуњење обавеза из

Међутим, постоји став да би већу уступљивост требало подстицати укидањем правила о личним облигацијама и омогућавањем њиховог уступања уколико не постоји добар објективан разлог за одбијање уступања. Према овом ставу, уступање је дозвољено ако уступилац има од њега користи, а дужнику не представља стварну штету. Тиме се брише граница између правила о личним облигацијама и одвојеног правила да дужник неће бити у горем положају због уступања. Видети више: Gregory Tolhurst, „Assignment of contractual rights: The apparent reformulation of the personal rights rule“, *Legal Studies Research Paper*, број 07/31, 2007, 1-23.

⁴⁴⁵ Ово правило, наравно, не важи у правним системима, попут мађарског, у којима се уступање уговора врши тространим споразумом.

⁴⁴⁶ Ђ. Николић, „Уступање уговора“, 75-76.

⁴⁴⁷ О наведеном схватању детаљније: В. Станковић, *op. cit.*, 22.

⁴⁴⁸ *Ibid.* Главна идеја уступања уговора се, према мишљењу ових теоретичара, не односи на ослобођење уступиоца, већ на наставак старог уговорног односа. Ослобођење је спољна операција у односу на уступање уговора, па друга уговорна страна интервенише да би одобрила ослобођење уступиоца његове обавезе. У недостатку њене сагласности, уговор о уступању уговора је пуноважан, али уступилац остаје дужник у својству гаранта према другој уговорној страни и према пријемнику. Тада се ради о „интерном“ уступању, чија ефикасност не зависи од пристанка друге уговорне стране. Ђ. Ђурђић, *op. cit.*, 43.

уступљеног уговора, онда нема сметњи да се претходни закључак прихвати.⁴⁴⁹ Из наведеног произилази да је, према мишљењу ове групе теоретичара, пристанак друге уговорне стране потребан једино да би се уступилац ослободио обавеза према другој уговорној страни, док је само уступање пуноважно и без њеног пристанка. Супростављајући се оваквом ставу, присталице другог схватања истичу принцип релативности облигационоправних уговора, према којем „што двојица углаве трећега не веже“.⁴⁵⁰ Наиме, уколико на основу уговора уступиоца и пријемника, који је пуноважан и без пристанка друге уговорне стране, она стиче право да захтева испуњење уговорне обавезе од пријемника, то значи да тај уговор дејствује и према њој. Осим тога, ако уступилац и пријемник хоће да постигну „непотпуно уступање“, то заправо може значити да оне уопште не желе уступање уговора већ само уступање потраживања које уступилац, на основу уступљеног уговора, има према другој уговорној страни.⁴⁵¹ Полазећи од става да уступање уговора има за сврху да изазове преношење читавог уговорног статуса који потиче из уступљеног уговора са уступиоца на пријемника, тако да пријемник ступи у уговорни положај у коме се, пре уступања, налазио уступилац, као и чињенице да уговорни статус обухвата како права (потраживања), тако и обавезе (дуговања) које уступилац има на основу тог уговора према другој уговорној страни, мишљења смо, као и већина домаћих правних писаца, да се пристанак друге уговорне стране мора третирати као конститутивни елемент уговора о уступању уговора. Конститутивно дејство пристанка огледа се, најпре, у томе што без њега уопште не може доћи до правоваљаног уступања уговора, а потом и у чињеници што путем њега уступилац излази из досадашњих права и обавеза, на које место ступа пријемник, преузимајући на себе та права и обавезе.⁴⁵² Тим пристанком друга уговорна страна потпуно или само делимично ослобађа уступиоца обавеза из

⁴⁴⁹ В. Станковић, *op. cit.*, 23. Овакво решење је прихваћено, примера ради, у италијанском и француском праву. Италијански Грађански законик познаје две варијанте уступања уговора. Према првој варијанти, уступилац остаје у обавези из уступљеног уговора као солидарни садужник, па пристанак не представља конститутивни елемент уступања уговора. Насупрот томе, према другој варијанти уступања уговора (тзв. уступање у правом смислу речи), пристанак друге уговорне стране представља конститутивни елемент уступања уговора будући да без њега не може доћи до прелаза уговорног статуса са уступиоца на пријемника (Codice Civile, Art. 1408). Слично решење садржи и француско право. Према изменама и допунама Грађанског законика од 2016. године, уступање уговора ослобађа уступиоца за убудуће само ако је друга уговорна страна изричито пристала на то. Ако она то не учини и уколико се не предвиди супротна одредба, уступилац ће солидарно одговарати за извршење уговора. Видети: Ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016, Art. 1216-1.

⁴⁵⁰ С. Перовић, *op. cit.*, 290; В. Станковић, *op. cit.*, 23-24; В. Vizner, *op. cit.*, 591; Благојевић-Круљ, *op. cit.*, 386; Ђ. Николић, „Уступање уговора“, 76.

⁴⁵¹ В. Станковић, *op. cit.*, 23.

⁴⁵² В. Vizner, *op. cit.*, 591.

уступљеног уговора према себи.⁴⁵³ Ако друга уговорна страна не да пристанак или се о томе не изјасни, уговорне стране остају непромењене. У овој ситуацији, међутим, ваља анализирати да ли су уговорне стране (уступилац и пријемник) имале на уму могућност наступања слабијих правних последица, односно да уговор који су закључиле у том случају има правну снагу уступања потраживања, односно преузимања испуњења, с обзиром да за ову врсту правних послова није потребан пристанак друге стране. С обзиром на разумну примену правила о преузимању дуга, могло би се претпоставити да уступилац и пријемник желе да постигну такву правну последицу, али разумљиво је да у овом случају могу и да је искључе и све последице свог посла вежу за његов укупан успех.⁴⁵⁴

Када је пристанак друге уговорне стране неопходан за пуноважност уступања уговора, битно је одредити у ком тренутку и на који начин се он добија.⁴⁵⁵ Пристанак се, најпре, може дати унапред, најчешће у виду клаузуле у уступљеном уговору, у ком случају уступање производи дејство у односу на другу уговорну страну у тренутку када она буде обавештена о уговору закљученом између уступилоца и пријемника.⁴⁵⁶ Осим тога, друга уговорна страна се са уступањем може сагласити и приликом закључења уговора о уступању уговора, али и након што је овај уговор закључен. У ова два случаја, дејства уступања настају од часа давања пристанка. Када је у питању форма у којој треба да буде изражен пристанак друге уговорне стране, постоји правило да пристанак мора бити дат у оној истој форми која је законом прописана за уступљен уговор.⁴⁵⁷

2.1.3. Правна дејства уступања уговора

Правна дејства уступања уговора погађају сваког учесника у овој правној операцији, изазивајући тако промене у њиховим међусобним односима. Тако, најпре, у односу између уступилоца и пријемника, долази до уступања правног положаја у одређеном уговору са уступилоца на пријемника, који тиме постаје носилац свих његових права и обавеза. Уговор о уступању уговора није правни посао обвезивања: из

⁴⁵³ С. Перовић, *op. cit.*, 290.

⁴⁵⁴ М. Јухарт, *op. cit.*, 397.

⁴⁵⁵ Ђ. Ђурђић, *op. cit.*, 42.

⁴⁵⁶ Овакво решење предвиђа, примера ради, француско (Ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016, Art. 1216), италијанско (Codice Civile, Art. 1407), словеначко (Obligacijski zakonik, člen 122(2)) и српско право (ЗОО, чл. 145, ст. 2).

⁴⁵⁷ Такво правило садржи, примера ради, српски Закон о облигационим односима (члан 145, став 3) и словеначки Облигациони законик (члан 122, став 3).

уговора не настаје обавеза уступања уговорног положаја, него самим уговором пријемник ступа на место уступиоца, а овај излази из уговора.⁴⁵⁸ Дакле, промена уговорне стране наступа као директна правна последица уговора између уступиоца и пријемника. Та последица састоји се у промени уговорне стране, то јест у истовременом ослобођењу првобитне уговорне стране и ступању пријемника на њено место у облигационом односу.⁴⁵⁹ Због природе уговора о уступању уговора као правног посла располагања, време уступања је од суштинске важности. Правне последице уступања настају када друга уговорна страна да свој пристанак, односно када буде обавештена о уступању ако је пристанак био дат унапред. У том тренутку пријемник постаје уговорна страна у уступљеном уговору. Све обавезе и сва права које је имао уступилац према другој уговорној страни пре уступања, престају, а једини дужник, који стоји према дугој уговорној страни, јесте пријемник.⁴⁶⁰ Као спорно, међутим, овде се може појавити питање доспелих, а до тренутка уступања уговора неизмирених обавеза и потраживања. У литератури постоји мишљење да пријемник не преузима доспеле обавезе и потраживања, већ да би они требало да буду измирени у односу између уступиоца и друге уговорне стране. Заступници овог мишљења, међутим, сматрају да је могућ и другачији споразум: 1) да се почетак правног дејства уговора одреди ретроактивно; 2) да се уступају појединачно доспела а неиспуњена потраживања, или 3) да се преузима дуг.⁴⁶¹ Европски грађански законици, по правилу, не садрже одредбе о судбини доспелих обавеза и потраживања. Изузетак представља холандски Грађански законик који предвиђа да „као резултат уступања, сва уступичева права и обавезе која су произашла или ће произићи из уговора прелазе на треће лице, осим уколико се стране нису другачије договориле у погледу споредних или већ доспелих и утуживих права или обавеза“.⁴⁶² Иако је јасно да уговорне стране, у складу са начелом слободe уговорања, ово питање могу регулисати на начин који највише одговара њиховим интересима, чини се да је неопходно ово питање законом регулисати у виду општег правила, за случај да уговорне стране то не учине својим споразумом.

Основно дејство уступања уговора долази, пак, до изражаја у *односу између пријемника и друге уговорне стране*. Пријемник ступа у правни положај у коме се пре

⁴⁵⁸ Не захтева се никаква потоња правна или материјална радња, било уступиоца било пријемника, да би дошло до промене уговорне стране. Упор. М. Караникић Мирић, *op. cit.*, 125-126.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, 126.

⁴⁶⁰ С. Перовић, *op. cit.*, 292.

⁴⁶¹ М. Juhart, *op. cit.*, 397.

⁴⁶² Burgerlijk Wetboek, Boek 6, Art. 159(2).

уступања налазио уступилац и постаје уговорна страна у уступљеном уговору.⁴⁶³ У својим међусобним односима, пријемник и друга уговорна страна могу користити све приговоре који потичу из уступљеног уговора, као и личне приговоре из неког њиховог другог правног односа, али не и приговоре које су имали према уступцоу.⁴⁶⁴ Ово правило, међутим, не важи без изузетка, па пријемник може према другој уговорној страни истаћи неке приговоре који се односе на уговор о уступању уговора, попут приговора његове ништавости или рушљивости због непоштовања форме, мана воље и пословне неспособности. Друга уговорна страна би, пак, могла истаћи пријемнику једино приговоре апсолутне ништавости уговора о уступању уговора, с обзиром да ову врсту приговора може истаћи свако заинтересовано лице.⁴⁶⁵

На крају, када је у питању *однос уступцоа и друге уговорне стране*, њихова узајамна права и обавезе из уступљеног уговора престају од тренутка када друга уговорна страна да свој пристанак на уступање или када о томе буде обавештена (уколико је пристанак дала унапред). У том тренутку уступилац излази из уговора, а на његово место долази пријемник, који стиче сва његова права и обавезе. Међутим, ово правно дејство уступања настаје једино ако је друга уговорна страна, дајући свој пристанак на уступање уговора, истовремено ослободила уступцоа свих обавеза из уступљеног уговора.⁴⁶⁶ Напротив, ако је друга уговорна страна задржала уступцоа и даље као дужника, на начин и у обиму како је то предвиђено њеном сагласношћу на уступање уговора, уступочеве обавезе не престају.⁴⁶⁷

2.2. Промена уговорне стране на основу закона

Промена уговорне стране може се остварити и на основу закона. Закон тада предвиђа да уместо једне уговорне стране, ново лице улази у постојећи уговорни однос као уговорна страна. Суштинска разлика између уступања уговора и промене уговорне стране на основу закона је у томе што у овом другом случају дејства промене наступају када су испуњени законом прописани услови.⁴⁶⁸ Нема потребе за закључивањем посебног уговора између уступцоа и пријемника о уступању уговорног положаја. Исто

⁴⁶³ Ђ. Николић, „Уступање уговора“, 77.

⁴⁶⁴ ЗОО, члан 146, став 2; Codice Civile, Art. 1409; Ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016, Art. 1216-2.

⁴⁶⁵ В. Станковић, *op. cit.*, 26-25; Љ. Милошевић, *op. cit.*, 389; В. Vizner, *op. cit.*, 591.

⁴⁶⁶ С. Перовић, *op. cit.*, 292.

⁴⁶⁷ *Ibid.* Овде ваља нагласити да као што не гарантује пријемнику, уступилац не гарантује ни другој уговорној страни да ће јој пријемник испунити своје обавезе из уступљеног уговора, осим ако се на то нарочито обавезао. ЗОО, члан 146, став 3.

⁴⁶⁸ М. Juhart, *op. cit.*, 405.

тако, у случају промене уговорне стране на основу закона, дејства настају *ex lege*, без обзира на сагласност друге стране у постојећем уговорном односу. Потреба за утврђивањем такве правне последице обично је изван уговорног односа који се преноси, али је узрок уско повезан с тим.⁴⁶⁹ Типичан пример законске промене уговорне стране је пренос уговора о закупу на новог власника ствари ако се закупљена ствар отуђи након што је предата неком лицу у закуп.⁴⁷⁰

Промена уговорне стране на основу закона се дубоко меша у принцип аутономије воље и, пре свега, у интересе друге стране у постојећем уговорном односу. Њена слобода да бира уговорног партнера умањује се и она постаје зависна од околности које су ван њене контроле.⁴⁷¹ Дејства промене једне уговорне стране наступају без обзира на вољу друге уговорне стране и њихов се настанак не може спречити. Ово је за њу тим пре важније јер нова уговорна страна преузима не само права, већ и уговорне обавезе, постајући одговорна за њихово испуњење.⁴⁷² Због тога морају постојати разумни разлози за утврђивање такве правне последице, а посебна пажња мора се посветити обезбеђивању правног положаја друге уговорне стране, нарочито у погледу њеног поверилачког положаја и потраживања која има на основу уговора. Да је реч о изузетном правном положају говори и чињеница да законски прописи о преузимању дуга на основу закона практично не постоје. Осим тога, таква правна последица је изузетно контроверзна са становишта опште уставноправне заштите имовинског положаја.⁴⁷³ Стога се промена уговорне стране на основу закона одређује углавном у односу на уговорни однос који је у току, ако постоји посебан интерес за његово одржавање. Ако се постојећи однос може раскинути, а сврха посебне заштите може осигурати стварањем новог уговорног односа, онда је ово несумњиво примереније законско решење.

Одредбе на којима се заснива законска промена уговорне стране углавном одређују само промену уговорне стране као правну последицу и услове који за то морају бити испуњени. У суштини, ради се о институту који замењује уступање

⁴⁶⁹ *Ibid.*

⁴⁷⁰ Тако, према домаћем Закону о облигационим односима, у случају отуђења ствари која је пре тога предата неком другом у закуп, прибавилац ствари *ступа на место закуподавца* те после тога права и обавезе из закупа настају између њега и закупца. Прибавилац не може захтевати од закупца да му преда ствар пре протеча времена за које је закуп уговорен, а ако трајање закупа није одређено ни уговором ни законом, онда пре истека отказног рока. За прибавиоачеве обавезе из закупа према закупцу одговара преносилац као солидарни јемац (члан 591).

⁴⁷¹ М. Juhart, *op. cit.*, 405.

⁴⁷² *Ibid.*

⁴⁷³ *Ibid.*

уговора као доступну врсту правног промета и има другачији правни основ за промену уговорне стране као последицу. Међутим, правила која се примењују на уступање уговора морају се применити и на законску промену уговорне стране. Закони то, по правилу, не предвиђају посебно, али је сасвим јасно да се та правила морају примењивати *mutatis mutandis*.⁴⁷⁴ Конкретно, морају се поштовати правила која уређују међусобне односе између умешаних лица, док се положај друге стране у постојећем уговору мора третирати са посебном осетљивошћу. Њена дужничка позиција заштићена је принципом неутралности као водећим правилом, које одређује правне последице уступања потраживања. Међутим, у погледу њеног положаја као уговорног повериоца постоји више законом нерегулисаних проблема. У случају уступања уговора, то у крајњем и није неопходно, јер се друга страна у постојећем уговору може ефикасно успротивити уступању ако сматра да би се њена позиција повериоца могла услед уступања погоршати. Пошто у случају законског преноса уговора она такву могућност нема, законодавац би требало да, када одлучује да обезбеди промену уговорне стране на основу закона, посебно размотри ово питање и успостави одговарајуће механизме правне заштите друге уговорне стране. Случајеви уступања уговорног положаја на основу закона ретки су у садашњем законодавству. Остављајући по страни напред поменути случај отуђења закупљене ствари (и друге грађанскоправне случајеве промене уговорне стране на основу закона) и ограничавајући се на област радног права, у овом раду ће детаљније бити изложен случај статусних промена правних лица, као институт компанијског права, чије су социјалне димензије (*ex lege* промена послодавца) предмет радноправне регулативе.

3. МОГУЋНОСТ ПРОМЕНЕ СУБЈЕКТА ИНДИВИДУАЛНОГ РАДНОГ ОДНОСА

Упркос упоредноправним разликама у законском приступу и начину правног регулисања, неспорно је да савремено облигационо право (практично) допушта промену субјекта двостранообавезујућег уговорног односа, под условом да је у питању уговор који није закључен с обзиром на лична својства уговорних страна. Како су „уговорни елементи радног односа данас присутни у свим земљама у свету без

⁴⁷⁴ Изузетак представља мађарски Грађански законик од 2013. године који садржи правило да „ако сва права и обавезе лица која произилазе из уговора прелазе на друго лице на основу закона, сходно ће се примењивати правила о уступању уговора“. 2013. évi V. törvény a Polgári Törvénykönyvről, § 6:211.

обзира на метод њиховог уређивања“,⁴⁷⁵ с правом се поставило питање могућности замене субјеката индивидуалног радног односа. Могу ли се права и обавезе које имају запослени и послодавац одвојити од њихове личности и прећи на неког другог, а да сам радни однос у свему осталом остане исти? У трагању за одговором на то питање треба, свакако, поћи од појма и битних елемената индивидуалног радног односа. Па ипак, упркос чињеници да представља један од основних института и најзначајнију тему радног права, о појму, правној природи, елементима и садржини радног односа нема сагласности. Уопштено посматрано, сви упоредни системи радног права полазе од претпоставке да је радном односу као друштвеном феномену потребно заштитно законодавство, тј. правни апарат за регулисање индивидуалних права и обавеза његових субјеката. Међутим, међу њима постоје „запањујуће разлике у погледу резонувања како и колико закон треба да се меша у овај друштвено-економски однос“. ⁴⁷⁶ Па тако, многи национални закони о раду садрже одредбе о радном односу, али га не регулишу на исцрпан и једнак начин. Законодавци неретко пропуштају да непосредно дефинишу појам радног односа, и, уместо тога, најчешће се баве регулисањем уговора о раду, његовом дефиницијом, уговорним странама и њиховим одговарајућим правима, обавезама и одговорностима.⁴⁷⁷ Остале одредбе, по правилу, имају за циљ да олакшају препознавање постојања радног односа и прописују административне и судске механизме за праћење поштовања и спровођења ових закона.⁴⁷⁸ Наведено има за последицу да се „границе појма радног односа морају откривати у светлу дефиниције појма и елемената уговора о раду, законске претпоставке постојања уговора о раду појединих категорија радника, као и изричито наведених случајева рада ван радног односа“. ⁴⁷⁹ Шареноликост законодавног приступа утиче и на радноправне теоретичаре и стручњаке међу којима, такође, нема сагласности о појму и елементима радног односа. У домаћој литератури се, тако, срећу многобројне дефиниције индивидуалног радног односа, неретко дате у најопштијим цртама. Истиче се, пре свега, да су то „они правни односи који настају између индивидуалних субјеката радноправног односа (радника појединца и послодавца)“. ⁴⁸⁰ Поред тога, дефиницијама се настоје обухватити основне карактеристике и битни елементи радног односа, у чијем недостатку не може доћи до правоваљаног радног односа. Једну од најпотпунијих и

⁴⁷⁵ Б. Шундерић, *Радни однос - теорија, норма, пракса*, 32.

⁴⁷⁶ B. Veneziani, „Formation, modification and termination of employment contracts“, 3.

⁴⁷⁷ International Labour Conference, 95th Session, Report V(1), *The employment relationship*, 71.

⁴⁷⁸ *Ibid.*

⁴⁷⁹ Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, 206.

⁴⁸⁰ N. Tintiћ, *op. cit.*, 10.

најцитиранијих дефиниција радног односа дао је Балтић, наводећи да је радноправни однос „добровољна, лична радноправна, функционална веза између радника и службеника (намештеника), с једне стране, и организационе јединице (предузећа, органа односно установе, организације, задруге), с друге стране, којим се они укључују у организацију, везујући се тиме на сталан или привремен (повремен) начин за једно одређено радно место, обављајући одређену радну функцију (посао) и примајући за свој рад лични доходак, плату односно награду према уложеном раду“.⁴⁸¹ Сличну дефиницију дао је и Тинтић, одређујући радноправни однос као „двострани правни однос, који настаје слободно (сагласношћу воља обеју страна), а у којем се једна страна, увек физичко лице (упосленик, радник, службеник, намештеник), обавезује да ће лично и непосредно, континуирано, најчешће као своје занимање, обављати одређени рад (посао), тј. улагати своју физичку и умну делатност на одређеном радном месту у току уговореног, односно правним прописима одређеног радног времена, на средствима за производњу, односно на средствима рада која нису њена, већ друге стране, а у коме се друга страна, која може бити правно или физичко лице, обавезује да ће првој омогућити рад и за обављање рада исплатити уговорену, односно правним прописима (хетерономним или аутономним) утврђену плату (лични доходак, зараду), као и друга права (уговорена или правним прописима утврђена)“.⁴⁸² Иако су наведене дефиниције одолеле зубу времена, промене у систему радних односа које су се у међувремену догодиле, одразиле су се на правну терминологију.⁴⁸³ Стога су теорији радног права биле потребне нове дефиниције. Према Лубардиној дефиницији, радни однос је „добровољно заснован, послодавцу подређен, лични рад запосленог за зараду/плату, у особеном радно-правном режиму“,⁴⁸⁴ док Јовановић сматра да главни предмет радног права чини „скуп права, обавеза и одговорности које имају субјекти друштвеноравног односа“,⁴⁸⁵ због чега је радни однос, у суштини, „друштвеноравни однос регулисан правом“. Овакво различито дефинисање појма радног односа одражава се и на његове елементе, па су аутори у домаћој литератури као (битне или споредне) елементе радног односа идентификовали различите чиниоце. Елементима радног

⁴⁸¹ А. Балтић, *Основи радног права Југославије*, 28.

⁴⁸² N. Tintić, *op. cit.*, 350.

⁴⁸³ Живко Кулић, Слободанка Ковачевић-Перић, *Радно право*, Завод за уџбенике, Београд, 2016, 84.

⁴⁸⁴ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, 19. Доста сличну дефиницију дао је и Брајић, наводећи да је радни однос „добровољан, правно регулисан рад који радник обавља лично на организован начин, односно кроз организоване форме, примајући за тај рад награду - плату“. Влајко Брајић, *Радно право - радни односи, други односи рада и социјално осигурање*, Савремена администрација, Београд, 2001, 123.

⁴⁸⁵ П. Јовановић, *op. cit.*, 163.

односа се тако, најчешће, сматрају добровољност, лично обављање посла и плаћеност, али се неретко у исте уврштавају и: правна субординација; укључивање у организовани процес рада; професионалност; правно регулисан однос (правност); вршење одређеног рада; организованост; сталност (трајно деловање) и испуњеност претходних услова; радноправни положај; прописано радно време; ограничено радно време; непостојање ризика за неуспех и случај пропасти ствари са којима ради; остваривање других права и обавеза; рад који има привредни значај и престанак на прописан начин.⁴⁸⁶ Упркос размимоилажењима, домаћи аутори деле неподељен став да прва три елемента чине садржину радног односа, док се њихови закључци разликују у погледу осталих елемената радног односа, нарочито када је реч о разматрању концепције радног односа у условима радничког самоуправљања.⁴⁸⁷ Изучавање битних елемената је назаобилазно за спознају суштине појма и правних обележја радног односа. Њихова анализа, међутим, превазилази предмет овог рада. Стога ћемо истраживање усмерити ка обавези личног извршавања рада, која је многим ауторима послужила као полазиште и оквир за разграничење радног односа од осталих правних односа у којима је предмет такође рад људи,⁴⁸⁸ док је у овом раду од значаја за разумевање могућности промене субјеката индивидуалног радног односа.

Уопште узевши, уговори *intuitu personae* су такви уговори код којих се „личност једне стране сматра суштинском из перспективе њених посебних способности“⁴⁸⁹, укључујући њене компетенције и квалитете који опредељују другу страну да постане уговорни партнер.⁴⁹⁰ Мотив закључивања и обележја уговора *intuitu personae* јесу: лични квалитети стране или страна које га заснивају, континуитет сарадње између њих, посебна вредност личног поверења, као и подударност у обавези да управо одређено лице обави рад незаменљиво, било из разлога што је таква незаменљивост објективно

⁴⁸⁶ Б. Шундерић, *Радни однос - теорија, норма, пракса*, 45-46.

⁴⁸⁷ Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, 208.

⁴⁸⁸ Наиме, један од основних критеријума који се користи за разграничење уговора о делу и уговора о раду тиче се управо обавезе личног извршавања рада. Тако се (код уговора о раду) посленик обавезује да ће извршити какав посао у корист трећег лица, те је предмет уговора само дело (посао), а не делатност посленика. Зато посленик није дужан да посао обави лично, осим ако из уговора или природе посла произилази да је уговор закључен *intuitu personae*. Код уговора о раду, напротив, битно је лично учешће запосленог у самом процесу рада: овде је примаран моменат сам рад, непосредна лична активност запосленог, због чега запослени ни у ком случају не може да повери обављање посла трећем лицу. Видети више: А. Балтић, *Основи радног права Југославије*, 173-178.

⁴⁸⁹ Garron Frederic, *La caducité du contrat: étude de droit privé*, Presses Universitaires D'Aix Marseille, 1999. Наведено према: Diana Deaconu-Dascălu, *The Scope of the Assignment of Contract, Public Administration & Regional Studies*, број 1/2015, 99.

⁴⁹⁰ D. Deaconu-Dascălu, *op. cit.*, 99.

нужна због природе после или зато што тако желе стране у том односу.⁴⁹¹ Стога су права и/или обавезе у правним односима *intuitu personae* непосредно везани за личност повериоца и/или дужника и не могу се преносити на трећа лица правним пословима *inter vivos* и *mortis causa*. Осим тога, у случају наступања субјективне немогућности испуњења обавезе или смрти стране чија су својства била одлучујућа за заснивање уговорног односа, облигација *intuitu personae* се гаси, односно престаје.⁴⁹²

Индивидуални радни однос настаје и постоји између запосленог (физичког лица) и послодавца (државе, привредног субјекта или другог правног или физичког лица). За овај однос је увек карактеристично да је један од његових субјеката (или оба), приликом његовог заснивања, посебно имао на уму одређено лице или одређена лична својства тог лица. У противном, не би дошло до заснивања радног односа (уопште или са одређеним лицем).⁴⁹³ По томе је радни однос правни однос *intuitu personae*. У таквом односу запослени је обавезан - то је његова основна улога у процесу рада - да лично и само он врши одређену (уговором о раду или решењом о пријему у радни однос) радну функцију.⁴⁹⁴ Отуда престација рада у радноправном односу носи обележја строго личне (и „главне“) обавезе запосленог.⁴⁹⁵ Међутим, у савременим условима рада (при тзв. серијским, типским радним односима), уз персонализоване послове (који су везани уз својства и квалитете управо одређеног лица), несумњиво постоје и деперсонализовани послови у којима престација рада није условљена личним квалитетима и способностима одређеног запосленог, већ је генерична и стандардизована.⁴⁹⁶ Ипак, када је већ заснован радни однос с одређеним лицем ради обављања одређеног рада, тиме је за то лице настала обавеза да увек управо оно изврши тај рад, не толико због самог рада, колико због статуса који правни поредак утврђује за то лице, посебно у вези са правима из социјалног осигурања и другим облицима заштите који се признају и везују уз постојање радних односа.⁴⁹⁷ Ова обавеза је предуслов за подређеност, односно за извршавање рада по упутствима и под контролом послодавца и изражава се, између осталог, кроз широка послодавчева овлашћења у поступку избора кандидата за запослење, кроз институт ступања на рад, забрану преношења извршења послова на

⁴⁹¹ N. Tintiћ, *op. cit.*, 374.

⁴⁹² Душан Николић, „*Obligationes intuitu personae*“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, број 1-3/1991, 199.

⁴⁹³ N. Tintiћ, *op. cit.*, 374.

⁴⁹⁴ А. Балтић, *Основи радног права Југославије*, 29.

⁴⁹⁵ N. Tintiћ, *op. cit.*, 357.

⁴⁹⁶ *Ibid.*, 374.

⁴⁹⁷ *Ibid.*

треће лице,⁴⁹⁸ као и немогућност преношења права и обавеза (правног положаја) запосленог на треће лице у свим случајевима. Незаменљивост личности запосленог у радном односу (у смислу да је једно лице у радном односу, а да које друго лице, уместо њега, може извршити обавезу личног обављања рада) није допуштена, иако је, апстрактно гледајући, његов рад могуће заменити радом другог лица истог или сличног квалитета.⁴⁹⁹ Ово, пре свега, из разлога што постојање радног односа, силом деловања правног поретка, доводи до тога да то лице стиче одређени лични статус - статус лица у радном односу, па вољом страна у том односу није допуштено изменити оно најбитније: лице - титулара тог статуса, ослобађањем овога од обавезе личног обављања рада, а да се ономе који би уместо њега рад обављао не призна исти статус.⁵⁰⁰ Ако би обавезу личног извршења рада извршило неко друго лице, а не лице са којим је заснован радни однос, због саме промене субјекта у радном односу другим лицем, била би измењена и престација рада, па евентуално и поремећена еквивалентност између престације запосленог и послодавца.⁵⁰¹ Стога се обавеза личног извршења рада не изражава само забраном делегирања обавезе извршења (конкретног) посла са запосленог (који је и даље у радном односу) на треће лице, већ и немогућношћу изласка запосленог из радног односа путем уступања укупног правног положаја трећем лицу, а да радни однос у свему осталом остане исти. Правило о незаменљивости личности запосленог и непреносивости његовог правног положаја на треће лице је универзално прихваћено у теорији радног права и упоредном радном законодавству и сматра се типичним обележјем радног односа у свим његовим манифестацијама.⁵⁰² Оправдано се, међутим, поставило питање шта је са другим субјектом радног односа, односно може ли послодавац да пренесе своја права и обавезе (свој правни статус) из уговора о раду на треће лице и да тако „напусти“ радни однос, не дирајући, притом, у његову садржину?

⁴⁹⁸ Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, 271-272. Осим ако то меродавним прописима није изричито утврђено, као што је, примера ради, био случај са домаћим Законом о раду до ступања на снагу измена и допуна од 2014. године, који је предвиђао да „рад ван просторија послодавца, односно код куће, запослени обавља сам или са члановима своје уже породице, у име и за рачун послодавца“. Закон о раду (*Службени гласник РС*, бр. 24/05), члан 43, став 1.

⁴⁹⁹ N. Tintić, *op. cit.*, 375.

⁵⁰⁰ *Ibid.*

⁵⁰¹ *Ibid.*

⁵⁰² Ово упркос чињеници што постоје упоредна права која чине извесне изузетке од овог правила, попут аустријског, које забрањује могућност делегирања радних задатака трећим лицима (члан 1153 аустријског Грађанског законика), али допушта да стране уговора о раду постигну споразум да запослени своју обавезу рада, у изузетним околностима, може пренети на треће лице. Да би такав споразум могао бити квалификован као уговор о раду, неопходно је 1) да делегирање буде учињено тачно одређеном лицу; 2) да је послодавац пристао на делегирање, или 3) да су делегирани само мањи послови. Elisabeth Brameshuber, „The ‘personal work relationship’ in Austria“, *European Labour Law Journal*, vol. 10, број 3/2019, 189.

Ако може, у којим случајевима до тога долази и која се правила на ту правну ситуацију могу применити? Да ли би примена општих правила облигационог права могла решити сукобе интереса послодаваца и запослених који су у том случају посебно изражени?

Полазећи од економске слободе предузетништва, несумњиво је право сваког послодавца да врши потребна прилагођавања законитостима тржишта, како би био у стању да послује у тржишним условима.⁵⁰³ Због тога, правни системи свих савремених држава света не само да дозвољавају, него и подстичу културу корпоративне реорганизације и рехабилитације,⁵⁰⁴ а све у циљу пружања могућности послодавцима да побољшају своју способност генерисања профита и прилагођавања флукуацијама на тржишту. Реорганизација се одвија на низ начина, а између осталог и статусном променом (спајањем, припајањем, поделом, издвајањем) или неким другим видом трансформације пословања који резултира променом правног идентитета послодавца (пренос предузећа путем уговора о продаји, уговора о закупу, *outsourcing*-ом, подуговарањем итд.). Заједничко свим наведеним привредноправним променама је чињеница да се имовина и обавезе једног правног лица преносе на неко друго (постојеће или новоосновано) правно лице, с тим да у случају статусних промена долази до потпуног и неповратног преноса свих добара и обавеза правних лица која учествују у статусној промени на постојеће или новоосновано правно лице, и то индиректним путем (преносом удела у друштву), док код преноса предузећа путем правног посла долази до директног преноса предузећа, те последично и до промене његовог носиоца.

Поставља се, стога, питање каква су дејства наведених правних трансформација правних лица на уговоре уопштено, а, посебно, каква су њихова дејства на закључене уговоре. Код уговора *intuitu rei* одговор није тежак. Ово су уговори код којих се унутрашња мотивација уговорних страна ослања на предмет уговора, што је обично нека одређена ствар или одређено добро. У суштини, оно што је битно за сваку страну код ове врсте уговора је његово извршење према договореним условима и роковима, те

⁵⁰³ Слобода предузетништва се гарантује као једна од основних вредности уставног система, поред начела владавине права, правне заштита својине, хуманизма, социјалне правде и сигурности, хуманизације простора и унапређења и поштовања животне средине, као самостално право или уз друге са њом повезане слободе или права. Она се, најчешће, повезује са слободом тржишта (тржишном привредом) и гарантује уз ову слободу, као и уз отвореност тржишта, слободу конкуренције, правну самосталност привредних субјеката и њихову одговорност за преузете обавезе, равноправност и заштиту свих облика својине. Маријана Пајванчић, „Конституционализација права на предузетништво и са њим повезаних права“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, број 81/2018, 440-441.

⁵⁰⁴ Jennifer Leigh Longstreet Gant, *Rescue Before a Fall: An Anglo-French Analysis of the Balance Between Corporate Rescue and Employment Protection*, Nottingham Trent University, 2016, 10.

се главни дужник може заменити другим лицем (примера ради, у случају смрти, наследници су дужни да обезбеде извршење тог уговора). У том смислу, ови уговори не представљају проблем, будући да закони у области компанијског права изричито наводе да се у случају статусних промена имовина и обавезе једног друштва (у целини или делимично) преносе на једно или више друштава, и то путем универзалне сукцесије. То значи да кад год неко друштво (друштво преносилац) доживи правну трансформацију, постојеће или новоосновано друштво (друштво стицалац) наслеђује обавезу извршења свих важећих уговора *intuitu rei* чија је уговорна страна била друштво преносилац.⁵⁰⁵ Супротно овоме, уговор *intuitu personae* има снажну личну природу, што значи да је главни подстицај за једну уговорну страну (или обе) да закључи такав правни посао директно повезан са личним својствима друге уговорне стране. Самим тим, друга уговорна страна не може бити замењена у извршењу уговора. С обзиром на наведено, питање је како реорганизација послодавца утиче на постојеће (важеће) уговоре о раду? Да ли због њихове *intuitu personae* природе реорганизација мора означити њихов престанак (гашење) или је могуће да се уговори о раду пренесу са послодавца на треће лице. Одмеравајући значај слободе уговарања а, нарочито, слободе избора уговорног партнера (послодавца) у односу на начело сигурности запослења, савремено радно право је дало превагу овом потоњем. Настojeћи да ограничи несигурност запослења и „да спречи да запослени остану без посла или буду доведени у неповољнији положај сваки пут када се деси промена правног идентитета послодавца, и то само зато што је дошло до ове промене“,⁵⁰⁶ радно законодавство већине савремених држава допушта пренос (уступање) уговора о раду са послодавца (претходника) на треће лице (послодавца следбеника) у свим случајевима реорганизације послодавца који имају за последицу промену његовог правног идентитета. Штавише, до овог преноса не долази вољом (уговором) послодавца и његовог правног следбеника, већ он наступа *ex lege*, односно на основу одредаба самог закона. Дакле, за разлику од запосленог чији се правни статус не може ни у ком случају пренети на треће лице, послодавац не само да може, већ је дужан (на основу самог закона) да, заједно са преносом предузећа, пренесе и сва своја права и обавезе из важећих уговора о раду на треће лице, осим ако се личност послодавца сматра незаменљивом за испуњење постојећег радног односа. Промена послодавца се, дакле,

⁵⁰⁵ Ioana, Stupariu, „The Effect of Companies’ Transformations on Legally Binding Contracts“, *Lawyr.it*, vol. 1, број 2/2013, 1.

⁵⁰⁶ Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, 272.

не сматра еквивалентном са променом запосленог. Осим што је увођење могућности промене послодавца било мотивисано заштитом запослења, у прилог оваквом законодавном решењу наглашава се „друштвена асиметрија“ која одликује радни однос. То се очитује у ставу да основна обавеза послодавца није „строго лична“, већ се састоји у исплати зараде.⁵⁰⁷ Ово је утолико видљивије када се размишља о структури модерног предузећа, често значајних размера и транснационалне природе, као организацији економских средстава и ресурса, која неретко даје изглед послодавцу као безличној страни уговора о раду.⁵⁰⁸ Стога, из угла запослених послодаваца најчешће није конкретно физичко лице (одређених личних својстава) са којим је у личноправној вези. Он је врло често апстрактни ентитет - правно лице или, „у многим случајевима део „технолошке структуре“ настале као резултат феномена одвајања власништва и организације предузећа који се догодио са појавом масовне економске производње“.⁵⁰⁹ Зато се у савременом радном праву, лична својства послодавца стављају у други план у односу на сигурност запослења (иако се не искључује њихов значај), посебно ако се има у виду да ће слобода избора послодавца практично, најчешће, значити престанак радног односа запослених и, самим тим, бити на њихову штету. Стога, радно законодавство дозвољава промену послодавца, предвиђајући чак да до исте долази по сили закона (без обзира на вољу уговорних страна), и то даном наступања правних последица реорганизације послодавца која је имала за резултат промену његовог идентитета. То, међутим, не значи да запослени морају пристати на пренос њиховог уговора о раду са послодавца претходника на послодавца следбеника. Ово стога што правило о очувању запослења у случају промене послодавца има за циљ да запосленима обезбеди могућност да наставе да раде код послодавца следбеника, а не и продужетак рада код другог послодавца, ако запослени не жели да ради за њега.⁵¹⁰ Наведено је посебно важно у случајевима када запослени немају поверење у пословање и углед новог послодавца или сумњају у његову солвентност, односно економску личност (*intuitu firmae*).⁵¹¹

С друге стране, у случају да послодавац има својство физичког лица, до промене његовог правног идентитета долази његовом смрћу. У том случају, уговори о раду неће

⁵⁰⁷ B. Veneziani, „Formation, Modification and Termination of Employment Contracts“, 48.

⁵⁰⁸ *Ibid.*

⁵⁰⁹ *Ibid.*

⁵¹⁰ Љубинка Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2016, 485.

⁵¹¹ Didier Krajewski, Philippe Le Tourneau, *Contrat intuitu personae*, Jurisclasseur Contrats-distribution (Fasc. 200), Toulouse Capitole Publications, Toulouse, 2019, параграф 26.

престати, осим ако наследници послодавца не наставе обављање предузетничке делатности, или се личност послодавца може сматрати незаменљивом за испуњење постојећег радног односа.⁵¹²

Премда ће о свему наведеном бити много више речи у наставку рада, у овом тренутку можемо закључити да у савременом радном праву није спорна могућност уступања (преноса) послодавчевог правног статуса који произилази из уговора о раду односно радног односа, тако да треће лице (послодавац следбеник) стекне положај уговорне стране, односно субјекта радног односа. На тај начин, послодавац следбеник ступа на положај послодавца претходника и преузима сва његова права и обавезе, док послодавац следбеник иступа (излази) из постојећег радног односа (*наступа промена послодавца*), при чему радни однос у свему осталом остаје исти. Заштита нарочитог интереса у виду очувања континуитета радног односа, навела је, дакле, савремене законодавце да у радно законодавство уведу правило о могућности промене послодавца до које, притом, долази на основу самог закона, односно без обзира на вољу субјеката радног односа, увек када се промени правни идентитет носиоца предузећа. Премда се тиме ограничава слобода запослених да бирају лице за које ће да раде, верује се да је увођење овог правила било неопходно да би се остварила основна начела радног права (попут социјалне равнотеже, социјалне правде, стабилности запослења и морализовања радних односа), посебно ако се има у виду да би препуштање преноса уговора о раду са послодавца претходника на послодавца следбеника вољи субјеката (индивидуалног) радног односа неретко водило престанку радног односа и било на уштрб сâмих запослених. Примена правила о промени послодавца, међутим, отвара низ питања почев од прецизирања правних разлога (случајева) који доводе до наведене промене, преко права запосленог да се успротиви промени послодавца, до утврђивања радноправних последица ове промене, и то не само на страни запослених и њихових синдикалних организација, него и на страни послодавца (претходника и следбеника). Шта се дешава са уговорима о раду након уступања: да ли они настављају да важе између запослених и новог послодавца под истим условима, тј. какав је правни положај запослених непосредно пре, за време и након извршене промене послодавца?

⁵¹² Љубинка Ковачевић, *Заснивање радног односа*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2021, 48.

III НАСТАНАК И РАЗВОЈ ПРАВИЛА О ЗАШТИТИ ЗАПОСЛЕНИХ У СЛУЧАЈУ ПРОМЕНЕ ПОСЛОДАВЦА

Развој интернета, вештачке интелигенције и е-пословања, наставак процеса глобализације, праћеног мобилношћу рада и капитала, као и јаком међудржавном и међукомпанијском конкуренцијом, променљиви захтеви потрошача, скраћивање животног века производа и бројни други економски трендови на глобалном плану истакли су потребу за организацијом пословања на флексибилнијим основама. Структурне промене на тржишту захтевају прилагођавања послодаваца новим околностима (њихово реструктурирање), ради очувања и јачања конкурентских способности,⁵¹³ повећања вредности и ефикасности пословања. Реструктурирање се може извршити на различите начине, укључујући статусне промене и пренос предузећа правним послом, који за последицу имају промену правног идентитета послодавца. Наведене промене „имају за циљ сужавање, проширивање и/или промену делатности предузећа, његове имовине и финансијске структуре“,⁵¹⁴ те у том смислу представљају позитивну привредну активност. Због тога устави свих савремених држава гарантују слободу предузетништва и право послодаваца да врше реорганизацију свог пословања. Ове промене, међутим, увек имају велики и важан утицај на запослене.⁵¹⁵ Оне у већини случајева изазвају низ непожељних последица у погледу правног статуса запослених - прекид радног односа или његове измене на штету запослених. Послодавац који преноси предузеће на новог послодавца не жели ничим да умањи своје шансе за пренос, имајући у виду да сваки терет на предузећу може утицати на висину купопродајне цене, а нови послодавац, који је преузео предузеће, врло нерадо испуњава обавезе које проистичу из радног односа заснованог код претходног послодавца, јер преферира да сам доноси одлуке о вођењу новог предузећа (укључујући и избор запослених и њихове услове рада).⁵¹⁶ Зато се запослени врло често виде „као трошак чије ће смањење помоћи послодавцу да реши своје (финансијске) проблеме“.⁵¹⁷ Да би ублажиле велике кризе у приватним индустријским предузећима и смањиле отпор запослених према реструктурирању предузећа, државе су почеле у своје законодавство уводити одредбе

⁵¹³ Бранко Лубарда, *Европско радно право*, ЦИД, Подгорица, 2004, 283.

⁵¹⁴ Imrich Pöthe, *Rights and Involvement of Employees in Transfer of Undertakings - A Comparative study of Switzerland, the United Kingdom and the United States*, University of Tilburg, Tilburg, 2009, 6.

⁵¹⁵ *Ibid.*

⁵¹⁶ Nicola Smit, *Labour Law Implications of the Transfer of an Undertaking*, Faculty of Law of the Rand Africaans University, Johannesburg, 2001, 3.

⁵¹⁷ Samuel Edwin Etukakpan, *Transfer of Undertakings: the Tension Between Business Rescue and Employment Protection in Corporate Insolvency*, Nottingham Trent University, Nottingham, 2012, 35.

посвећене заштити права запослених од социјалних последица фузије, преузимања и уговорног преноса предузећа. Пре усвајања прве директиве Европске уније посвећене овом питању, национална законодавства су се значајно разликовала, као и заштита која је била понуђена „погођеним“ запосленима.⁵¹⁸ У највећем броју држава није било посебних одредби посвећених заштити запослених, већ је њихов правни положај био регулисан у смислу општих правила грађанског права (нарочито она о уступању уговора, у државама у којима су постојала) или правила *common law*-а (примера ради у Великој Британији и Јужној Африци). Према наведним правилима, ниједан послодавац није могао уступити свој правни статус из уговора о раду трећем лицу без сагласности запосленог. Овај концепт се заснивао на слободи уговорања, тј. праву сваког лица (запосленог) да изабере (послодавца) за кога жели да ради, односно лице које ће, у крајњем, бити његов дужник.⁵¹⁹ Међутим, примена ове регулативе није подразумевала обавезу новог послодавца да задржи лица која су била запослена код његовог правног претходника. Стога, ако запосленима није била дата нова понуда за запослење, једини правни лек који им је био на располагању био је против послодавца претходника. Штавише, уколико би запослени пристао да, заједно са преносом предузећа, буде уступљен и његов уговор о раду, он није могао захтевати од новог послодавца да преузме његова претходно стечена права.⁵²⁰ Стога, иако је „лична слобода сваког појединца да потпише уговор с ким год жели основна разлика између слободног човека и кмета“, ⁵²¹ она је у пракси радних односа била илузорна, будући да није успевала разрешити основни сукоб између економских захтева за реорганизацијом и рационализацијом послодавца и социјалних захтева за заштитом запослених.⁵²²

⁵¹⁸ Marlene Frank, „The Rights of Employees in the Event of the Employer’s Insolvency: A Comparative Approach to the Rights of Employees during Restructuring in the United States and Europe“, *The New Zealand Postgraduate Law E-Journal*, број 1/2005, 7.

⁵¹⁹ Barney Jordaan, „Transfer, Closure and Insolvency of Undertakings“, *Industrial Law Journal*, vol. 12, број 5/1991, 936.

⁵²⁰ John McMullen, *Business Transfers and Employee Rights*, Second Edition, Butterworth & Co (Publishers) Ltd, London, Dublin, Edinburgh, 1992, 3.

⁵²¹ Ово су биле речи лорда Atkin-а, који је у чувеном предмету *Nokes v. Doncaster Amalgamated Collieries Limited*, поред осталог изјавио: „Признајем да ми је невероватно да, осим важних питања која се тичу општег благостања, било какав закон може дати овлашћење суду или било ком другом да појединца, без његовог знања и његове воље, уступи од једног другом послодавцу“. United Kingdom House of Lords Decision, *Nokes v. Doncaster Amalgamated Collieries Limited*, Appeals Cases (*Law Reports series*), 1940, 556. Наведено према: J. McMullen, *Business Transfers and Employee Rights*, 3.

⁵²² J. McMullen, *Business Transfers and Employee Rights*, 3. *Common law* (као и грађанско право „не дефинише баланс колективних сила“. Оно је „(што је и предност и мана) инспирирано веровањем у једнакост (реалну или фиктивну) појединаца [...]“ (Paul Davies, Mark Freedland, *Kahn-Freund’s Labour and the Law*, Stevens, London, 1983, 12). Осим тога, овакво правно решење није било компатибилно са модерним правним принципима заштите запослених као слабије стране радног односа. Оно се заснивало на претпоставци да обе уговорне стране потписују уговор из равноправне позиције, те да су уговорни партнери једнаки. Међутим, уговор о раду се сматра уговором *sui generis*. Оно што уговор о раду чини

Потреба да се запосленима пружи одговарајућа заштита у околностима промене послодавца изазвала је реакцију надлежних власти ради успостављања равнотеже између пословне иницијативе послодавца усмерене на стицање добити и права запослених на очување радног односа. Задатак законодавца није био лак: требало је, с једне стране, створити услове за реструктурирање предузећа који ће допринети њиховом економском опстанку и створити могућности за развој и прилагођавање захтевима тржишта, а, с друге стране, обезбедити социјалну сигурност запослених „чија су радна места угрожена и под знаком питања“⁵²³ у ситуацији када долази до промена на послодавчевој страни у раније заснованом радном односу. Радноправна регулатива која је настала као резултат одговарајућег одмеравања и балансирања супростављених интереса послодаваца и запослених, отворила је низ правних питања, почев од прецизирања случајева у којима долази до промене послодавца до обима заштите запослених. Притом, није могуће говорити о фазама у развоју ове регулативе уопште, пошто је степен развијености радног права доста различит од једне државе до друге, не само с обзиром на различиту припадност држава тзв. великим правним системима (европско-континентални; англосаксонски; правни систем Далеког истока (Кина, Јапан), шеријатски; хиндуистички; правни систем Африке (и Мадагаскара)), већ и с обзиром на различит ниво економске, технолошке, социјално-културне развијености, као и с обзиром на утицаје који су поједини радноправни системи вршили на друге. Разнолика и прилично неуједначена законска регулатива о правном положају запослених у случају промене послодавца, као и њен изостанак у одређеном броју држава, указује на одсуство јасних и једнаких стандарда у овој области и лутање

јединственим у породици уговора је управо то да се самим уговором успоставља неједнакост између запосленог и послодавца - стављање запосленог у положај зависности наспрам послодавца. Подређеност није пука економска, већ лична и правна и подразумева, поред осталог, подвргавање запосленог власти послодавца у погледу извршења рада. Улога је, стога, државе да регулише диспаритете до којих долази приликом потписивања уговора о раду креирањем тзв. „доњег прага“ права. Она ту своју улогу остварује управо кроз норме радног законодавства успостављањем заштите запослених као слабије уговорне стране, што између осталог подразумева и одређени степен сигурности радног места. Најзад, правила грађанског права нису омогућавала ефикасан механизам који би подстицао реструктурирање пословања без којег би било тешко преживети у модерном, међународно-конкурентном окружењу. Иако заштита запослених има првенствено социјални циљ, она, такође, има и економске предности. Привредни субјекти расту и развијају се на основу уложеног капитала, али и акумулираног знања (*know-how*) и искуства запослених који својим радом капитал претварају у робу и услуге који чине суштину привреде. Запосленима је потребан послодавац да би задовољили своје економске потребе и обезбедили своју животну егзистенцију, али су и послодавцима потребни запослени како би могли да функционишу на дневној основи. Слично и: Nicola Smit, „Should Transfer of Undertakings Be Statutory Regulated in South Africa“, *Stellenbosch Law Review*, vol. 14, број 2/2003, 217-220; S. E. Etukakpan, *op. cit.*, 22.

⁵²³ Ioannis Skandalis, *Balancing Employer and Employee Interests: Legitimate Expectations and Proportionality under the Acquired Rights Directive*, Trinity College, University of Oxford, Trinity Term, 2012, II.

законодаваца у трагању за адекватном равнотежом супротстављених интереса послодаваца (капитала) и запослених (рада).

1. ПРАВО ЗЕМАЉА ЕВРОПСКО-КОНТИНЕНТАЛНЕ ПРАВНЕ ТРАДИЦИЈЕ

Опште је прихваћено да је, осим неколико, мада важних доприноса из других региона, језгро радног права први пут разрађено у западној Европи, као реакција на експанзију Индустијске револуције и на злоупотребе права која произлазе из грађанских законика XIX века.⁵²⁴ Камен темељац радноправне конструкције био је најамни радни однос, настао издвајањем из комплекса и сложености друштвених односа капиталистичког друштва.⁵²⁵ Међутим, сама конструкција радног права подизана је одступањем од начела грађанског права према коме се ниједна уговорна страна не може жалити на неправичност у условима уговора на чије је закључење добровољно пристала.⁵²⁶ Уместо тога, основни, историјски циљ радног права био је да осигура да ниједан послодавац не може да наметне - а ниједан запослени не може да се обавезе да прихвати - услове рада који падају испод онога што се у датом друштву, у датом тренутку, сматра пристојним прагом заштите. Стога радно право није само средство за регулисање размене између рада и капитала (као што то случај са грађанским или привредним правом), него је (главно) средство за операционализацију онога што Међународна организација рада данас дефинише као „достојанствен рад“.⁵²⁷ Како би правно обликовало реалности (промене) које су се јављале у економској, техничко-технолошкој, социјалној, демографској и културној сфери, радно право се временом развијало. Све изразитији интервенционизам државе током већег дела XX века имао је

⁵²⁴ Временом су западноевропски обрасци радног права прихваћени („копирани и налепљени“) у другим регионима света, попут Африке и Латинске Америке, у којима је службени језик енглески или француски, иако је неспорно да у већем делу ових региона најамно запошљавање није превлађујући облик организације рада. У мањој мери ове обрасце је следило законодавство и пракса Јапана и многих других азијских земаља. Штавише, утицај европско-континенталног радног права није ништа мање запажен у међународном радном праву. Премда би стандарди Међународне организације рада требало да одражавају универзалну мудрост, формулацију већине конвенција и препорука Међународна организација рада је у великој мери црпила и наставља да црпи из западноевропског законодавства. Супротно томе, Сједињене Америчке Државе изградиле су сасвим другачији сет закона о раду и образаца радних односа, који одражавају националне вредности и обичајну правну традицију. Неки елементи америчког обрасца (попут концепта „преговарачке јединице“, „дужности преговарања“ и „нелојалне радне праксе“) ипак су вредни пажње у неколико других земаља, као што је Канада, Доминиканска Република, Република Кореја, Панама и Филипини. А. Bronstein, *International and Comparative Labour Law - current challenges*, 3.

⁵²⁵ А. Балтић, *Основни радног права Југославије*, 19-20.

⁵²⁶ А. Bronstein, *International and Comparative Labour Law - current challenges*, 1.

⁵²⁷ Ово је стандард који поред заштите радника позива на поштовање демократије у укупном радном процесу, укључујући и радно место. *Ibid.*, 1-2.

за последицу ширење корпуса западноевропског радног законодавства, и у квантитативном и у квалитативном смислу. Иако је у почетку имало за циљ заштиту индустријског радника, његово подручје примене је брзо проширено тако да је временом обухватило и неиндустријски рад, пољопривредне послове и државну службу. Тако су до друге половине XX века, практично сви радници који су обављали рад у оквиру радног односа, потпали под заштиту радног законодавства или упоредив закон о државној служби. Обогаћена је и садржина радног законодавства. На самом почетку, само је неколико питања попут ограничења радног времена, запошљавања жена и малолетника, индустријских несрећа и професионалних болести било на мети државних прописа. Од тридесетих година XX века па надаље, почињу се решавати нова питања, укључујући уговор о раду, зараду и услове рада, права запослених на радном месту и, на крају, али не најмање важно, заступање радника, на индустријском и националном нивоу, укључујући право на индустријску акцију.⁵²⁸ Тако је пре и непосредно после Другог светског рата у многим земљама тзв. европског социјалног модела усвојено детаљно радно законодавство, које поред ригидних одредби о заштити запослења, карактерише развијен социјални дијалог и велика обухватност лица системом социјалне сигурности.⁵²⁹ Отприлике то је било време када је и питање сигурности запослења у случају промене правног идентитета послодавца први пут привукло пажњу европског законодаваца. Очекивање великог броја реструктурирања предузећа и забринутост везана за последице које реструктурирање може имати на запослене, указало је на неопходност усвајања радноправне регулативе која ће заштити права запослених током процедуре преноса предузећа. Пре усвајања првог правног акта Европске уније посвећеног овом питању, судбина запослених у случају промене послодавца је, најчешће, била у рукама новог послодавца. Степен заштићености запослених варирао је у зависности од државе у којој је било седиште њиховог послодавца, имајући у виду да је свака држава чланица имала свој јединствени начин заштите права запослених у ситуацијама промене послодавца.⁵³⁰ Док су неке земље већ

⁵²⁸ *Ibid.*, 2.

⁵²⁹ Премда је у великој већини земаља европско-континенталне правне традиције материја радног права уређена (матичним) законима или законима (за област радних односа или грађанским), неке западноевропске земље су одступиле од овог модела. Примера ради, прописи о раду у нордијским земљама, посебно Данској, традиционално се ослањају на колективно преговарање, а не на законско право. Такође, у неким земљама право колективног преговарања и право на индустријску акцију могу бити ускраћене одређеним категоријама државних службеника, попут државних службеника у Немачкој. Најзад, ваља напоменути да се за разлику од индивидуалних радних односа, који следе упоредиве образце у великој већини земаља, колективна права запослених и пракса индустријских односа, углавном, разликују од једне земље до друге. *Ibid.*, 2.

⁵³⁰ S. E. Etukakpan, *op. cit.*, 157.

имале законе по ефектима сличне онима које је касније остварила Директива 77/187/ЕЕЗ, друге нису. Тако је, примера ради, у Француској још 1928. године постојала законска одредба која је предвиђала да се у случају промене правног идентитета послодавца, која је резултат преноса, продаје, спајања или промене делатности предузећа, сви уговори о раду који постоје на дан преноса настављају између новог послодавца и радника у предузећу.⁵³¹ Интересантно је да је ова одредба уведена на инсистирање послодаваца како би се осигурало да на дан преноса предузећа буде премештена не само његова имовина, већ и радна снага, чиме се осигурава да нови послодавац има потребне квалификоване раднике за рад на постојећим средствима рада.⁵³² Врло брзо након тога, 1934. године, у случају *Gouru*, француски Касациони суд је широко протумачио ову одредбу, оцењујући да је примењива чак и у случају простих губитака тржишта од стране послодавца претходника (услед, примера ради, непотписивања уговора са наручиоцем радова са којим је послодавац претходник раније пословао), тако да је нови послодавац био дужан да задржи запослене свог претходника.⁵³³ Ова судска пракса се примењивала врло чврсто пола века, све до средине осамдесетих година XX века, када је Касациони суд, потпуно изненађујуће, променио своју јуриспруденцију. Тако је, најпре, 1985. године оценио да заштита запослења важи само у случајевима преноса предузећа у којима постоји правна веза између два узастопна послодавца, док је, годину дана касније, заузео став да се принцип континуитета радног односа више неће примењивати у случајевима губитака тржишта од стране послодавца претходника.⁵³⁴ Премда је ова промена става имала одређена економска утемељења, она је изазвала опште запрепашћење синдиката и радника, јер је најавила велику несигурност запослења у периоду врло значајног реструктурирања капитала и предузећа. У то време, међутим, помало неочекивано, стигао је сигнал из европске јуриспруденције, а посебно из Суда правде Европске уније, да ову праксу треба мењати. Тумачећи у међувремену усвојену Директиву 77/187/ЕЕЗ, Суд правде је заузео став да је аутоматско преношење уговора о раду гарантовано чак и у случајевима у којима не постоји директна правна веза између два

⁵³¹ С. Barnard, *op. cit.*, 578; М. Despax, J. P. Laborde, J. Rojot, *op. cit.*, 175.

⁵³² Тако је, примера ради, у случају *Nokes v. Doncaster Amalgamated* послодавац покушао да осигура аутоматско новирање уговора о раду у контексту преноса предузећа. Аргумент послодавца у том случају био је да би то омогућило купцу предузећа да има спремну радну снагу која ће наставити са производњом без прекида који би, иначе, био потребан како би се омогућило запошљавање нових запослених. I. Skandalis, *op. cit.*, 10.

⁵³³ М. Despax, J. P. Laborde, J. Rojot, *op. cit.*, 192.

⁵³⁴ *Ibid.*

узастопна послодавца.⁵³⁵ Ово тумачење Суда у Луксембургу значило је дозволу француском Касационом суду да може напустити своју нову и веома критиковану праксу и вратити се ранијим решењима. Тако је Касациони суд 16. марта 1990. године донео серију од три одлуке, у којима је заузео став „да није потребна правна веза између два послодавца да би се други послодавац обавезао да задржи запослене првог“.⁵³⁶ Међутим, овај Суд се није потпуно вратио својој претходној пракси будући да је оценио да се концепција заштите запослења не примењује у случајевима када послодавац претходник изгуби тржиште услед трансформације предузећа, већ је, у складу са тумачењем Суда правде Европских заједница, неопходно да дође до преноса привредног ентитета који је сачувао свој идентитет. Шта се под тим изразом подразумева, у француској јуриспруденцији није до данас потпуно разјашњено.⁵³⁷

Осим француског права, пре усвајања Директиве 77/187/ЕЕЗ, поједине аспекте заштите запослених у околностима промене послодавца познавали су и италијанско и немачко право. У Италији је принцип аутоматског преноса уговора о раду након процедуре преноса предузећа успостављен још 1942. године, чланом 2112 Грађанског законика.⁵³⁸ Одредбама наведеног члана дерогирано је опште начело слободе уговарања у циљу заштите запослених који су у околностима промене послодавца у нарочито неповољном положају (са економског и социјалног становишта) у односу на послодавца.⁵³⁹ Међутим, током италијанске економске кризе (1975-1980), док је првобитна верзија члана 2112 још била на снази, усвојен је низ закона са циљем да се искључи његова примена у случајевима преноса предузећа од стране инсолвентних компанија. Тек је 1990. године донет закон (бр. 428) којим је предметни члан измењен у складу са захтевима постављеним Директивом 77/187/ЕЕЗ.⁵⁴⁰ У Немачкој је, пак, начело очувања радног односа у случају преноса предузећа први пут уведено 1972. године, одредбом члана 613а немачког Грађанског законика.⁵⁴¹ Међутим, врло брзо након тога показало се да је ова одредба недовољна да заштити запослене будући да су преносом била обухваћена само индивидуална права и обавезе, али не и она која су

⁵³⁵ Пресуда у предмету бр. 324/86 (*Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v. Daddy's Dance Hall A/S*) од 10. фебруара 1988. године (*European Court Reports* 1988, 72), параграф 8.

⁵³⁶ M. Despax, J. P. Laborde, J. Rojot, *op. cit.*, 193.

⁵³⁷ *Ibid.*

⁵³⁸ Giuseppe Sigillò Massara, *Transfer of undertakings, Insolvency Proceedings in the United Kingdom and Italy, and the European Court of Justice Case Law*, DSI Essays Series, McGraw-Hill, Milano, 2010, 33.

⁵³⁹ Обавезни пренос уговора о раду био је искључен „тамо где је послодавац претходник дао потребно обавештење“, а запослени су имали право само да задрже „права која произилазе из стажа стеченог пре преноса“. G. S. Massara, *op. cit.*, 33.

⁵⁴⁰ *Ibid.*

⁵⁴¹ Gregor Thüsing, *European Labour Law*, Verlag C.H. Beck oHG, München, 2013, 106.

произилазила из колективног уговора о раду. Осим тога, она није била у складу са Директивом 77/187/ЕЕЗ коју је Европска унија у међувремену усвојила.⁵⁴² Стога, како би у потпуности ускладио своје законодавство са европским захтевима, немачки законодавац је 1980. године изменио релевантну одредбу Грађанског законика, предвиђајући да у случају промене послодавца запосленима није гарантован само континуитет радних односа са послодавцем следбеником, већ и пренос права и обавеза које проистичу из колективних уговора о раду - премда на врло компликован начин.⁵⁴³

Супротно овим примерима, у Уједињеном Краљевству Велике Британије и Северне Ирске (даље у тексту Велика Британија) радноправна ситуација је била доста другачија и сложенија. Наиме, иако Велика Британија припада групи држава англосаксонског правног система, након приступања ове земље Европској економској заједници (касније Европској заједници, а сада Европској унији) 1973. године, британско радно законодавство је било под великим утицајем правних приступа земаља континенталне Европе.⁵⁴⁴ У жељи да постане члан европских заједница, Велика Британија је прихватила строге услове за приступање, што је имало за последицу одређену европеизацију њеног радног права.⁵⁴⁵ У том смислу, пре усвајања директиве Европске уније посвећене заштити права запослених током преноса предузећа, у овој земљи није постојало инхерентно правило о преносу уговора о раду са једног на другог послодавца. Уговор о раду се третирао искључиво као *intuitu personae* уговор, те није могао бити једнострано пренесен са послодавца претходника на послодавца следбеника без сагласности запосленог који је друга уговорна страна. Из тих разлога, промена послодавца је резултирала отпуштањем запосленог од стране послодавца следбеника, а законитост овог поступка зависила је од тога да ли су, приликом прекида уговора о раду, испуњене одредбе уговора.⁵⁴⁶ Уколико би запослени прихватио понуду за запослењем од стране послодавца следбеника, послодавац следбеник није био у обавези да га ангажује у складу са условима рада који су важили током радног односа код претходног послодавца.⁵⁴⁷ Један од првих судских преседана у овој држави у којем су се разматрале радноправне последице промене послодавца била је одлука Дома лордова

⁵⁴² M. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.*, 142.

⁵⁴³ *Ibid.* Јануара 2020. године, након што је Савет Европе писаним путем усвојио споразум о изласку, Велика Британија је постала прва држава која је иступила из Европске уније и Европске заједнице за атомску енергију. Одлука о иступању донета је на референдуму, 23. јуна 2016. године.

⁵⁴⁴ A. Bronstein, *International and Comparative Labour Law - current challenges*, 3.

⁵⁴⁵ Будимир П. Кошуткић, *Увод у велике правне системе*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2008, 227.

⁵⁴⁶ J. McMullen, *Business Transfers and Employee Rights*, 3-4.

⁵⁴⁷ *Ibid.*

у случају *Nokes v. Doncaster Collieries*.⁵⁴⁸ У овој одлуци, Дом лордова је оценио да промена послодавца подразумева отказ уговора о раду, јер је за промену уговорне стране било потребно прибавити сагласност претходног и новог послодаваца, као и запосленог (заједно са обавештењем о овом догађају). Основ за овакву одлуку била је важност личности уговорних страна у уговору о раду, која, према речима Дома лордова, „ствара разумну и значајну разлику у томе с ким је уговор закључен“.⁵⁴⁹ Премда су у међувремену, Законом о уговору о раду од 1972. године, биле дефинисане специфичне ставке које су за циљ имале увођење начела очувања континуитета радног односа након преноса предузећа, потреба за крупнијим изменама ове праксе иницирана је усвајањем Директиве 77/187/ЕЗ која је, супротно британском обичајном правилу о прекиду радног односа, увела правило о аутоматском преносу уговора о раду са послодавца претходника на послодавца следбеника.⁵⁵⁰ Тако се „1981. године, [Уједињено Краљевство]... ускладило са директивом Европске заједнице о преносу предузећа“, усвајањем Уредбе о преносу предузећа (заштити запослења) - енгл. *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulation (TUPE)*.⁵⁵¹ Ова Уредба је унела велике промене у индустријским односима Велике Британије, успостављањем радноправног система са већим стандардима рада, али је садржала и низ одступања од основних принципа успостављених Директивом 77/187/ЕЕЗ.⁵⁵² Ово је, како примећује Sargeant, био покушај владе Велике Британије да неутралише заштиту права радника предвиђених овом Директивом за време спровођења велике економске реформе у овој земљи, која је, између осталог, била усмерена на дерегулацију индивидуалног радног односа.⁵⁵³ Да би принудила британску владу на поштовање права Европске заједнице, Европска комисија је чак морала покренути поступак против ове државе пред Судом правде Европске уније.⁵⁵⁴ По налогу Суда, британска влада је то учинила, изменивши

⁵⁴⁸ United Kingdom House of Lords Decision, *Nokes v. Doncaster Amalgamated Collieries Limited*, Appeals Cases (Law Reports series), 1940, 556. Наведено према: J. McMullen, *Business Transfers and Employee Rights*, 3.

⁵⁴⁹ J. McMullen, *Business Transfers and Employee Rights*, 4.

⁵⁵⁰ *Ibid.*

⁵⁵¹ Janice R. Bellace, „Employment Protection in the EEC“, *Stanford Journal of International Law*, vol. 20, број 1/1984, 413-415.

⁵⁵² Leslie Braginsky, „Comment - How Changes in Employer Identity Affect Employment Continuity: A Comparison of The United States and The United Kingdom“, *Comparative Labour Law Journal*, број 16/1994-1995, 248-249.

⁵⁵³ Malcolm Sargeant, *A study of the implementation of the Acquired Rights Directive in the United Kingdom and other Member States of the European Community*, School of Law, Middlesex University, London, 1997, 182-183.

⁵⁵⁴ Пресуда у предмету бр. С 382/92 (*Commission of the European Communities v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*) од 8. јуна 1994. године (*European Court Reports* 1994, 233).

предметну Уредбу, Законом о реформи синдиката и правима из радног односа од 1993. године.⁵⁵⁵

Сходно наведеном, може се закључити да пре усвајања релевантних правила о заштити запослења на европском нивоу највећи број европских држава није поседовао посебна радноправна правила о промени послодавца, док су се радноправни системи земаља које су поседовале таква правила разликовали не само у погледу дефинисања радноправних последица преноса предузећа, већ и око темељнијих питања, попут значаја који придају појединим изворима радног права.⁵⁵⁶ Због наведених разлика настала је конкуренција између јурисдикција, што је ометало економску интеграцију Европских економских заједница. Да би предупредила ризике по запослене и обезбедила упоредиву заштиту права запослених у свакој држави чланици, Заједница је усвојила Директиву 77/187/ЕЕЗ, која је, поред осталог, увела начело очувања запослења лица која раде код послодавца чији се правни статус мења, путем *ex lege* преноса уговора о раду са послодавца претходника на послодавца следбеника. На тај начин је концепт заштите права запослених у случају промене послодавца, који је првобитно постојао у законодавству само неких европских држава (Француске,⁵⁵⁷ Италије⁵⁵⁸ и Немачке⁵⁵⁹), прихваћен не само у државама у којима таква регулатива раније није постојала (примера ради у Великој Британији⁵⁶⁰), већ и у самој Европској унији, земљама чланицама ове организације⁵⁶¹ и Европског економског простора (Исланд, Лихтејнштајн, Норвешка), а под њиховим утицајем и у земљама кандидатима за

⁵⁵⁵ M. Sargeant, *A study of the implementation of the Acquired Rights Directive in the United Kingdom and other Member States of the European Community*, 154.

⁵⁵⁶ Тако, Sargeant унутар Европске уније примећује разлику између „идеолошког“ и „корпоративног“ приступа формирању социјалне политике и законског регулисања радних односа и социјалног дијалога. Ови приступи су, због својих специфичности, на различите начине пројектовали право Европске уније на национално законодавство држава чланица, што је доводило до поделе заједничког европског правног простора и често је резултирало конфронтацијом ставова. M. Sargeant, *A study of the implementation of the Acquired Rights Directive in the United Kingdom and other Member States of the European Community*, 1-3, 28, 33-34, 58, 287-288, 315-316.

⁵⁵⁷ Code du Travail, Article L. 1224.

⁵⁵⁸ Code Civile, sezione 2112.

⁵⁵⁹ Bürgerliches Gesetzbuch ((StF: JGS Nr. 946/1811 [...] BGBl. I Nr. 121/2021 (NR: GP XXVII IA 1698/A AB 909 S. 113. BR: AB 10676 S. 927.)), § 613a.

⁵⁶⁰ Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations, No 246, 2006.

⁵⁶¹ Тако, примера ради, правило о очувању радног односа данас постоји у: *Аустрији* (Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG), § 3); *Белгији* (Collectieve arbeidsovereenkomst nr. 32/7 van 23 april 2019); *Чешкој* (Zákoník práce, § 338-345a); *Данској* (LBK nr 710 af 20/08/2002, Bekendtgørelse af lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse, § 1-9); *Мађарској* (2012. évi I. törvény a munka törvénykönyvéről, § 36-41); *Холандији* (Burgerlijk Wetboek, Boek 7, Art. 662-666); *Пољској* (Kodeks pracy z dnia 26 czerwca 1974 r., Arzykul 23); *Румунији* (Legea nr. 67/2006 privind protecția drepturilor salariaților în cazul transferului întreprinderii, al unității sau al unor părți ale acestora); *Шпанији* (Ley del Estatuto de los Trabajadores, Artículo 44); *Шведској* (Lag (1982:80) om anställningsskydd, § 6b); *Хрватској* (Zakon o radu, Narodne novine 93/14, 127/17, 98/19, član 137) и свим другим државама чланицама Европске уније.

приступање Европској унији,⁵⁶² као и многим другим државама европског региона,⁵⁶³ али и света.⁵⁶⁴ Међутим, у складу са својом правном природом, предметна Директива нуди парцијално и минимално усклађивање националних регулатива, будући да су њоме установљени стандарди који су прихватљиви за све државе чланице. Осим тога, у њој су садржана бројна флексибилна решења које је свака држава чланица Европске уније интерпретирала и применила на себи својствен начин, па међу државама чланицама и даље постоје значајне разлике у режиму заштите запослених.⁵⁶⁵

⁵⁶² Тако, желећи да ограниче несигурност запослења, правило о *ex lege* преносу уговора о раду у своје законодавство увеле су: Република Србија (Закон о раду, Службени гласник РС, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 - одлука УС, 113/2017 и 95/2018 - аутентично тумачење, члан 5, став 1); Република Северна Македонија (Закон за работните односи, Службени весник на Р. Македонија, број 62/2005, 106/2008, 161/2008, 114/2009, 130/2009, 50/10, 52/10, 124/10, 47/11, 11/12, 39/12, 13/13, 25/13, 170/13, 187/13, 113/14, 20/15, 33/15, 72/15, 129/15 и 27/16, членот 68); Република Црна Гора (Закон о раду, Службени лист Црне Горе, бр. 74/2019 и 8/2021, члан 108-110); Федерација Босне и Херцеговине (Закон о раду, Службене новине Федерације БиХ, бр. 26/16 и 89/18, члан 117); Република Српска (Закон о раду, Службени гласник Републике Српске, бр. 1/16 и 66/2018, члан 154-159); Република Турска (İş Kanunu, Numarası: 4857, 22/5/2003, Madde 6).

⁵⁶³ Такав је, примера ради, случај са Швајцарском Конфедерацијом. Будући да Швајцарска није део Европске уније, европско комунитарно право не обавезује швајцарске судове и нема директан утицај на швајцарско право. Па ипак, Швајцарска је 1993. године изменила члан 333 и усвојила члан 333а Законика о облигацијама, како би се швајцарско право ускладило са Директивом 77/187/ЕЕЗ. Видети: Vincent Carron, Anne Roux -Fouillet, „Switzerland“, у: Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, Tim Marshall (eds), *Transfer of Business and Acquired Employee Rights - A Practical Guide for Europe and Across the Globe*, Springer-Verlag, Berlin, 2016, 481.

⁵⁶⁴ Тако је, примера ради, правна регулатива Бразила, Мексика, Сингапура, Јужне Кореје и Јужноафричке Републике у одређеној мери слична правној регулативи Европске уније и садржи правило о аутоматском преносу уговора о раду у случају промене послодавца, док, с друге стране, радно право Јапана предвиђа сукцесију права и обавеза запослених у случајевима спајања и поделе предузећа, али њена примена не важи када се преноси имовинска целина (предузеће) путем правног посла. Ако стицалац имовине предузећа (послодавац следбеник) жели да заједно са имовином преузме и одређене запослене, послодавац претходник запосленима даје отказ уговора о раду, након чега они закључују нове уговор о раду са стицаоцем предузећа. (Tadashi A. Hanami, Fumito Kumiya, Ryuichi Yamakawa, *Labour Law in Japan*, Kluwer Law International BV, Alphen aan den Rijn, 2011, 139-142; Lance Mille, Hajime Iwaki, Lawrence Carter, Keiji Nasuda, „Japan“ у: Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, Tim Marshall (eds), *Transfer of Business and Acquired Employee Rights - A Practical Guide for Europe and Across the Globe*, Springer-Verlag, Berlin, 2016, 719-720). Слично томе, и у Кини постоје гаранције очувања уговора о раду у корпоративним процедурама промене послодавца (у спајањима и поделама привредних друштава), али не и у трансакцијама заснованим на преносу имовине предузећа. Ако стицалац имовине не жели да поново запосли неке од запослених код послодавца претходника, неће имати законску обавезу да то учини, осим ако је у уговорној обавези према уговору о продаји предузећа. Међутим, у том случају послодавац претходник има законску обавезу да задржи запослене који одбију да раде код послодавца следбеника или запослене које послодавац следбеник одбије да поново запосли, и то све док не буде у прилици да прекине радни однос по једном од законских основа за престанак радног односа према Закону о раду НР Кине. Тако, уколико након продаје предузећа више нема потребе за радом запослених, послодавац следбеник им може отказати радни однос, али због изузетне тешкоће да добију радни спор изнет на арбитражу, послодавци у Кини увек радије настоје да остваре споразумни престанак радног односа. Видети: Ronald C. Brown, *Understanding Labor and Employment Law in China*, Cambridge University Press, New York, 2010, 27-28, 40, 276; Johnny Choi, Alan Wang, Vivienne Jin, „People’s Republic of China“, у: Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, Tim Marshall (eds), *Transfer of Business and Acquired Employee Rights - A Practical Guide for Europe and Across the Globe*, Springer-Verlag, Berlin, 2016, 696, 700.

⁵⁶⁵ Наведено, као и чињеница да је Директива 77/187/ЕЕЗ креирана у оквирима који су понекад толико нејасни и генерализовани учинила је да је њена примена све сем једноставна. Као резултат, Суд правде је био приморан да попуни недостатак правне сигурности давањем појашњења националним судовима у смислу примене Директиве у специфичним ситуацијама. У том задатку, Суд правде је развио концепт

Приметимо, најзад, и то да међу државама европско-континенталне правне традиције постоје и оне које нису прихватиле правило о *ex lege* преносу уговора о раду са послодавца претходника на послодавца следбеника. Такав је случај, примера ради, у Руској Федерацији у којој се, за разлику од европског законодавства, у случају преноса имовинске целине или предузећа, уговори о раду не преносе аутоматски, а послодавац следбеник нема обавезу да запосли особље послодавца претходника. Руски Законик о раду пружа две могућности за наставак радног односа, при чему је за сваку потребна сагласност запосленог: 1) пренос уговора о раду на основу међусобног договора послодавца и уз сагласност запослених; 2) престанак радног односа на иницијативу запосленог и склапање уговора о раду са новим послодавцем.⁵⁶⁶ У првом случају се тренутни послодавац (претходник), потенцијални послодавац (следбеник) и запослени могу договорити о процедури преноса, датуму раскида радног односа са послодавцем претходником и датуму почетка рада код послодавца следбеника, потписивањем трипартитног споразума. У другом случају, запослени може отказати радни однос уз отказни рок од две недеље, мада се тај рок може смањити уз престанак послодавца претходника.⁵⁶⁷ У обе опције, као резултат преноса, послодавац следбеник потписује нови уговор о раду са сваким запосленим под условима договореним између страна. Иако закон не поставља такав услов, у руској пословној пракси, пренос имовине и/или операција неретко претпоставља пренос запослења. Притом, нови услови запослења не би требало да буду гори од услова запослења код послодавца претходника, јер ће у супротном, дотични запослени, вероватно, одбити пренос уговора о раду.

преноса предузећа много либералније у односу на текст првобитне верзије Директиве, не ограничавајући, притом, своју улогу на чисто правосудну, већ играјући, неретко, и улогу „службеника за спровођење закона“ (Siófra O’Leary, *Employment law at the European Court of Justice: Judicial Structures, Policies and Process*, Hart Publishing, Oxford, 2002, 292), а понекад чак и „законодавца“. Због тога се у литератури с правом истиче да ако се унутар Европске уније „хијерархија извора права постепено усклађује са општеприхваћеном хијерархијом у европско-континенталном правном систему“, онда „механизам за примену закона тежи у већој мери англосаксонском правном систему (судска пракса, неписани закон)“. Алина Зориктуевна Расмагина, *Источники права Европейского Союза*, диссертация, Российский Университет Дружбы Народов, Москва, 2004, 12.

⁵⁶⁶ Vladislav Mazur, „Russia“, у: Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, Tim Marshall (eds), *Transfer of Business and Acquired Employee Rights - A Practical Guide for Europe and Across the Globe*, Springer-Verlag, Berlin, 2016, 601.

⁵⁶⁷ *Ibid.*

2. ПРАВО ЗЕМАЉА АНГЛОСАКСОНСКОГ ПРАВНОГ СИСТЕМА

Проблематика проналажења одговарајућег решења за заштиту права запослених у смислу континуитета радног односа приликом промене правног идентитета послодавца је још већа у правним системима у којима није никада извршена законодавна интервенција ради регулисања таквих специфичних случајева или у којима таква интервенција није вршена дужи временски период (примера ради Канада, Сједињене Америчке Државе).⁵⁶⁸ Наиме, за разлику од земаља европско-континенталне правне традиције које су прихватиле концепт социјалне тржишне економије, у земљама *common law*-а радно законодавство у мањем степену интервенише у кориговању уговорне слободе послодавца и запосленог. Стога су потоње суочене „са тешким задатком покушаја прилагођавања принципа обичајног права новим околностима које произилазе из сукобљених интереса укључених у уговор о раду“.⁵⁶⁹ У том погледу, Велика Британија је, као (донедавно) држава чланица Европске уније, потпала под делокруг примене Директива 77/187/ЕЕЗ и, стога, применила европски концепт заштите запослења. Остале државе које примењују англосаксонско право фаворизују модел слободе предузетништва и дозволе спајања (и других облика преноса) предузећа без посебне заштите радног односа и стечених права запослених.⁵⁷⁰ Такав је случај, пре свега, у Сједињеним Америчким Државама, једном од главних представника англосаксонске породице права. Премда право Сједињених Америчких Држава припада овој породици права, амерички радноправни систем се, углавном због свог историјског развоја, значајно разликује не само од радноправног система у Великој Британији, већ и од радноправних система осталих индустријски развијених земаља. Подела америчког права на *common law*, *equity law* и *statute law*, као и на материјално и процесно право, слична је подели британског права.⁵⁷¹ Поред тога, сродност америчког и британског права испољава се и у значају судских прецедената, те чињеници да је улога законодавства да решава одређене правне проблеме, без уношења дубљих преображаја у судски уобличено право, *common law*.⁵⁷² Ипак, састав америчког права испољава значајне разлике у односу на састав британског права због федералног карактера

⁵⁶⁸ В. Veneziani, „Formation, Modification and Termination of Employment Contracts“, 53.

⁵⁶⁹ *Ibid.*

⁵⁷⁰ *Ibid.* Англо-америчко право примењује се данас, самостално или упоредо с другим правом, поред Енглеске и Ирске, и у САД, Канади, Аустралији, Индији, Јужноафричкој Републици, Сијера Леонеу, Гамбији, Нигерији, Гани, Либерии, Танзанији, Кенији, Уганди и другим државама. Б. Кошутић, *op. cit.*, 147.

⁵⁷¹ *Ibid.*, 194.

⁵⁷² *Ibid.*, 195.

америчке државе и америчког права, као и чињенице да ова држава поседује писани, кодификовани устав. Осим тога, између америчког и британског радног права постоје бројне друге различитости које се огледају, пре свега, у чињеници да америчко законодавство на минималан начин ограничава једнострану власт послодавца. Наиме, након значајног преображаја у америчком радном и синдикалном праву, до кога је дошло током владавине председника Рузвелта (*New Deal Laws*), савезним и државним органима је признато право да уређују трговину и друга привредна питања, укључујући и заштиту радника.⁵⁷³ Међутим, због моћи политичког лобирања у интересу послодавца, као и чињенице да је америчка јавност дубоко уверена да слободно тржиште користи свима, законодавци нерадо усвајају законе којима се задире у тржиште рада.⁵⁷⁴ Стога, супротно већини европских држава, у законодавству Сједињених Америчких Држава не постоји постојана заштита запослених од отказа. То се, пре свега, може објаснити прихватањем доктрине запошљавања и отпуштања радника „по вољи“, односно „по избору“ (енгл. *employment at will*), која послодавцу даје потпуну слободу да запосли или отпусти запослене без оправданог разлога или без икаквог разлога, са или без најаве и без накнаде.⁵⁷⁵ Међутим, како би се „дивилизовао капитализам и учинио осетљивијим за добро свих“, ⁵⁷⁶ одређене поставке ове доктрине временом су брушене у правцу увођења одређених ограничења послодавчевог права на отказ. Нека ограничења су законска, попут заштите од отказа из разлога дискриминације, а нека уговорна, укључујући уговоре о раду на одређено време чије отказивање пре истека рока на који су закључени рађа право погођене стране на накнаду штете. Најважније ограничење доктрине „по вољи“ представљају колективни уговори, који изричито забрањују отказ, осим уколико за то постоји оправдан разлог.⁵⁷⁷ Такав је случај и са очувањем запослења у околностима промене послодавца. Наиме, у Сједињеним Америчким Државама не постоји јединствени савезни закон који се бави преносом предузећа или пословања, као у европским државама. Национални закон о

⁵⁷³ Суочен с проблемом и последицама велике економске кризе из 1929. године, амерички председник Рузвелт је предузео низ мера за оживљавање привреде, предвиђајући, поред осталог, слободу синдикалног организовања, обавезу колективних преговарања у доброј вери, право на штрајк и друга значајна синдикална права. Будући да је те и друге законе из области привредних активности Врховни суд прогласио неуставним, председник Рузвелт је, уставши против истих и запретивши доношењем закона који ће спасти и Врховни суд и Америку од одређених судија и њихових судија, допринео да један судија Врховног суда промени своје мишљење, чиме је створена потребна већина за усвајање закона. *Ibid.*, 197-198.

⁵⁷⁴ I. Pöthe, *op. cit.*, 40.

⁵⁷⁵ L. Braginsky, *op. cit.*, 233-234.

⁵⁷⁶ André Tunc, *Le droit des États-Unis*, P.U.F., Paris, 1983, 3-4. Наведено према: Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, 200.

⁵⁷⁷ A. L. Goldman, R. L. Corrada, *op. cit.*, 21, 22, 48.

радним односима (енгл. *National Labour Relations Act - NLRA*) по овом питању ћути, поштујући право послодавца на промену правног индентитета.⁵⁷⁸ Запослени, стога, не само да остају без посла сваки пут када се деси статусна промена послодавца или неки други случај промене правног идентитета овог субјекта радног односа, већ губе и сва стечена права из радног односа са послодавцем претходником. То је подстакло велики број парница у којима се поставило питање одговорности послодаваца следбеника према запосленима обухваћеним колективним уговорима закљученим са послодавцем претходником. Као резултат, у федералном *common law*-у створен је уски изузетак познат као „доктрина наследства“ (енгл. *successorship doctrine*). Осим тога, усвојени су и одређени савезни и државни закони који се тичу утицаја статусних промена и других случајева примене послодавца на обавезу колективног преговорања и очување права запослених предвиђених важећим колективним уговором. Најзад, у случајевима статусних промена извршених у сектору железничког, авио-саобраћаја и градског јавног превоза предвиђена је обавеза послодавца следбеника да поштује услове рада утврђене колективним уговором закљученим код послодавца претходника.⁵⁷⁹ То значи да запослени у Сједињеним Америчким Државама нису једнообразно заштићени од последица корпоративне трансформације, већ да њихов правни положај зависи, пре свега, од чињенице да ли су синдикално организовани и покривени колективним уговором или нису. У првом случају, они могу уживати одређену сигурност, будући да су судови у одређеним случајевима (промене послодавца) одобравали наставак важења колективних уговора код послодавца следбеника (тзв. доктрина наследства). Закључци да ли ће колективни уговор преживети правну трансформацију послодавца утврђују се „испитивањем чињеничног стања од случаја до случаја и не ослањају се на технички облик преноса, већ на практичну суштину и утврђење „наставка“ обављања привредне делатности од стране новог послодавца“.⁵⁸⁰ Изузетно је тешко, међутим, предвидети исход случаја „наследства“ заснованог на принципима постављеним од Врховног суда.⁵⁸¹ Те потешкоће потичу од многих фактора, а пре свега од врсте обавеза које би

⁵⁷⁸ I. Pöthe, *op. cit.*, 43.

⁵⁷⁹ B. Veneziani, „Formation, Modification and Termination of Employment Contracts“, 53.

⁵⁸⁰ Marcus Paul Efthimiou, „State Legislative Attempts to Mandate Continuation of Collective Bargaining Agreements During Business Change: The Unfulfilled Expectations and the Preempted Results“, *Cornell Law Review*, vol. 77, број 1/1992, 47, 51.

⁵⁸¹ Један предвидљив случај био би када је нови послодавац једноставно „лажан“ или „*alter ego*“ старог послодавца, у којем случају његове обавезе остају нетакнуте. Herbert R. Northrup, Philip A. Miscimarra, *Government Protection of Employees Involved in Mergers and Acquisitions (Labor Relations and Public Policy Series)*, Industrial Research Unit, Wharton School, University of Pennsylvania, Philadelphia, 1989, 195.

могле бити наметнуте послодавцу следбенику.⁵⁸² У том смислу, и сам Врховни суд је изјавио да је „право питање у сваком од ових случајева „наследства“ које су правне обавезе новог послодавца према запосленима послодавца претходника?“⁵⁸³ Када је у питању обавеза очувања запослења, судска пракса је заузела став да иста, пре свега, зависи од врсте промене правног идентитета послодавца.⁵⁸⁴ Па тако, у случају уговорног преноса имовине предузећа, нови послодавац, начелно нема обавезе да ангажује запослене послодавца претходника, под условом да запошљавање спроводи без дискриминације⁵⁸⁵ и да таква обавеза није изричито садржана у уговору о купопродаји или у колективном уговору.⁵⁸⁶ Уколико је, пак, промена идентитета послодавца настала као последица статусне промене, радни однос може остати на снази чак и ако у колективном уговору нема одредби о обавези његовог поштовања од стране послодавца следбеника, будући да такву обавезу у појединим случајевима предвиђају државни закони о корпоративној безбедности.⁵⁸⁷ И у погледу обавезе преноса стечених права запослених, амерички судови заузимају сличан став. Наиме, будући да су код послодавца обухваћених колективним уговорима, готово сви услови рада утврђени колективним преговарањем, већина стечених права запослених темељи се на тим уговорима. Међутим, уопштено посматрано, амерички радноправни систем не захтева од послодавца следбеника да поштује услове рада утврђене колективним уговором закљученим код послодавца претходника. Према ставу Врховног суда, и послодавац следбеник и синдикат треба да поседују слободу колективног преговарања о условима рада, уместо да буду везани садржајем старог уговора,⁵⁸⁸ услед чега „ниједан регулаторни орган не може наметнути обавезу поштовања оригиналног уговора о раду

⁵⁸² Тако, примера ради, обавеза да се: 1) исправи непоштена радна пракса претходника; 2) арбитражују спорови који настану колективним преговарањем послодавца претходника; 3) признају постојећи синдикати и да се са њима преговара и 4) придржавају битних услова рада утврђених постојећим колективним уговором о раду. L. Braginsky, *op. cit.*, 243.

⁵⁸³ M. P. Efthimiou, *op. cit.*, 47, 51.

⁵⁸⁴ Осим тога, одговор на ово питање захтева анализу интереса новог послодавца и запослених, као и основне политике радног законодавства у светлу чињеница сваког случаја, а посебно правне обавезе о којој се ради - обавеза признавања и преговарања са синдикатом, обавеза исправљања нелојалне радне праксе, обавеза арбитражања или нека друга. M. P. Efthimiou, *op. cit.*, 47, 51.

⁵⁸⁵ I. Pöthe, *op. cit.*, 43.

⁵⁸⁶ Ако уговор о купопродаји садржи изричиту обавезу послодавца следбеника да задржи запослене послодавца претходника или ако колективни уговор садржи одредбу да је обавезујућ и за послодавца следбеника, синдикат има право на правни лек против послодавца претходника, укључујући право на накнаду штете због кршења одредби уговора. I. Pöthe, *op. cit.*, 43.

⁵⁸⁷ A. L. Goldman, R. L. Corrada, *op. cit.*, 360.

⁵⁸⁸ Robert Gorman, Matthew Finkin, *Basic Text on Labor Law: Unionization and Collective Bargaining*, 2nd edition, West Academic Publishing, Minnesota, 2004, 788 – 789.

новом послодавцу“.⁵⁸⁹ Стога, при утврђивању услова рада за своје новозапослене раднике, послодавац следбеник може занемарити услове рада утврђене на бази колективног уговора који је важио код послодавца претходника „све док не запосли или не одлучи да запосли већину радника свог правног претходника“.⁵⁹⁰

У том смислу, може се закључити да, иако су синдикати успели да стекну одређену заштиту својих запослених путем колективног преговарања, у Сједињеним Америчким Државама превладава правило да „послодавци нису правно обавезни да преговарају или да се саветују са синдикатима у вези са критичним стратешким одлукама“,⁵⁹¹ укључујући одлуке о продаји, спајању или подели предузећа, нити да признају услове рада утврђене колективним уговором о раду закљученим код претходног послодавца. Осим тога, доктрина „наследства“ је ограничена на само мали проценат (око 10%) радне снаге у приватном сектору који је покривен колективним уговорима.⁵⁹² Сви остали запослени који нису покривени колективним уговором или немају закључен уговор о раду на одређено време, подлежу доктрини о запошљавању „по вољи“, те у случају када корпорација за коју раде претрпи промену правног идентитета остају без икакве радноправне заштите.⁵⁹³ Постоје, додуше, одређени савезни закони, попут Закона о обавештењу о отказу у прелазном периоду прилагођавања и преквалификације радника (енгл. *Worker Adjustment and Retraining Notification Act - WARN ACT*), које послодавци морају да поштују у случајевима отказа.⁵⁹⁴ Међутим, они покушавају да ублаже финансијску несигурност запослених у

⁵⁸⁹ B. Veneziani, „Formation, Modification and Termination of Employment Contracts“, 53. Практично, то значи да послодавац следбеник не може бити везан колективним уговором закљученим са послодавцем претходником, осим ако он сам не одлучи другачије. I. Pöthe, *op. cit.*, 44.

⁵⁹⁰ I. Pöthe, *op. cit.*, 44.

⁵⁹¹ J. R. Bellace, *op. cit.*, 413-415.

⁵⁹² Према подацима Бироа за статистику рада Одељења за рад, у Сједињеним Америчким Државама је 2020. године проценат најамних радника који су били чланови синдиката - стопа чланства у синдикатима - износио 10,8%, што је за 0,5 процентних поена више у односу на 2019. годину. Број најамних радника који су чланови синдикатима је у 2020. години опао за 321.000 (2,2%) у односу на 2019 и износи 14,3 милиона. Поређења ради, 1983. године, прве године за коју су доступни упоредиви синдикални подаци, стопа чланства у синдикату износила је 20,1%, што је представљало 17,7 милиона синдикалних радника. Bureau of Labor Statistics, U.S. Department of Labor, News Release, Union Members - 2020, January 22, 2021, <https://www.bls.gov/news.release/union2.nr0.htm>, 31. 3. 2021.

⁵⁹³ L. Braginsky, *op. cit.*, 234. „Када је запошљавање/отпуштање „по вољи“, уговорна права и обавезе у великој мери нестају или постају празне љуске, јер права и обавезе који произлазе из трајне везе могу имати мало суштине када било која страна може прекинути везу у било ком тренутку из било ког разлога или без њега.“ Clyde W. Summers, „The Rights of Individual Workers: The Contract of Employment and the Rights of Individual Employees: Fair Representation and Employment at Will“, *Fordham Law Review*, vol. 52, број 1/1984, 1082, 1085.

⁵⁹⁴ Осим наведеног, постоје савезни закони који штите посебна права запослених у случају отказа (наслов VII Закона о грађанским правима од 1964. године (слобода од дискриминације при запошљавању по основу пола, расе, националног порекла, вероисповести); Закон о Американцима са инвалидитетом (слобода од дискриминације на основу инвалидитета); NLRA (право на ангажовање у радничким

случајевима реорганизације послодавца подстицањем претходног обавештавања о отказу због промена у пословној активности или технологији, али не пружају заштиту од престанка радног односа.⁵⁹⁵

И, најзад, треба уочити и то да су 90-их година прошлог века, у неким државама, попут Делавера, Масачусетса и Пенсилваније, усвојени закони којима се проширује делокруг савезне доктрине „наследства“ на све случајеве промене послодавца, уз обавезу послодавца следбеника да преузме све суштинске одредбе уговора о раду, а не само обавезу преговарања или арбитража према колективном уговору.⁵⁹⁶ Осим тога, закони ових држава пружају запосленима којима је ускраћена зарада или друго законско право могућност подношења правнозаштитног захтева не само послодавцу претходнику, већ и његовом правном следбенику, ако послодавац претходник не поседује потребна финансијска средства за испуњење захтева.⁵⁹⁷ Међутим, упркос већој заштити запослених коју пружају, не сме се губити из вида то да ови закони, као и доктрина „наследства“, штите само синдикално организоване запослене у приватном сектору, те, у суштини, представљају само закрпу система заштите запослених, а не уједначен систем. Такође, они се суочавају са критикама да су, сходно клузули о превласти, неуставни. Присталице таквог мишљења тврде да савезни Национални закон о радним односима (*NLRA*), који промовише колективно преговарање, има превласт над државним законом у овој области. Будући да је федерално развијена судска пракса (тј. доктрина „наследства“), као последицу промоције колективног преговарања усвојила став да ниједна страна не сме бити приморана да прихвати суштинске одредбе колективних уговора у којима није била преговарачка страна,⁵⁹⁸ наметањем обавезе

активностима) или пружају експлицитне правне лекове запосленима који су отпуштени или дисциплински кажњени због тражења заштите или због учешћа у поступцима извршења према овим законима. A. L. Goldman, R. L. Corrada, *op. cit.*, 99.

⁵⁹⁵ Према одредбама наведеног Закона, који је примењив на послодавце који имају 100 или више запослених на неодређено време (укључујући и руководећи кадар), „у ситуацији која укључује продају дела или целокупног предузећа који не резултира затварањем погона или масовним отпуштањем и под претпоставком да се купац сложио да ангажује запослене послодавца претходника, запослени код послодавца претходника на дан продаје предузећа постају, у смислу овог Закона, запослени послодавца следбеника одмах након извршене продаје“. Притом, одбијање понуде за пренос уговора о раду се сматра добровољним одласком, осим ако понуђени посао не представља „конструктивно отпуштање“, што би укључивало ситуације у којима се врше суштинске измене услова рада на штету запосленог, као што су значајне промене у заради, накнадама, неразумна удаљеност од места рада или опис посла. I. Pöthe, *op. cit.*, 46.

⁵⁹⁶ Тако, примера ради, закон државе Делавер прописује да „ниједно спајање, припајање, продаја имовине или пословна промена неће резултирати укидањем или изменом одредби било ког уговора о раду који покрива лица ангажована у овој држави и о којима преговара радничка организација, агент за колективно преговарање или други представник запослених“. L. Braginsky, *op. cit.*, 244.

⁵⁹⁷ *Ibid.*, 245.

⁵⁹⁸ Пресуда Врховног Суда Сједињених Америчких Држава у предмету бр. 71-123 (*NLRB v. Burns Int'l Security Svcs., Inc.*) од 5. маја 1972. године (406 U.S. 272 (1972)).

послодавцу следбенику да призна синдикат и колективне уговоре о раду закључене код послодавца претходника, државни закони могу кршити идеале савезног америчког права и, према томе, бити неуставни.⁵⁹⁹

Слично Сједињеним Америчким Државама, и у Канади, такође, не постоји посебан правни пропис који регулише правни статус запослених у случају промене послодавца.⁶⁰⁰ Свака покрајина (њих десет), територија (три) и федерална влада имају свој јединствени правни режим радних односа, а федерални и покрајински закони, који су иначе примењиви на однос послодавца и запосленог, примењују се, такође, и у контексту промене послодавца.⁶⁰¹ Међутим, за разлику од америчког права, уобичајена особина канадског радног законодавства је да синдикално чланство и колективни уговор прате предузеће које се преноси. У том смислу, радно законодавство у свим канадским јурисдикцијама предвиђа да ће послодавац следбеник који настави, без прекида, обављање делатности свог претходника бити „послодавац наследник“.⁶⁰² Као правни наследник, послодавац следбеник ће у основи „загазити у ципеле“ послодавца претходника у погледу свих питања радног односа, укључујући обавезу признавања синдиката и претходно закључених колективних уговора о раду, као и одговорност за нерешене жалбе и арбитраже. Међутим, канадско радно законодавство не замрзава права и обавезе уговорних страна након преноса предузећа: послодавац следбеник одмах након преноса остварује потпуно иста права и обавезе као његов претходник. Као резултат, важење колективног уговора ће истећи у исто време у које би истекло код

⁵⁹⁹ L. Braginsky, *op. cit.*, 247.

⁶⁰⁰ Сви радни односи у Канади уређује се уговором о раду, у складу са правилима *common law*-а или, у Квебеку, према правилима Грађанског законика (*Civil Code of Québec -CCQ*). У недостатку изричитих супротних одредби, *common law*, односно Грађански законик постављају основне, минималне услове рада у сваком уговору о раду. Најзначајнији од њих је да се уговор о раду, а тиме и радни однос, не могу отказати без оправданог разлога, разумног обавештења о отказу или новчане наканде уместо таквог разумног обавештења. Осим у Квебеку, канадски послодавци и њихови запослени се, углавном, могу сложити (пре заснивања радног односа) која ће бити максимална накнада или отказни рок ако запосленом престане радни однос без оправданог разлога. Такав уговор или споразум може ограничити право запосленог највише до законски прописаног минималног стандарда утврђеног посебно у свакој покрајини, при чему су потребни јасни докази о постојању таквог споразума. При преносу предузећа, уговорна одговорност послодавца ће зависити од тога да ли ће и под којим условима послодавац следбеник наставити да запошљава запослене. Richard Press, „Canada“, у: Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, Tim Marshall (eds), *Transfer of Business and Acquired Employee Rights - A Practical Guide for Europe and Across the Globe*, Springer-Verlag, Berlin, 2016, 597-599.

⁶⁰¹ *Ibid.*, 595.

⁶⁰² Да би се утврдило да ли је дошло до „наследства“, надлежни одбори за рад обично постављају два претходна питања: 1) да ли постоји „предузеће“?, и 2) да ли је предузеће „отуђено“? Уколико је одговор на оба питања потврдан, приступа се анализи кључног питања у поступку одлучивања о постојању „наследства“ - утврђењу постојања „уочљивог континуитета“ предузећа. Ако надлежни одбор за рад утврди да постоји такав континуитет предузећа и да се колективни уговори о раду могу разумно применити код наследника предузећа, донеће одлуку да је дошло до „наследства“. Одбор, такође, има надлежност да утврди која су права и обавезе стечена и задржана као резултат преноса предузећа. *Ibid.*, 606-607.

послодавца претходника. Он, такође, има иста права у погледу преговарања о обнављању колективног уговора, укључујући тражење уступака од синдиката и прибегавање економским мерама (попут *lock out-a*) да би се ти уступци обезбедили.⁶⁰³

Поменимо, најзад, и аустралијско радно право у којем је заштита запослених у случају преноса предузећа (промене послодавца) садржана у Закону о поштенем раду од 2009. године (енгл. *Fair Work Act*).⁶⁰⁴ Према одредбама наведеног Закона, до преноса предузећа са једног послодавца (старог послодавца) на другог послодавца (новог послодавца) долази ако постоје следеће околности: 1) запосленом код старог послодавца је престао радни однос; 2) у року од 3 месеца по престанку радног односа запосленог је радно ангажовао нови послодавац; 3) посао који је запослени обављао код новог послодавца је исти или суштински исти као посао који је обављао код старог послодавца, и 4) постоји одређена врста везе између старог послодавца и новог послодавца (примера ради, пренос предузећа између повезаних лица, пренос имовине, *outsourcing*).⁶⁰⁵ Уколико су испуњени наведени услови и дође до преноса предузећа, аустралијско право, међутим, не предвиђа законску обавезу новог послодавца да запосли или понуди запослење било ком запосленом старог послодавца. Осим тога, не постоји ни законска обавеза новог послодавца да преузетим запосленима понуди исте или сличне услове рада, с тим да таква обавеза може бити део комерцијалног аранжмана између старог и новог послодавца као део уговора о екстернализацији или продаји пословања или имовине. Међутим, уколико нови послодавац запосли лица која су била запослена код старог послодавца, њихова права садржана у *уговору о радном месту* (енгл. *workplace agreement*) који је био обавезујући за старог послодавца биће обавезујућа и за новог послодавца у односу на тог запосленог.⁶⁰⁶ Тамо где нови послодавац ангажује друге запослене након преноса предузећа (тј. запослене који нису радили код старог послодавца), он неће бити везан уговором о радном месту старог послодавца.

Наведени примери из упоредног радног права јасно показују да одређени, барем минимални, видови заштите запослених, постоје у готово свим државама света, што само

⁶⁰³ *Ibid.*, 673.

⁶⁰⁴ Risk Catanzariti, „Australia“, у: Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, Tim Marshall (eds), *Transfer of Business and Acquired Employee Rights - A Practical Guide for Europe and Across the Globe*, Springer-Verlag, Berlin, 2016, 673-675.

⁶⁰⁵ *Ibid.*, 674-675.

⁶⁰⁶ Наиме, многи послодавци у Аустралији закључују уговоре о радном месту, обично на период до 4 године. Ови уговори по правилу садрже минималне услове рада које послодавац мора да поштује, покривајући низ питања као што су зарада, новчане накнаде, рад викендом или рад на дан државног празника, права на одсуство, отпремнине итд. R. Catanzariti, „Australia“, 677-678.

по себи потврђује потребу њеног постојања. Међутим, међу државама постоје значајне разлике, како у погледу правних извора којима је питање радноправних последица промене послодавца регулисано, тако и у погледу обима и начина заштите запослених. Пружена заштита је, свакако, значајно већа у држава европско-континенталне правне традиције које су законским прописима уредиле питање правног положаја запослених, уводећи правило о очувању запослења и *ex lege* преносу уговора о раду у случају промене послодавца. Па ипак, оштре разлике између европско-континенталне и англо-америчке породице права не постоје, будући да у оба велика правна система постоје примери држава које својим карактеристикама одступају од начелних одлика те породице права. Наведено само потврђује одсуство јасних стандарда у овој области и лутање држава у покушају да пронађу адекватан баланс између супростављених интереса капитала и рада, који је гарант привредног развоја и заштите људских права.

3. МЕЂУНАРОДНИ И ЕВРОПСКИ СТАНДАРДИ РАДА ОД ЗНАЧАЈА ЗА ЗАШТИТУ ЗАПОСЛЕНИХ У СЛУЧАЈУ ПРОМЕНЕ ПОСЛОДАВЦА

3.1. Стандарди Међународне организације рада

Различит приступ националних права један је од разлога што питање заштите права запослених код промене послодавца није постало предмет регулисања неког правног акта Међународне организације рада. Премда су први међународни стандарди рада који за свој предмет имају заштиту радног односа од неоправданог отказа усвојени под окриљем Међународне организације рада,⁶⁰⁷ а у складу са њеном посвећеношћу стварању услова за достизање социјалне правде и уједначавање стандарда рада широм света,⁶⁰⁸ питање очувања радног односа у случају промене послодавца није постало непосредни предмет регулисања неке од конвенција или препорука ове организације. Деликатност овог питања, и, нарочито, велике националне разлике које постоје у погледу његовог уређивања, разлочи су због којих се може очекивати да се такво стање неће променити ни у скорој будућности. То, међутим, не значи да под окриљем ове организације нису зајемчени неки елементи заштите запослених у околностима промене послодавца. У том смислу, најпре, треба поменути Конвенцију број 158 и

⁶⁰⁷ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, 203.

⁶⁰⁸ Више о циљевима МОП-а видети: Горан Обрадовић, *Примена међународних стандарда рада*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2011, 7-9.

Препоруку број 166 о престанку радног односа на иницијативу послодавца,⁶⁰⁹ будући да је управо овим актима остварена идеја о неопходности заштите радника од арбитрарног и неоправданог престанка радног односа, увођењем правила да „радни однос радника неће престати ако за такав престанак не постоји ваљан разлог везан за способност или понашање радника или за оперативне потребе предузећа, установе или службе“.⁶¹⁰ Поред општих правила о престанку радног односа на иницијативу послодавца, предметна Конвенција обухвата и додатне одредбе о престанку радног односа због економских, технолошких, структуралних или сличних разлога, истичући на тај начин деликатност и значај последица отказа из економских и сличних разлога.⁶¹¹ По наведеним одредбама, послодавце би требало обавезати на предузимање неопходних мера, како би се спречило или ограничило смањење броја запослених, без штете по добро функционисање предузећа. У том смислу, Конвенција предвиђа да у овом случају, отказу мора претходити благовремено информисање јавне службе за запошљавање, као и информисање и консултовање радничких представника о мерама које имају за циљ спречавање или ограничавање отпуштања на најмањи могући обим, односно отклањање негативних последица колективног отпуштања, ако је оно неминовно.⁶¹² Осим тога, „у случајевима престанка радног односа за које је речено да је до њих дошло због оперативних потреба предузећа, установе или службе, (надлежна национална) тела [...] су овлашћена да утврде да ли је до престанка радног односа стварно дошло из тих разлога“.⁶¹³ Стога, иако се Конвенција број 158 и пратећа Препорука нису бавиле последицама промене идентитета послодавца на радни однос, њиховим усвајањем Међународна организација рада је, по узору на државе европско-континенталне правне традиције, поставила стандарде заштите запослења коју би нужно требало обезбедити свим радницима широм света. Не ограничавајући право послодавца да своје пословање прилагођава потребама тржишта и, у складу с тим,

⁶⁰⁹ Конвенција број 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца (*Службени лист СФРЈ - Међународни уговори*, бр. 4/84); Препорука број 166 о престанку радног односа (*Termination of employment recommendation*, 1982).

⁶¹⁰ Конвенција број 158, члан 4. Као ни Препорука број 119 која је претходила њеном усвајању, тако ни Конвенција не садржи каталог ваљаних отказних разлога, већ методом негативне еnumerације одређује само круг разлога који се не могу сматрати ваљаним разлозима за престанак радног односа. Видети: Конвенција бр. 158, члан 5-6.

⁶¹¹ Детаљно о наведеним одредбама видети: Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, 207-215; Ана Лазаревић, *Радни спорови у вези са колективним отпуштањем запослених и методи за њихово решавање*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2019, 70-78.

⁶¹² Конвенција број 158, чл. 13 и 14.

⁶¹³ Конвенција број 158, члан 9, став 3. Према је реч о изузетно важном питању, Конвенција број 158 релативизује ову врсту имунитета и допушта државама чланицама да националним прописима поставе границе у оквиру којих ће тела која одлучују о жалби радника моћи да преиспитују целисходност одлука послодавца.

суверено одлучује о обиму и структури радне снаге коју ангажује, предметна Конвенција успоставља корективне механизме који имају за циљ да се наведено послодавчево право врши на начин којим се радноправни статус и социјално-економски положај запослених не нарушавају у већој мери него што је то неопходно.⁶¹⁴ На тај начин, стварањем свести о неопходности успостављања баланса између потребе послодавца да кадровску политику прилагођава тржишним променама и неопходности заштите запослених од губитка посла из разлога које нису скривили, Међународна организација рада је Конвенцијом број 158, истовремено, указала и на правац будућег развоја радноправне регулативе. С обзиром на наведено, може се слободно закључити да одредбе ове Конвенције (и пратеће Препоруке) представљају *sedes materiae* питања заштите права запослених приликом промене правног идентитета послодавца.

Још једна добро позната конвенција Међународне организације рада, која не третира посебно питање заштите запослења у околностима промене послодавца, али се права гарантована њом оцењује значајним са аспекта заштите права запослених у случају преноса инсолвентног предузећа, јесте Конвенција број 173 о заштити потраживања запослених у случају платежне неспособности послодавца од 1992. године.⁶¹⁵ Имајући у виду да се у овом случају ради о инсолвентном послодавцу, пред законодавцима се налази сложен задатак уравнотежења интереса различитих категорија поверилаца, интереса дужника (послодавца) и интереса државе. Због нарочито изражених социјалних последица инсолвентности, особеност правног положаја запослених лежи у потреби преиспитивања могућности опоравка - реорганизације инсолвентног послодавца и очувања запослености.⁶¹⁶ Стога је потребно утврдити да ли се начело очувања запослења у околностима промене послодавца може применити и у ситуацији када се та промена дешава у поступку стечаја (реорганизације) инсолвентног послодавца. У том смислу, од значаја могу бити и универзални стандарди садржани у Конвенцији број 173, који уводе три нивоа заштите запослених, и то: заштиту потраживања запослених; обезбеђивање новчаног примања на име отпремнине које се исплаћује у вези са престанком радног односа и заштиту запослења, *inter alia*, кроз

⁶¹⁴ А. Лазаревић, *op. cit.*, 68.

⁶¹⁵ Конвенција број 173 о заштити потраживања запослених у случају платежне неспособности послодавца (Protection of Workers' Claims (Employer's Insolvency) Convention, 1992, No. 173). Република Србија није извршила ратификацију ове конвенције.

⁶¹⁶ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, 599.

напоре да се спроведе поступак реорганизације (а не банкротства) предузећа где је то могуће.⁶¹⁷

И, најзад, одређени значај за уређивање заштите запослених у случају промене послодавца под окриљем Међународне организације рада имају и одредбе Препоруке број 129 о комуникацији између послодавца и радника унутар предузећа од 1967. године.⁶¹⁸ То, пре свега, вреди за обавезу држава чланица да предузму одговарајуће мере како би послодавци и њихове организације, као и радници и њихове организације, у њиховом обостраном интересу, препознали важност климе међусобног разумевања и поверења у предузећима, што је пожељно и за ефикасност предузећа и за тежње радника.⁶¹⁹ У том смислу, „информације које руководство треба да пружи, узимајући у обзир њихову природу, треба да буду упућене радницима или њиховим представницима и, колико је то могуће, треба да укључују сва питања од интереса за раднике која се односе на рад и будуће планове предузећа, као и на садашњу и будућу ситуацију радника, уколико откривање информација неће нанети штету странкама“.⁶²⁰ Конкретно, управа треба да пружи информације, поред осталог, у вези са општим условима запослења, укључујући заснивање, пренос или престанак радног односа, са општом ситуацијом у предузећу и перспективама и плановима за његов будући развој, као и одлукама које могу директно или индиректно утицати на положај запослених у предузећу, што, свакако, подразумева и информације о будућој промени послодавца.⁶²¹ Гарантујући право запослених да буду информисани, поред осталог, и о будућој промени послодавца, предметна Препорука доприноси њиховој бољој и потпунијој заштити. Међутим, њена мањкавост је што се само задржала на прокламацији тог права, без икакве даље разраде. Сходно томе, она не разрађује питање времена достављања нити садржаја потребних информација (попут разлога за прибегавање промени, правне импликације промене на положај запослених, мере које ће бити предузете у вези са запосленима и сл.). Осим тога, одредбе Препоруке немају

⁶¹⁷ N. Smit, *Labour Law Implications of the Transfer of an Undertaking*, 72. Конвенцијом су, иначе, предвиђена два принципа намирена: 1) намирена по принципу првенства - које гарантује запосленима да им се одређена потраживања према послодавцу исплате пре свих других потраживања, или да се сврстају у вишу категорију права, и 2) намирена по принципу јемства - које се користи када се потраживања не могу намирити из стечајне масе. Конвенција бр. 173, члан 5-13.

⁶¹⁸ Препорука број 129 о комуникацији између послодавца и радника унутар предузећа од 1967. године (Recommendation concerning Communications between Management and Workers within the Undertaking, 1967).

⁶¹⁹ Препорука бр. 129, члан 1 и 2.

⁶²⁰ *Ibid.*, члан 15, став 1.

⁶²¹ *Ibid.*, члан 15, став 2, тач. а, ј и к.

правнообавезујућу снагу, па, чак и овако ограничено право запослених не представља обавезу за имплементацију државама потписницама.

3.2. Стандарди Савета Европе

Заштита права запослених у случају промене послодавца није нашла своје место ни у правним актима Савета Европе. Премда прожета идејама једнакости, солидарности и достојанства на раду, Европска социјална повеља (1961),⁶²² ни својим изворним текстом, као ни касније усвојеним протоколима од 1988,⁶²³ 1991.⁶²⁴ и 1995. године,⁶²⁵ у каталог основних економских и социјалних права није уврстила право запослених на очување запослења у случају промене послодавца. Тај пропуст није отклоњен ни у Ревидираној европској социјалној повељи,⁶²⁶ најразвијенијем европском инструменту за заштиту социјалних права, који ужива епитет „социјалног устава“ Савета Европе.⁶²⁷ Па ипак, Ревидирана европска социјална повеља, поред основних, садржи и низ других, тзв. осталих права, која се не морају обавезно преузети ратификацијом, а од којих два могу бити од одређеног значаја за уређивање заштите запослених у случају промене послодавца, и то (1) право на заштиту од неоправданог отказа и (2) право на информисање и консултовање.⁶²⁸ Концепција права на заштиту од неоправданог отказа која је уведена овом Повељом инспирисана је Конвенцијом Међународне организације рада број 158, при чему су многе одредбе и скоро дословно преписане. Отуда је њихов значај, у контексту института промене послодавца, исти као и значај релевантних одредби предметне Конвенције, о чему је напред било речи. Посебно је важна чињеница да се, упркос великим националним разликама, Савет Европе придружио Међународној организацији рада на путу обезбеђивања делотворног остваривања права

⁶²² Европска социјална повеља (European Social Charter, *European Treaty Series*, No. 35).

⁶²³ Додатни протокол уз Европску социјалну повељу (Additional Protocol to the European Social Charter, *European Treaty Series*, No. 128).

⁶²⁴ Протокол којим се мења Европска социјална повеља (Protocol amending the European Social Charter, *European Treaty Series*, No. 142).

⁶²⁵ Додатни протокол уз Европску социјалну повељу којим се обезбеђује систем колективних тужби (Additional Protocol to the European Social Charter providing for a System of Collective Complaints, *European Treaty Series*, No. 158).

⁶²⁶ Ревидирана европска социјална повеља (*Службени гласник РС - Међународни уговори*, бр. 42/09).

⁶²⁷ Mélanie Schmitt, „The Right to Protection in Cases of Termination of Employment“, у: Niklas Bruun, Klaus Lörcher, Isabelle Schömann, Stefan Clauwaert (eds), *The European Social Charter and The Employment Relation*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2017, 417.

⁶²⁸ Ниједно од наведених права није било сврстано у ред социјалних права одредбама Европске социјалне повеље, тако да аспект Повеље представљају социјална права друге генерације, чије се конституисање у правној теорији оцењује изузетно значајним за ширење скале социјалних права на европском нивоу. Република Србија је приликом ратификације Ревидиране европске социјалне повеље прихватила обавезу поштовања оба наведена права.

радника да не буду отпуштени, ако за то не постоји ваљани разлог. Тиме је, на известан начин, указао на свој став по питању сигурности запослења, што, свакако, може бити од утицаја на начин уређивања радноправних последица промене послодавца, као и на тумачење постојећих националних правних прописа посвећених овом питању.

Поред тога што је увела концепцију ваљаних отказних разлога, Ревидирана европска социјална повеља је заштиту запослених и сигурност запослења додатно оснажила предвиђањем обавеза држава уговорница да усвоје или подстакну мере које омогућују радницима или њиховим представницима, у складу са националним законодавством или праксом, да буду редовно или у одговарајућем тренутку информисани на разумљив начин о економској и финансијској ситуацији у предузећу које их запошљава,⁶²⁹ као и да буду правовремено консултовани о предложеним одлукама које би могле значајно утицати на интересе радника, посебно о оним одлукама које би могле да имају значајан утицај на ситуацију у погледу радног односа у предузећу.⁶³⁰ Према одредбама овог значајног правног акта није предвиђена изричита заштита стечених права запослених, увођењем права (радника или њихових представника) на информисање и консултовање о планираној промени послодавца, она обезбеђује сигурније услове рада.

3.3. Право Европске уније

Највећи утицај на увођење минималних стандарда заштите права запослених имала је Европска унија. Материја промене послодавца је на комунитарном нивоу детаљно уређена Директивом 2001/23/ЕЗ о усклађивању законодавстава држава чланица у односу на заштиту права запослених код преноса предузећа, посла или делова предузећа или посла, која је заменила истоимену Директиву 77/187/ЕЗ. Наведена Директива представља први и једини међународни правни извор који за свој основни предмет има права запослених у случају промене послодавца. Осим тога, ова Директива је извршила велики утицај на увођење правила о заштити запослених чији послодавац врши статусне промене или други вид промене правног идентитета, и то не само у законодавствима држава чланица Европске уније, већ и бројних других држава широм Европе и света. Сходно томе, она ће у раду бити детаљније анализирана.

⁶²⁹ Притом, „откривање одређених информација које би могле бити штетне по предузеће може да се ускрати или сматра поверљивим“. Ревидирана европска социјална повеља, члан 23, став 1, тачка 1.

⁶³⁰ Ревидирана европска социјална повеља, члан 23, став 1, тачка 1.

3.3.1. Порекло Директиве 77/187/ЕЕЗ - јединствено тржиште и економска интеграција

У првим деценијама постојања Европских заједница, материја радног права није уживала пажњу комунитарних институција. Европској заједници су поверавани циљеви економске природе, док се социјалној политици поклањало врло мало пажње.⁶³¹ Према је Римски уговор садржао социјалне одредбе,⁶³² оне су „углавном биле подстицајне и ретко су признаване као непосредна права грађана“.⁶³³ Како примећује Davies „Римски уговор се више бавио радном снагом као производним фактором, него механизмима за исправљање асиметричних односа између послодавца и запосленог“.⁶³⁴ Ефекат заокупљености економском интеграцијом био је очување доминантне улоге националних законодаваца у односу на социјалну политику, уз истовремено искључивање европске надлежности. За интервенцију Заједнице у социјалном пољу није постојао изричит правни основ, а за усвајање било каквих социјалних мера била је потребна једногласна одлука. Стога је обим интервенције у социјалном пољу према члану 117 (сада члан 151 УФЕУ)⁶³⁵ био значајно ограничен чланом 100 (сада члан 115 УФЕУ)⁶³⁶ који предвиђа приближавање националних закона само у мери у којој је то неопходно ради успостављања или функционисања унутрашњег тржишта. У том смислу, Davies указује да се „у периоду пре Социјалног акционог програма радно право Заједнице морало успостављати полако и болно, углавном путем директива усвојених у

⁶³¹ Линец Александр Александрович, *Трудовые и социально-партнерские отношения при передаче предприятия по праву Европейского Союза и Российской Федерации*, Юридический факультет, Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова, Москва, 2014, 14.

⁶³² Иако је основни циљ Уговора о оснивању Европске економске заједнице (наведен у члану 2) - успостављање заједничког тржишта, постепено приближавање економске политике држава чланица и промовисање у целој Заједници складног развоја економских активности - несумњиво економски, он је, ипак, имао социјалну димензију која се огледала у постизању „убрзаног подизања животног стандарда“. Такође, у преамбули Уговора потписници су се два пута позвали на социјалну политику, и то, најпре, изјавом да су решени „да заједничким деловањем осигурају економски и социјални напредак својих земаља ради уклањања баријера које деле Европу“, а, потом, потврдом да је „основни циљ њихових напора стално побољшање услова живота и рада својих народа“. Кључне социјалне одредбе Римског уговора су, пак, садржане у наслову о социјалној политици, образовању, стручном оспособљавању и младима који се састојао од три поглавља и дванаест чланова. Treaty establishing the European Economic Community - Treaty of Rome (EEC), (*Official Journal* C 224, 31.8.1992, 6–79), чл. 117 -128.

⁶³³ С. Barnard, *op. cit.*, 4.

⁶³⁴ Paul Davies, „The European Court of Justice, National Courts and the Member States“, у: Paul Davies, Antoine Lyon-Caen, Silvana Sciarra, Spiros Simitis (eds), *European Community Labour Law: Principles and Perspectives*, Clarendon Press, Oxford, 1996, 96.

⁶³⁵ „Државе чланице се слажу око потребе промовисања побољшаних услова рада и побољшаног животног стандарда радника, како би се омогућило њихово усклађивање уз истовремено одржавање побољшања“.

⁶³⁶ „Савет ће једногласно, на предлог Комисије, доносити директиве о приближавању одредби прописаних законом, уредбама или административним мерама у државама чланицама које непосредно утичу на успостављање или функционисање унутрашњег тржишта“.

складу са одредбама члана 100 о „попуњавању празнина“.⁶³⁷ Недостатак интензивне интервенције Заједнице на социјалном пољу се објашњава неспремношћу држава чланица да решавање питања радног права пренесу у надлежност Заједнице. Овај приступ је, како примећује Syrpis, праћен намером да се националним законима ојача социјално управљање држава чланица као противтежа деловању на нивоу ЕУ.⁶³⁸ Међутим, седамдесете године XX века, заједно са низом економских криза, донеле су значајне промене у концепт социјалне политике Европске економске заједнице. „После Париског самита шефова држава, односно влада Заједнице одржаног 1972. године, ова заједница напушта индиферентан став према области радног права, пригрливши идеју да се, уз економску, мора развијати и социјална димензија Заједнице“.⁶³⁹ Интеграција, отуда, престаје да буде „чисто економски пројекат“,⁶⁴⁰ што је потврђено и у Социјалном акционом програму за период од 1974-1976. године (даље у тексту - САП).⁶⁴¹ Премда су нафтни шокови из 1970. године играли кључну улогу у усвајању САП-а, Bercusson истиче присуство других значајних фактора који су припремили терен за ову политичку одлуку.⁶⁴² Прво, активније учешће синдиката на европском нивоу, на шта указује оснивање европског тела за везу између две најјаче синдикалне федерације у Француској и Италији (CGT и CGIL), које до тада нису биле активне на нивоу Заједнице. Друго, велика забринутост Италије и Француске због студентских протеста и штрајкова радника који су се повећавали крајем 60-их XX века, али и подједнако интересовање Немачке и земаља Бенелукса за решавање основних социјалних проблема. Треће, планирано ширење Заједнице на Норвешку, Данску, Велику Британију и Ирску будући да је у Заједницу требало да уђе разноврснији скуп социјалних система. Коначно, велики политички полет у најугицајнијим земљама Заједнице био је пресудан за усвајање САП-а.⁶⁴³ У то време се схвата да чисто економски интеграциони модел не може успети у својим циљевима без енергичне акције на социјалном пољу.⁶⁴⁴ Стога, за разлику од политике уздржавања Римског

⁶³⁷ P. Davies, „The European Court of Justice, National Courts and the Member States“, 104.

⁶³⁸ Phil Syrpis, *EU Intervention in Domestic Labour Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, 7.

⁶³⁹ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, 224.

⁶⁴⁰ В. Bercusson, *op. cit.*, 5.

⁶⁴¹ Council Resolution of 21 January 1974 concerning a social action programme (*Official Journal* C 13, 12.2.1974, 1-4).

⁶⁴² В. Bercusson, *op. cit.*, 108-109.

⁶⁴³ У Немачкој је канцелар Willy Brandt био спреман да социјалну агенду Европске економске заједнице постави као примарни циљ немачке политичке филозофије, а у Француској се Georges Pompidou, који је наследио Charles De Gaulle након његовог пензионисања 1969. године, показао мање заокупљеним француском аутономијом и више посвећеним европским интеграцијама. В. Bercusson, *op. cit.*, 108-109.

⁶⁴⁴ С. Barnard, *op. cit.*, 9.

уговора,⁶⁴⁵ САП као циљеве Заједнице опредељује и три циља социјалне политике: 1) достизање пуне запослености; 2) побољшање услова рада и живота; 3) већу укљученост менаџмента и радника у економским и социјалним одлукама, као и у животу предузећа.⁶⁴⁶ Проблем је, међутим, било одсуство правног основа за интензивнији развој заједничке социјалне политике, па се прибегло општим одредбама Римског уговора (чланови 100 и 235) које су предвиђале усвајање директива ради приближавања националних закона држава чланица које непосредно утичу на успостављање и функционисање заједничког тржишта.⁶⁴⁷ Тако су усвојене три директиве у области реструктурирања предузећа, и то о заштити права запослених у случају колективних отпуштања (Директива 75/129/ЕЕЗ)⁶⁴⁸, промене послодавца (Директива 77/187/ЕЕЗ) и инсолвентности послодавца (Директива 80/987/ЕЕЗ).⁶⁴⁹ Примена ових директива је требало да обезбеди упоредиву заштиту права запослених у свакој држави чланици, уз усклађивање трошкова колективних отпуштања, као и трошкова инсолвентности и преноса предузећа која послују на комунитарном нивоу.⁶⁵⁰ Не треба губити из вида ни друге разлоге који су утицали на њихово усвајање, укључујући и настојање да се регулише социјална моћ која је, по правилу, у сваком друштву неједнако распоређена, те ублажи отпор запослених према реструктурирању предузећа.⁶⁵¹ Према мишљењу Michael Shanks, тадашњег генералног директора за социјална питања, циљ усвајања ових директива „био је да обезбеди пристанак радника на програм реорганизације предузећа или барем њихово пристајање на њега“.⁶⁵² Идеја је била да се радницима не дозволи вето на овај процес, који се сматрао неопходним и пожељним делом

⁶⁴⁵ Видети више: Simon Deakin, „Labour Law as Market Regulation: The Economic Foundations of European Social Policy“, у: Paul Davies, Antoine Lyon-Caen, Silvana Sciarra, Spiros Simitis (eds), *European Community Labour Law: Principles and Perspectives*, Clarendon Press, Oxford, 1996, 67-70.

⁶⁴⁶ Council Resolution of 21 January 1974 concerning a social action programme (*Official Journal* C 13, 12.2.1974, 1-4)

⁶⁴⁷ Wolfgang Daubler, „Instruments of EC Labour Law“, у: Paul Davies, Antoine Lyon-Caen, Silvana Sciarra, Spiros Simitis (eds), *European Community Labour Law: Principles and Perspectives*, Clarendon Press, Oxford, 1996, 155-156.

⁶⁴⁸ Council Directive 75/129/EEC of 17 February 1975 on the approximation of the laws of the Member States relating to collective redundancies (*Official Journal* L 48, 22.2.1975, 29-30).

⁶⁴⁹ Council Directive 80/987/EEC of 20 October 1980 on the approximation of the laws of the Member States relating to the protection of employees in the event of the insolvency of their employer (*Official Journal* L 283, 28.10.1980, 23-27).

⁶⁵⁰ Roger Blanpain, *European Labour Law*, 12th revised edition, Kluwer Law International, The Hague/London, New York, 2010, 683.

⁶⁵¹ Mark Jefferey, Jeffery, Mark, „European Union Developments, European Labor Laws Relating to Business Restructuring“, *Comparative Labor and Policy Journal*, vol. 24, број 1/2003, 674.

⁶⁵² Michael Shanks, „Introductory Article: The Social Policy of the European Communities“, *Common Market Law Review*, број 14/1977, 373. Наведено према: Paul Davies, „Transfer of Undertakings“, у: Silvana Sciarra (ed.), *Labour Law in the Courts – National Judges and the European Court of Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2001, 134.

проширења тржишта, већ да им се законом Заједнице пружи одређено уверење да ће њихови интереси бити узети у обзир када руководство одлучује о реструктурирању, те да им се обезбеди одређена заштита против негативних ефеката поступка реорганизације предузећа.⁶⁵³ САП је, дакле, тежио заштити радника од социјалних последица реструктурирања предузећа, али без оспоравања превладавајуће улоге држава чланица у социјалном пољу. Отуда и Barnard запажа да „иако се ово законодавство чинило прилично опсежним, у ствари је било ограничено на одређене области радног права, а не на ширу друштвену сферу како је првобитно било предвиђено у Саопштењу из 1972. године“.⁶⁵⁴ Слично резонује и Freedland, те наводи илустративне примере једнакости плаћања мушкараца и жена, колективног отпуштања и заштите стечених права радника у случају промене послодавца како би указао да су шира питања дискриминације у запошљавању, престанка радног односа и колективног преговарања остала изван делокруга европског радног законодавства.⁶⁵⁵

3.3.2. Правни оквир Директиве 77/187/ЕЕЗ

Међу своје главне циљеве Социјални акциони програм (САП) је укључио заштиту „интереса радника у погледу задржавања права и предности у случају спајања, припајања или рационализације предузећа“,⁶⁵⁶ као и заштиту „повећаног учешћа менаџмента и радника у економским и социјалним одлукама Заједнице, као и у животу предузећа“.⁶⁵⁷ У светлу ових циљева, САП је позвао на усвајање „директиве о усклађивању закона држава чланица о задржавању права и предности у случају промене предузећа, посебно у случају спајања предузећа“.⁶⁵⁸ На овај позив, Комисија је одговорила усвајањем Предлога Директиве о усклађивању законодавства држава чланица о задржавању права и предности запослених у случају спајања, преузимања и припајања предузећа.⁶⁵⁹ По речима Комисије, „првенствени циљ овог Предлога

⁶⁵³ *Ibid.*

⁶⁵⁴ С. Barnard, *op. cit.*, 10.

⁶⁵⁵ Mark Freedland, „Employment Policy“, у: Paul Davies, Antoine Lyon-Caen, Silvana Sciarra, Spiros Simitis (eds), *European Community Labour Law: Principles and Perspectives*, Clarendon Press, Oxford, 1996, 278-279.

⁶⁵⁶ Council Resolution, of 21 January 1974, concerning a social action programme.

⁶⁵⁷ *Ibid.*

⁶⁵⁸ *Ibid.*

⁶⁵⁹ Commission of the European Communities „Proposal for a Directive of the Council on harmonisation of the legislation of Member States on the retention of the rights and advantages of employees in the case of mergers, takeovers and amalgamations“, COM (74) 351 final, Brussels, 21.6.1974, 3. Разлика у терминологији која се користи у Предлогу и касније усвојеној Директиви је очигледна, јер је Предлог користио изразе „задржавање права и предности запослених“ „у случају спајања, преузимања и припајања“; док је

Директиве био је да осигура да запослени не губе основна права и предности стечене пре промене послодавца⁶⁶⁰. Предлог је предвиђао широко територијално подручје њене примене које се протеже на спајање или преузимање „без обзира на то да ли се такво спајање или преузимање врши између предузећа на територији једне или више држава чланица или између предузећа на територији држава чланица и предузећа у трећим земљама“⁶⁶¹. Међутим, годину дана након овог Предлога, Комисија се обратила Савету са Ревидираним Предлогом⁶⁶² који је преименовао чланове и извршио претежно козметичке измене, али је унео и неке суштинске новине. Једна од таквих новина било је увођење временског оквира у којем запослени треба да буду обавештени о предложеној промени, и то најмање два месеца пре стварног датума преноса, у писменој форми. Осим тога, Ревидирани Предлог је предвидео да изузетне околности могу оправдати давање информација усмено и „на време“ пре преноса.⁶⁶³ Значајнија измена било је увођење идеје о заштити будућих права запослених,⁶⁶⁴ као и проширење територијалног подручја примене Директиве не само на случајеве преноса који су „извршени између предузећа на територији држава чланица и предузећа у трећим земљама“, као у почетном Предлогу,⁶⁶⁵ већ и на ситуације када је пренос само утицао на предузеће на територији држава чланица.⁶⁶⁶ То би потенцијално проширило подручје примене Директиве на преносе предузећа који се одвијају у потпуности ван територије држава чланица ако је тај пренос утицао на предузеће које се налази у држави чланици. Као што примећује Неппле, „ефекти преноса унутар Европске заједнице требали су да буду пресудни критеријум“ за примену Директиве.⁶⁶⁷ Као што ће се показати касније, овај предлог није преузет у резултирајућој Директиви, али илуструје обим визије која стоји иза ње.

Као одговор на ове предлоге Комисије, усвојена је Директива 77/187/ЕЕЗ. Њено усвајање је било веома значајно, посебно ако се има у виду да су крајем 70-их година

Директива 77/187/ЕЕЗ употребила фразу да је неопходно осигурати да „права радника буду заштићена у случају промене послодавца“. Fernando Valdés Dal-Ré, „Transfers of Undertakings: An experience of clashes and harmonies between community law and national legal systems“, у: Silvana Sciarra (ed.), *Labour Law in the Courts – National Judges and the European Court of Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2001, 179.

⁶⁶⁰ COM (74) 351, параграфи 5, 6 и 7.

⁶⁶¹ *Ibid.*, члан 1.

⁶⁶² Commission of the European Communities Amended Proposal „for a Council Directive on harmonisation of the legislation of Member States on the safeguarding of employees’ rights and advantages in the case of mergers, takeovers and amalgamations“, COM (75) 429 final, Brussels, 25.7.1975.

⁶⁶³ COM (75) 429 final, члан 9 (2).

⁶⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁶⁵ COM (74) 351 final, члан 1.

⁶⁶⁶ COM (75) 429 final, члан 1(3).

⁶⁶⁷ Bob Hepple, *The Legal Consequences of Cross Border Transfers of Undertakings Within the European Union - A Report for the European Commission DG-V*, Clare College, Cambridge, 1998, параграф 3.2.

прошлог века, због рецесије, високе незапослености у европским државама и конкуренције тржишта радне снаге у Сједињеним Америчким Државама и на Далеком Истоку, државе чланице Европске економске заједнице пристајале само на усвајање *soft law* инструмената социјалне политике.⁶⁶⁸ Желећи да заштити права запослених у случају промене послодавца, ова Директива забрањује отпуштање запослених као последицу промене послодавца. Поред тога, она предвиђа *ex lege* пренос права и обавеза послодавца претходника које произилазе из радног односа на послодавца следбеника. Најзад, као трећи стуб заштите права запослених, Директива намеће обавезе и послодавцу претходнику и послодавцу следбенику да обавесте и саветују се о планираној промени са представницима запослених који погођени поступком преноса предузећа.⁶⁶⁹ Њоме се, дакле, непосредно потврђује начело сигурности запослења будући да промена послодавца, само по себи, не може представљати оправдани разлог за отказ уговора о раду.⁶⁷⁰ Међутим, заштита коју Директива пружа је донекле релативована будући да она у значајној мери уважава и интересе послодаваца. Ово не изненађује, ако се има у виду да је француски закон који је послужио као инспирација за усвајање предметне Директиве, приликом уношења правила о аутоматском преносу уговора о раду на послодавца следбеника у случају преноса предузећа, био мотивисан заштитом послодавца, а не запосленог.⁶⁷¹ У том смислу се, у литератури, с правом, указује на чињеницу да је чак и у овој Директиви, која ужива епитет „шампиона у заштити права запослених“, заштита запослења, у великој мери ограничена.⁶⁷² Ово тим пре што су и проблеми у имплементацији овог прописа отворили могућност за „обарање“ претпоставке о незаконитости отказа у случају промене послодавца.⁶⁷³ Тако, Valdés Dal-Ré примећује да је социјална димензија Директиве, односно „остваривање циљева повезаних искључиво са заштитом запослених само део слике: ова слика је непотпуна и стога представља искошен поглед на сврху одредби Заједнице“.⁶⁷⁴ У прилог овом ставу, наводе се бројни аргументи. Прво, Директива није довела у питање управљачка овлашћења послодавца која се тичу реструктурирања предузећа и

⁶⁶⁸ Erika Szyszczak, *EC Labour Law*, Pearson Education Limited, Harlow, 2000, 8.

⁶⁶⁹ За класификацију пружене заштите на три стуба, видети: Amandine Garde, „Partial Harmonisation and European Social Policy: A Case Study on the Acquired Rights Directive“, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 5, 2002-2003, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004, 173-174.

⁶⁷⁰ I. Skandalis, *op. cit.*, 37.

⁶⁷¹ *Ibid.*, 10 и 37.

⁶⁷² Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, 227.

⁶⁷³ Jeff Kenner, *EU employment law: From Rome to Amsterdam and Beyond*, Hart Publishing, Oxford/Portland, Oregon, 2003, 28-29.

⁶⁷⁴ F. Valdés Dal-Ré, *op. cit.*, 182.

отпуштање запослених. Уместо тога, „имала је за циљ да се позабави социјалним последицама ових управљачких одлука и да их ублажи“.⁶⁷⁵ Наведено потврђује и Меморандум (Комисије) о стеченим правима радника од 1997. године, који је појаснио да суштински циљ Директиве није оспоравање дискреционог права послодавца у погледу реструктурирања предузећа, већ „осигуравање да реструктурирање предузећа у оквиру Европске заједнице нема штетне последице по запослене у дотичном предузећу“.⁶⁷⁶ У том смислу, Директива не даје право да се оспори одлука послодавца о преносу предузећа *per se*, већ само да би се заштитила стечена права запослених.⁶⁷⁷ Друго, Савет није прихватио предлог да Директива нема територијална ограничења у односу на сам пренос предузећа, све док тај пренос на неки начин утиче на предузеће у држави чланици. Постојала је забринутост да би овако проширивање територијалног подручја примене Директиве непримерено ометало флексибилност и ефикасност на европском тржишту, те се одустало од оваквог предлога Комисије. Треће, Директива се односи само на преносе предузећа који укључују промену правног идентитета послодавца.⁶⁷⁸ То искључује промену власништва над капиталом привредног субјекта, јер, како објашњава Barnard, „када дође до промене власништва над капиталом правна теорија сматра да постоји само промена идентитета власника капитала, а не правног идентитета послодавца“.⁶⁷⁹ Ово омогућава велики степен слободе у вршењу преноса предузећа куповином капитала, а да такав пренос не потпадне под делокруг Директиве. Могло би се тврдити да је Директива 77/187/ЕЕЗ „смртно рањена“ тим пропустом и да „нема разлога да се мисли да је мање вероватно да ће нови контролор предузећа који је ту контролу стекао куповином капитала да предузме мере које могу мање утицати на запослене од контролора чија контрола потиче из директне куповине предузећа“.⁶⁸⁰ И, најзад, заштита од отказа је донекле релативизирана, због разликовања више врста отпуштања до којих може доћи, у контексту промене послодавца, будући да је овом директивом забрањен само отказ чији би разлог била промена послодавца, као таква. У том смислу, Директива се не примењује на отпуштања која се могу догодити из

⁶⁷⁵ С. Barnard, *op. cit.*, 619. По речима Valdés Dal-Ré, Директива 77/187/ЕЕЗ „припада групи прописа о раду у Заједници чији је циљ дефинисање социјалне политике која омогућава правилно функционисање тржишта“. F. Valdés Dal-Ré, *op. cit.*, 183.

⁶⁷⁶ Commission of the European Communities „Memorandum on acquired rights of workers in cases of transfers of undertakings“, COM (97) 85 final, Brussels, 04.03.1997, 4.

⁶⁷⁷ О мешовитим ефектима Директиве 77/187/ЕЕЗ видети: John Armour, Simon Deakin, „Insolvency and employment protection: the mixed effects of the Acquired Rights Directive“, *International Review of Law and Economics*, број 22/2003, 443-445.

⁶⁷⁸ I. Skandalis, *op. cit.*, 39.

⁶⁷⁹ С. Barnard, *op. cit.*, 635.

⁶⁸⁰ P. Davies, „The European Court of Justice, National Courts and the Member States“, 135.

економских, технолошких или организационих разлога, што омогућава знатан опсег флексибилности за послодавца. Дакле, без обзира на чињеницу што преамбула Директиве значајни нагласак ставља на заштиту запослења, стварна артикулација Директиве је оставила широк простор за флексибилност и конкурентност предузећа. У том смислу, формулација Директиве је помирљива са главним циљем Римског уговора, тј. постизањем конкурентне европске економије. У општијем контексту, чини се да је Директива у складу са логиком минималне хармонизације. Чак и у свом почетном облику, она је имала за циљ да обезбеди минимални ниво заштите који је прихватљив за све државе чланице и које оне могу даље унапређивати.⁶⁸¹ Улога минималних стандарда рада је да дестимулишу државе и предузећа да усвоје узајамно деструктивну политику смањења нивоа заштите запослених у циљу привлачења капиталних инвестиција.⁶⁸² Овај облик конкуренције између држава чланица кроз погоршање њихових социјалних стандарда у циљу привлачења страних капиталних инвестиција је познат као „социјални дампинг“⁶⁸³ и привукао је пажњу Заједнице у релативно раној фази европских интеграција.⁶⁸⁴ У том смислу, Директива 77/187/ЕЕЗ не спречава отпуштања запослених након преноса предузећа, већ једноставно обесхрабрује таква отпуштања чинећи их скупљим избором. Ово има за циљ да одврати послодавце од коришћења преноса предузећа као средства за бекство од својих обавеза, те да их спречи да остваре конкурентску предност која је заснована на деструктивној политици рада.

⁶⁸¹ Према члану 7 Директиве 77/187/ЕЕЗ „ова Директива не утичу на право држава чланица да примењују или уводе законе и друге прописе који су повољнији за запослене“.

⁶⁸² S. Deakin, „Labour Law as Market Regulation: The Economic Foundations of European Social Policy“, 87.

⁶⁸³ Нерпле дефинише социјални дампинг као „извоз производа који своју конкурентност дугују ниским стандардима рада“, Bob Нерпле, „New Approaches to International Labour Regulation“, *Industrial Law Journal*, vol. 26, број 4/1997, 353.

⁶⁸⁴ Тако се у Белој књизи Европске комисије о социјалној политици „Европска социјална политика - пут према Унији“ наводи да је „успостављање оквира основних минималних стандарда које је Комисија започела пре неколико година пружа бедем против коришћења ниских социјалних стандарда као инструмента нелојалне економске конкуренције и заштите од смањења социјалних стандарда ради постизања конкурентности“ (Commission of the European Communities, *European Social Policy - A Way Forward for the Union - A White Paper*, COM (94) 333 final, Brussels, 27.07.1994.). Поред тога, Зелена књига Европске комисије о европској социјалној политици од 1993. године предвиђала је да „посвећеност високим социјалним стандардима и промоција друштвеног напретка чини саставни део Уније“ и да би „негативна конкурентност између држава чланица довела до социјалног дампинга, до подривања процеса доношења консензуса [...] и до опасности за прихватљивост постојања Уније“ (Commission of the European Communities, *Green Paper-European Social Policy: Options for the Union*, COM (93) 551 final, Brussels 17.11.1993). Видети више: С. Barnard, *op. cit.*, 56-57.

3.3.3. Конституционализација шире социјалне интервенције Европске уније

Растуће препознавање потребе за широм интервенцијом Заједнице у социјалном пољу је временом добило уставну димензију кроз измене оснивачких уговора. Први покушај да се ограничи препрека постављена захтевом за једногласносношћу приликом усвајања социјалних мера учињен је Јединственим европским актом.⁶⁸⁵ Главни циљ овог акта било је давање новог замаха изградњи европског унутрашњег тржишта. Међутим, овај циљ је било тешко постићи на основу постојећих уговора, посебно због поступка доношења одлука Савета који је захтевао једногласност за усклађивање законодавства држава чланица.⁶⁸⁶ Да би олакшао успостављање јединственог тржишта, Јединствени европски акт је повећао број случајева у којима је Савет могао доносити одлуке квалификованом већином.⁶⁸⁷ Тако се једногласност више није тражила за мере усмерене на успостављање унутрашњег тржишта, са изузетком оних које се тичу опорезивања, слободног кретања лица, као и права и интереса запослених.⁶⁸⁸

Следећи важан корак у утврђивању ширег подручја социјалне политике било је потписивање Уговора из Мастрихта (7. фебруара 1992. године).⁶⁸⁹ Овај Уговор се фокусирао на оне који су искључени са тржишта рада, те су борба против незапослености и подстицање неинфлаторног раста представљали његова два примарна социјална циља. Тако је у члану 2 Уговора предвиђено да ће „Заједница имати задатак да, успостављањем заједничког тржишта и економске и монетарне уније и спровођењем заједничких политика или активности наведених у члановима 3 и 3а, промовише у целој Заједници складан и уравнотежен развој економске активности,

⁶⁸⁵ Single European Act (*Official Journal* L 169, 29.6.1987, 1–28). Уговор је потписан 17. фебруара 1986. године у Луксембургу и 28. фебруара 1986. у Хагу, а ступио на снагу 1. јула 1987. године.

⁶⁸⁶ Члан 118(а) Уговора о Европској економској заједници је Савету давао овлашћење за усвајање директива квалификованом већином у погледу питања која се односе на здравље и безбедност радника, што је довело до усвајања Директиве о радном времену (Council Directive 93/104/EC of 23 November 1993 concerning certain aspects of the organization of working time, *Official Journal* L 307, 13.12.1993, 18–24, as later amended by Directive 2003/88/EC of the European Parliament and of the Council of 4 November 2003 concerning certain aspects of the organisation of working time, *Official Journal* L 299, 18.11.2003, 9–19) и Директиве о младима и трудницама (Council Directive 94/33/EC of 22 June 1994 on the protection of young people at work, *Official Journal* L 216, 20.8.1994, 12–20 и Council Directive 92/85/EEC of 19 October 1992 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health at work of pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding (tenth individual Directive within the meaning of Article 16 (1) of Directive 89/391/EEC), *Official Journal* L 348, 28.11.1992, 1–7). Видети: Gerda Falkner, Oliver Treib, Miriam Hartlapp, Simone Leiber, *Complying with Europe: EU Harmonisation and Soft law in the Member States*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, 43.

⁶⁸⁷ Чини се да је главна покретачка снага ове промене била намера да се заобиђе вето Велике Британије која је блокирала законодавне активности током 1980-их година. I. Skandalis, *op. cit.*, 43.

⁶⁸⁸ *Ibid.*

⁶⁸⁹ Treaty on European Union (*Official Journal* C 191, 29.7.1992, 1–112). Уговор је ступио на снагу 1. новембра 1993. године. Видети: https://europa.eu/european-union/law/treaties_en.

одрживи и неинфлаторни раст поштујући животну средину, висок степен конвергенције економских перформанси, висок ниво запослености и социјалне заштите, подизање животног стандарда и квалитета живота, економску и социјалну кохезију и солидарност међу државама чланицама“. У складу са овако постављеним циљевима, који одражавају и економску и социјалну димензију развоја, Заједница је добила додатну надлежност са јасном оријентацијом ка социјалној политици. Поред тога, први пут су уведени принципи супсидијарности и пропорционалности. Међутим, главни допринос самита у Мастрихту (одржаног 9. и 10. децембра 1991. године) било је усвајање Протокола о социјалној политици и Споразума о социјалној политици који су приложени Уговору (Социјална повеља).⁶⁹⁰ Премда Социјална повеља није била укључена у садржину Уговора, већ придодата као његов анекс⁶⁹¹ (како би се заобишао приговор Велике Британије на његово усвајање), она је сигнализирала промену „*modus operandi*“ Уније.⁶⁹² Ово тим пре што је деловање Уније на социјалном пољу значајно обогаћено већом улогом социјалних партнера.⁶⁹³ Осим тога, проширен је делокруг надлежности Европске уније у овом пољу и повећан број подручја у којима се мере могу усвајати квалификованом већином гласова.⁶⁹⁴ Упркос наведеном, Социјална повеља „није увела широк сет мера запошљавања на нивоу Заједнице“,⁶⁹⁵ па је тај покушај настављен Амстердамским уговором.⁶⁹⁶ Уговор из Амстердама је у своју садржину обухватио Социјалну повељу, која је, тако, формално постала део примарног европског законодавства. Поред тога, овај уговор је начинио значајан помак у

⁶⁹⁰ I. Skandalis, *op. cit.*, 45.

⁶⁹¹ С обзиром на то, правна природа Социјалне повеље била је контроверзна, са двама супротним ставовима. Једно становиште је аргументовало да протоколи приложени Уговорима чине саставни део Уговора, а тиме и део права Заједнице, док је према другом ставу Социјална повеља међувладин споразум између држава чланица или једноставно засебан аранжман између њих. Суд правде је у случају *UEAPME* решио то питање у корист става да је Социјална повеља део права Европске уније. Пресуда у предмету бр. Т-135/96 (*Union Européenne de l'artisanat et des petites et moyennes entreprises (UEAPME) v. Council of the European Union*) од 17. јуна 1998. године (*European Court Reports* 1998, 128).

⁶⁹² Gráinne de Búrca, Joanne Scott, „Introduction“, у: Gráinne de Búrca, Joanne Scott (eds), *Constitutional Change in the EU: From Uniformity to Flexibility?*, Hart Publishing, Oxford, 2000, 3.

⁶⁹³ Тако је члан 3, параграф 2 Протокола о социјалној политици предвиђао да социјалне партнере треба консултовати о могућем правцу деловања Заједнице, док је члан 4 предвиђао могућност преговарања о колективним уговорима који би евентуално могли да добију обавезујући правни учинак одлуком Савета. У том смислу, Sciarra примећује да „социјални партнери добијају нову централну улогу и чине да се њихов глас чује изван националних граница, помажући тако да европски социјални дијалог добије нову суштину.“ Silvana Sciarra, „Integration Through Courts: Article 177 as a Pre-federal Device“, у: Silvana Sciarra (ed.), *Labour Law in the Courts, National Judges and the European Court of Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2001, 16-17.

⁶⁹⁴ Treaty on European Union (Protocol on social policy), члан 2, став 2.

⁶⁹⁵ Erika Szyszczak, „The Evolving Employment Strategy“, у: Jo Shaw (ed.), *Social Law and Policy in an evolving European Union*, Hart Publishing, Oxford, 2000, 201.

⁶⁹⁶ Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts (*Official Journal* C 340, 10.11.1997, 1–144). Амстердамски уговор је потписан 2. октобра 1997. године, а ступио је на снагу 1. маја 1999.

техникама социјалне интервенције, од традиционалних права запослених ка „мекшим“ облицима управљања. Једногласно одлучивање је замењено квалификованом већином приликом усвајања одлука у бројним областима социјалне политике, укључујући услове рада, као и информисање и саветовање радника, али је задржано за одлуке у области социјалне сигурности и утврђивања накнада за незаконити отказ.⁶⁹⁷ Осим тога, уведено је посебно поглавље о запошљавању у складу са чијим одредбама је Савет Европске уније добио овлашћење да на годишњем нивоу утврђује смернице које државе чланице узимају у обзир у својим политикама запошљавања.⁶⁹⁸ Притом, у свим овим мерама се, начелно, задржава суверенитет држава чланица у вези са регулисањем запошљавања, па се овакав развој догађаја најбоље разуме као покушај Комисије да интервенише у регулацији социјалне политике без кршења националне аутономије.⁶⁹⁹ Комисија је, чини се, одлучила да у одређеној мери напусти праксу додељивања индивидуалних права запосленима и да, уместо тога, уведе мере активне политике запошљавања путем смерница које су државе чланице биле дужне да узму у обзир у својим националним акционим програмима (касније преименованим у националне програме реформи).⁷⁰⁰ Све већа употреба аката меког права била је, очигледно, „још једна последица жеље за флексибилношћу у социјалној политици“.⁷⁰¹ Према речима Shaw, она има за циљ успостављање „мекшег“ облика приближавања националних политика намењеног „побољшању флексибилности и брзине реаговања на променљиве захтеве националних тржишта рада у глобалној економији, као и борби против тржишних неуспеха као што је родна подела рада или несташица вештина“.⁷⁰²

3.3.4. Новела Директиве 98/50/ЕЗ

Приказане промене у сфери социјалне политике Европске уније, посебно појачано учешће социјалних партнера и већи нагласак на флексибилност радних односа, значајно су се одразиле и на Директиву 77/187/ЕЕЗ што је, на крају, довело до

⁶⁹⁷ Као што примећује Shaw, питања за која се још увек тражи једногласност „су она која се групишу као ближа традиционалном суверенитету социјалне политике држава чланица“. Jo Shaw, „Introduction“, у: Jo Shaw (ed.), *Social Law and Policy in an evolving European Union*, Hart Publishing, Oxford, 2000, 8.

⁶⁹⁸ Treaty of Amsterdam, члан 128, став 1. Временом је „овај годишњи циклус формирања, спровођења и праћења политике запошљавања постао познат као Европска стратегија запошљавања“. С. Bernard, *op. cit.*, 24.

⁶⁹⁹ I. Skandalis, *op. cit.*, 49.

⁷⁰⁰ *Ibid.*

⁷⁰¹ S. Sciarra, „Integration Through Courts: Article 177 as a Pre-federal Device“, 12.

⁷⁰² J. Shaw, *op. cit.*, 7.

њене измене. „У овој новој Директиви, централној у развоју европског радног права, флексибилност више није ограничена на њену примену или на тренутак примене, она је присутна у самом регулаторном садржају, пружајући државама чланицама огроман број могућности у регулисању преноса предузећа у сопственом националном радном законодавству“.⁷⁰³ Иначе, сам поступак измене Директиве 77/187/ЕЕЗ започео је 1992. године, обимним извештајем Комисије Савету о напретку у примени Директиве.⁷⁰⁴ Као циљ измене, у Извештају се наводи „смањење постојећих разлика између држава чланица у погледу степена заштите“⁷⁰⁵ у околностима преноса предузећа. Поред тога, писци Извештаја су признали да је дефиниција преноса предузећа у Директиви непрецизна, иако је, по њиховом мишљењу, тај недостатак прецизности била цена коју је требало платити како би се ускладио концепт преноса предузећа у контексту великих националних разлика.⁷⁰⁶ Две године након сачињавања овог Извештаја, Комисија је објавила Предлог измене Директиве 77/187/ЕЕЗ.⁷⁰⁷ Први циљ учињеног Предлога био је да се разјасни примена Директиве у случајевима прекограничних преноса предузећа, у складу са општим захтевом социјалне политике за већом укљученошћу социјалних партнера у процесима одлучивања. У том смислу, став 39 Предлога наводи да „овде предложене промене имају за циљ да обезбеде спровођење Директиве о преносу предузећа у случајевима који укључују транснационална и повезана предузећа“. Да би се остварио наведени циљ предвиђено је да се обавезе информисања и консултовања, утврђене Директивом, морају поштовати без обзира на то да ли одлуке које доводе до преноса предузећа доноси сам послодавац, контролно друштво или централна администрација повезаних привредних друштава. Послодавчев неуспех у испуњавању обавеза из Директиве не може се оправдати образложењем да друштво које доноси одлуку о преносу предузећа није на време обавестило предузеће које има статус послодавца.⁷⁰⁸ Оваквим предлозима Комисија је настојала да прошири делокруг права запослених на информисање и консултовање, искључујући могућност избегавања

⁷⁰³ Miguel Rodriguez-Pinero Royo, „Flexibility and European Law: A Labour Lawyer’s View“, у: Gráinne de Búrca, Joanne Scott (eds), *Constitutional Change in the EU: From Uniformity to Flexibility?*, Hart Publishing, Oxford, 2000, 230.

⁷⁰⁴ Commission Report to the Council on the progress with regard to the implementation of the Directive 77/187 relating to the safeguarding of employees’ rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses, (SEC) 92 857 final, Brussels, 2.6.1992.

⁷⁰⁵ *Ibid.*, 4.

⁷⁰⁶ *Ibid.*, 20.

⁷⁰⁷ Commission of the European Communities „Proposal for a council directive on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees’ rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses“, COM(94) 300 final, Brussels, 8.9.1994.

⁷⁰⁸ COM(94) 300 final, 39.

одговорности послодавца због непоштовања наведених права запослених уз аргументацију да је пренос спровело повезано или контролно друштво, што је било посебно проблематично у контексту прекограничних преноса предузећа.

Као други циљ Предлога измене Директиве 77/187/ЕЕЗ, Комисија је поставила тежњу ка већој флексибилности у ситуацијама када се преноси предузећа одвијају у оквиру поступка стечаја. Овај циљ јасно показује да су се трендови у еволуцији социјалне политике Европске уније снажно одразили на учињени Предлог, имајући у виду да се наведене измене односе на општији захтев социјалне политике Европске уније за већом флексибилношћу у радним односима. У том смислу, Комисија је предложила да економски, организациони или технолошки разлог који доводи до промена у радној снази може оправдати не само отпуштање запослених (члан 4(1)), већ и измену услова рада. Поред тога, Предлог је увео шири распон могућности за колективно договорене варијације услова рада, како би се осигурао опстанак предузећа инсолвентног послодавца. Наиме, према учињеном Предлогу, Директива 77/187/ЕЕЗ се не примењује на пренос предузећа, ако је над послодавцем претходником покренут стечајни поступак или други аналоган поступак који води ликвидацији имовине послодавца претходника, уз надзор надлежне јавне власти. Међутим, ако се стечајни поступак води ради опстанка, односно преживљавања послодавца претходника, предметна Директива се примењује. У том случају, послодавац претходник и послодавац следбеник, с једне стране, и представници запослених, с друге стране, могу се споразумети, у складу са националним законодавством и праксом, о промени услова рада која пружа могућност за опстанак предузећа, али и очување запослења под измењеним условима рада. Чини се да је овај конкретни предлог произашао из италијанског закона, који је, чак и када је иницијална Директива била на снази, препознао „могућност одступања од одредби директиве ако се закључи споразум између управе предузећа и синдиката“ у случајевима када је привредно друштво у стању економске тешкоће.⁷⁰⁹ Он је, међутим, био у директној супротности са праксом Суда правде Европске уније који је оценио да се запослени не могу одрећи права која им даје Директива, нити им та права могу бити ограничена, чак ни када запослени на то пристану, па ни онда када су недостаци настали услед одрицања права надокнађени таквим погодностима да, узимајући ствар у целину, запослени нису доведени у лошији

⁷⁰⁹ Sylvaine Laulom, „The European Court of Justice in the dialogue on the transfers of undertaking: A fallible interlocutor?“, у: Silvana Sciarra (ed.), *Labour Law in the Courts, National Judges and the European Court of Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2001, 148, 172.

правни положај.⁷¹⁰ Једини изузетак према оригиналној Директиви, била је могућност да запослени након преноса предузећа, у складу са својом слободно донетом одлуком, одбију пренос уговора о раду на новог послодавца.⁷¹¹ Предлог за измену Директиве 77/187/ЕЕЗ је, стога, настојао да ово промени тако што ће се радницима омогућити веће подручје слободе одрицања од стечених права.

Коначно, главни циљ Предлога било је регулисање положаја запослених у случају преноса споредних делатности привредних субјеката (*outsourcing-a*), што је одражавало забринутост Комисије због бројних упућивања националних судова на Суд правде Европске уније у вези са овим питањем и последичног развијања својеврсног дијалога између Суда правде и националних судова.⁷¹² Већина случајева упућених Суду односила су се на појашњење подручја примене Директиве 77/187/ЕЕЗ и значење појма „пренос предузећа“,⁷¹³ а нарочито на могућност примене ове Директиве на пренос споредних, услужних делатности привредних субјеката у случају када се такав пренос реализује без икаквог преноса имовине. У периоду од марта 1986. године када је донета пресуда Суда правде Европске уније у случају *Spijker*,⁷¹⁴ до априла 1994. године када је изречена пресуда у случају *Schmidt*,⁷¹⁵ судска пракса Заједнице показивала је одређени степен доследности, иако су питања која су поступно упућивали национални судови откривала потешкоће изазване методом дефинисања појма „пренос предузећа“ коју је изабрао Суд. Након доношења пресуде у предмету *Schmidt*, судска пракса Заједнице је

⁷¹⁰ Пресуда у предмету бр. 324/86 (*Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v. Daddy's Dance Hall A/S*) од 10. фебруара 1988. године (*European Court Reports* 1988, 72).

⁷¹¹ Пресуда у предмету бр. 362/89 (*Giuseppe d'Urso, Adriana Ventadori and others v. Ercole Marelli Elettromeccanica Generale SpA and others*) од 25. јула 1991. године (*European Court Reports* 1991, 326); Пресуда у предмету бр. C-132/91 (*Grigorios Katsikas v. Angelos Konstantinidis and Uwe Skreb and Günter Schroll v. PCO Stauereibetrieb Paetz & Co. Nachfolger GmbH*) од 10. новембра 1992. године (*European Court Reports* 1992, 422).

⁷¹² S. Sciarra, „Integration Through Courts: Article 177 as a Pre-federal Device“, 1-30. Laulom наглашава значајну улогу овог правосудног дијалога на пољу преноса предузећа запажајући да „чињеница да је судска пракса Заједнице по том питању резултирала реакцијом националних судова у свим државама чланицама, чини Директиву 77/187/ЕЕЗ идеалним местом за анализу интеракција између националних одлука и пресуда Суда правде“. S. Laulom, „The European Court of Justice in the dialogue on the transfers of undertaking: A fallible interlocutor?“, 146.

⁷¹³ У складу са одредбама члана 1(1а) Директива 77/187/ЕЕЗ се примењује „на сваки пренос предузећа, пословања, дела предузећа или дела пословања на другог послодавца, који је последица уговорног преноса или спајања предузећа“. Овако дефинисано подручје примене Директиве створило је доста проблема у тумачењу, а два су била заједничка свим проучаваним државама чланицама. Први се односило на природу уговорних односа који су довели до преноса. По овом питању, одговори Суда правде су прилично брзо све расправе и дијалог привели крају. Исто се, међутим, не може рећи за другу потешкоћу, која се тиче самог појма преноса предузећа. S. Laulom, „The European Court of Justice in the dialogue on the transfers of undertaking: A fallible interlocutor?“, 150-153.

⁷¹⁴ Пресуда у предмету C -24/85 (*Jozef Maria Antonius Spijkers v. Gebroeders Benedik Abattoir CV and Alfred Benedik en Zonen BV*) од 18. марта 1986. године (*European Court Reports* 1986, 127).

⁷¹⁵ Пресуда у предмету бр. C-392/92 (*Christel Schmidt v. Spar- und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen*) од 14. априла 1994. године (*European Court Reports* 1994, 61).

по том питању ушла у период контроверзе, што посебно доказују реакције које је изазвала на националном нивоу.⁷¹⁶ Наведену пресуду су пратиле оштре критике, нарочито у Немачкој и Француској, на које је Комисија покушала да одговори управо у овом Предлогу. У том смислу, према речима Lo Faro, „тешко да би се могло сматрати пуким случајем то што је Предлог Комисије за измену Директиве објављен септембра 1994. године, само неколико месеци након окончања случаја *Schmidt*“.⁷¹⁷

3.3.4.1. Расправа и дијалог поводом пресуде Суда правде Европске уније у случају *Schmidt*

Чињенично стање у предмету *Schmidt* било је једноставно. Госпођа Christel Schmidt била је запослена у банци као једина чистачица банчних просторија у немачкој општини Вакен. Када је банка послове чишћења пренела на друштво које је већ било одговорно за чишћење већине осталих просторија банке, госпођа Schmidt је добила отказ. Ново друштво за чишћење је понудило да запосли госпођу Schmidt за већу месечну зараду, што је она одбила (будући да би, према прорачуну који је урадила, њена сатница у ствари била нижа као резултат повећања површине коју би требало очистити) и, након тога, покренула поступак против банке због незаконитог отказа. Занимљиву чињеницу у овом случају представљала је околност да пренос послова чишћења није обухватао пренос било какве имовине, већ је пренесен само уговор о раду закључен са госпођом Schmidt, како би обављала исте радне задатке (чишћења), али за другог послодавца. Питање које се поставило у овом предмету било је да ли се послови чишћења предузећа, ако се уговором пренесу на друго предузеће (односно ако се изврши *outsourcing* делатности чишћења), могу третирати као пренос дела предузећа у смислу Директиве 77/187/ЕЕЗ. Ако је одговор на ово питање начелно потврдан, да ли то важи и у случају када је пре преноса послова чишћења, чишћење обављао један запослени?⁷¹⁸ Пре разматрања предмета *Schmidt*, судска пракса је посматрала пренос уговора о раду као радноправну последицу преноса предузећа, те није био пресудан приликом одређивања чињеничног постојања преноса предузећа. Одлучујући у

⁷¹⁶ S. Laulom, „The European Court of Justice in the dialogue on the transfers of undertaking: A fallible interlocutor?“, 153-154.

⁷¹⁷ Antonio Lo Faro, „Judicial Developments of EC Social Policy and Intra-Community Institutional Dialogues: How to define a ‘legal transfer’“, у: Silvana Sciarra (ed.), *Labour Law in the Courts, National Judges and the European Court of Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2001, 217.

⁷¹⁸ Пресуда у предмету бр. C-392/92 (*Christel Schmidt v. Spar- und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen*) од 14. априла 1994. године (*European Court Reports* 1994, 61), параграф 6.

наведеном предмету, Суд правде Европске уније је донео одлуку да је пренос (споредне) делатности чишћења представљао релевантан пренос у смислу Директиве 77/187/ЕЕЗ, упркос чињеници што није дошло до преноса имовине. Према наводима Суда, пренос имовине је уврштен међу различите критеријуме које национални суд мора узети у обзир како би, приликом процене сложене трансакције у целини, правилно одлучио да ли је дошло до преноса предузећа. То, међутим, не значи да одсуство овог појединачног критеријума спречава постојање релевантног преноса.⁷¹⁹ Ни чињеница да је предметну активност пре преноса обављао један запослени није, према оцени Суда, довољна да спречи примену Директиве, јер њена примена не зависи од броја запослених распоређених у делу предузећа који је предмет преноса. Један од циљева Директиве је, како напомиње Суд, заштита запослених у случају промене послодавца, посебно заштита њихових права. Та заштита се протеже на целокупан радни колектив и мора бити пружена чак и тамо где је преносом погођен само један запослени.⁷²⁰

Премда је овакво (екстензивно) тумачење Директиве 77/187/ЕЕЗ било у духу веће заштите запослених, оно је наишло на бурне реакције националних судова и једног дела стручне јавности.⁷²¹ Што се тиче оних држава чланица које су познавале принцип обавезног преноса уговора о раду и пре усвајања Директиве 77/187/ЕЕЗ, ставови њихових правосудних органа били су умногоме супротни ставовима Суда правде у Луксембургу.⁷²² Њихова реакција на одлуку у случају *Schmidt* била је негативна, и то не само зато што је била у супротности са постојећим националним законодавством.⁷²³ Главна ствар око ове одлуке била је у томе што се националним судовима чинило да снажни интереси Заједнице нису укључени у овај проблем, а да Суд није понудио уверљиве аргументе зашто би националне ставове, засноване на идеји предузећа-организације (фр. *entreprise-organisation*) до које се дошло након дуге и тешке расправе, требало одбацити. Чак и поред тога, па и упркос снажној критици ове одлуке коју су

⁷¹⁹ *Ibid.*, параграф 17.

⁷²⁰ *Ibid.*, параграф 15.

⁷²¹ S. Laulom, „The European Court of Justice in the dialogue on the transfers of undertaking: A fallible interlocutor?“, 161.

⁷²² Супротно француским, италијанским и немачким судовима, судови у Великој Британији су одлуку Суда у случају *Schmidt* прихватили врло помирљиво, па су је чак и поздравили као пружање једнаких услова за подуговарање. На први поглед оваква реакција може изгледати чудно, будући да се радно законодавство у Великој Британији пре усвајања Директиве 77/187/ЕЕЗ заснивало на слободи уговарања, тако да се могло очекивати да ће британско правосуђе бити незадовољно одлуком која је максимизирала ниво мешања Директиве у ту доктрину. Међутим, искуство Велике Британије показује колико се брзо могу развити национални ставови о правилном приступу принципима права Заједнице, чак и када су ти принципи нови у домаћем систему. P. Davies, „The European Court of Justice, National Courts and the Member States“, 139.

⁷²³ P. Davies, „The European Court of Justice, National Courts and the Member States“, 138.

изнели неки немачки академици,⁷²⁴ чини се да би судови Француске, Немачке и Италије, на крају, прихватили ставове заузете у предмету *Schmidt*, да се Суд правде придржавао истих. То се, међутим, није догодило, како ће се показати касније.⁷²⁵ Намера националних судова је, у суштини, била да одбијањем да одмах прихвате одлуку Суда у овом предмету, дају сигнал овом правосудном органу да исту треба преиспитати. Ова одбијања, међутим, манифестовала су се на занимљиво различите начине у државама чланицама. У Француској је, све до деведесетих година XX века, француски Касациони суд био доследан ставу да се одредбе француског Законика о раду којима се имплементирају одредбе Директиве не примењују у ситуацијама подуговарања када се са једног на други привредни субјект преносе споредне привредне делатности.⁷²⁶ Овај став је касније промењен како би се уважио став Суда правде заузет у случају *Schmidt*.⁷²⁷ Међутим, као што Laulom лепо примећује, иако је Касациони суд формално признао да сâм пренос споредних услужних делатности може представљати пренос предузећа чак и без преноса имовине, у пракси није било ниједне пресуде Касационог суда којима се утврђује примена Законика о раду на случајеве преноса услужних делатности без истовременог преноса „средстава за производњу“.⁷²⁸ Овакво одбијање француског Касационог суда да прихвати пресуде Суда правде у смислу дефиниције појма „пренос предузећа“ могло би се сматрати поништавањем улоге Суда у тумачењу права Заједнице.⁷²⁹ Избор који је усвојио француски суд да настави да следи француску јуриспруденцију у вези са дефиницијом преноса, ефективно игноришући праксу Суда правде Европске уније по овом питању, представљао је озбиљан изазов улози Суда у тумачењу права Заједнице.⁷³⁰ Супротно овом ставу, у Немачкој (где је одлука у предмету *Schmidt* добила најоштрије критике правних писаца⁷³¹) су се судови определили за експлицитни дијалог.⁷³² У таквом

⁷²⁴ Marita Körner, „The Impact of Community Law on German Labour Law—The Example of Transfer of Undertakings“, *EUI Working Paper Law*, број 96/8, European University Institute, Florence, 1996, 16.

⁷²⁵ P. Davies, „The European Court of Justice, National Courts and the Member States“, 138.

⁷²⁶ S. Laulom, „The European Court of Justice in the dialogue on the transfers of undertaking: A fallible interlocutor?“, 153.

⁷²⁷ P. Davies, „The European Court of Justice, National Courts and the Member States“, 138.

⁷²⁸ S. Laulom, „The European Court of Justice in the dialogue on the transfers of undertaking: A fallible interlocutor?“, 158.

⁷²⁹ S. Sciarra, „Integration Through Courts: Article 177 as a Pre-federal Device“, 7.

⁷³⁰ I. Skandalis, *op. cit.*, 49.

⁷³¹ M. Körner, *op. cit.*, 20.

⁷³² Овакав метод сарадње је критикован у неким државама, вероватно из разлога што доказује одређени степен нелојалности према Суду правде од стране националног суда који упућује захтев. Међутим, он, ипак, представља много транспарентнији облик интеракције између националних правосудних система и Суда правде у поређењу са сложеним и, на крају, неуверљивим аргументима француског правосудја у смислу да „национални закон остаје у складу са правом Заједнице, упркос супротној одлуци Суда, тако

дијалогу национални судови су упућивали друге сличне случајеве Суду правде, уз додатне поткрепљујуће аргументе, којима се суштински сугерише Суду да би требало да преиначи своју претходну одлуку.⁷³³ „Пасивни“ дијалог који су преферирали француски судови и „активни“ дијалог који су изабрали немачки судови довели су до тога да је Комисија у свом Предлогу за измену Директиве 77/187/ЕЕЗ предложила да пренос споредних делатности предузећа (*outsourcing*) треба у потпуности изузети из делокруга њене примене. Након што је платила свој „ритуални данак“ Суду правде позивајући се у преамбули Предлога на уобичајену синтагму „у светлу судске праксе Суда правде“, Комисија је кратко и недвосмислено предложила да се Директива неће примењивати „у случајевима када се преноси само делатност предузећа, али не постоји пренос привредног ентитета који задржава свој идентитет“.⁷³⁴ Оштар контраст између овог Предлога и претходне праксе Суда правде, подстакао је Комисију да унесе још једну изјаву у којој препознаје важну улогу Суда запажајући да је „у одсуству експлицитних одредби Заједнице о овој конкретной тачки, (Суд - М.Д.) наставио са својим активностима динамичног тумачења на пољу које постаје све сложеније“.⁷³⁵ Међутим, упркос оваквим, може се рећи формалним, изјавама датим у преамбули Предлога Директиве, чињеница је да су национални судови, помоћу различитих техника, изразили противљење приступу Суда правде у погледу *outsourcing*-а, а да је Комисија одговорила подржавајући став националних судова и предлажући оно што је у основи представљало директно противљење одлуци Суда у случају *Schmidt*.

3.3.4.2. Одговори на Предлог измене Директиве 77/187/ЕЕЗ

Предлог Комисије да се из подручја примене Директиве 77/187/ЕЕЗ изузме пренос споредних делатности наишао је на жестоко противљење Европског парламента, што није био случај ни са једним другим од предложених амандмана. Године 1996. Парламент је издао Резолуцију о Предлогу Директиве којом је одбио да прихвати бинарну поделу између преноса предузећа и преноса споредних делатности будући да такво разликовање није „у интересу правне сигурности и транспарентности“,

да није потребно даље упућивање“ (P. Davies, „The European Court of Justice, National Courts and the Member States“, 139). Штавише, одлуком Суда у случају *Süzen* немачко правосудје добило је награду за истрајност. Видети: Пресуда у предмету бр. C-13/95 (*Ayşe Süzen v. Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice*) од 11. марта 1997. године (*European Court Reports* 1997, 141).

⁷³³ P. Davies, „The European Court of Justice, National Courts and the Member States“, 139.

⁷³⁴ COM(94) 300 final, параграф 18.

⁷³⁵ *Ibid.*

што су неки од прокламованих „циљева Предлога за измену Директиве“.⁷³⁶ Исте примедбе, али још наглашеније ставио је и Економски и социјални комитет (ECOSOC) у свом Мишљењу о Предлогу Директиве, које је на позив Савета усвојио годину дана раније.⁷³⁷ Разлику између „привредног ентитета“ и „делатности предузећа“ Комитет је окарактерисао као веома двосмислену, наглашавајући недоследност која прати Предлог Комисије, који се, с једне стране, позвао на промене у светлу праксе Суда правде, а, с друге стране, директно је противречио овој пракси предлогом да се из подручја примене Директиве 77/187/ЕЕЗ изузме пренос споредних, услужних делатности.⁷³⁸ Коначно, Комитет је приметио да је ово изузеће у супротности са заштитним циљем Директиве и да би могло имати индиректне дискриминишуће ефекте на жене које су, према статистици Организације за европску сарадњу и развој, претежно запослене у услужном сектору.⁷³⁹ Заузимајући снажнији став противљења према предлозима Комисије од Европског парламента, Комитет се није задржао на начелним замеркама, већ је артикулисао и низ конкретних примедби и сугестија. Тако је, најпре, предложио да се у Директиву укључи дефиниција запослених, будући да Предлог није садржао исту.⁷⁴⁰ Потом, сматрао је да нове одредбе Предлога о стечајном поступку „не елиминишу у потпуности могућност преварне употребе стечајног поступка покренутог ради ликвидирања имовине послодавца“ премда представљају „добродошао покушај увођења елемента флексибилности“.⁷⁴¹ Штавише, по мишљењу Комитета „одредба која омогућава државама чланицама да послодавцима и представницима запослених дозволе промену услова рада споразумом закљученим у циљу осигурања опстанка предузећа, уведена у члану 4(3) Предлога, не пружа адекватну заштиту запослења и може угрозити услове рада“.⁷⁴² Када су у питању одредбе о преносу предузећа у случају инсолвентности, Комитет је био мишљења да је „потребно укључити изричито позивање на Директиву о приближавању закона држава чланица у вези са колективним

⁷³⁶ Legislative resolution embodying Parliament's opinion on the proposal for a Council Directive on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses (COM (94) 0300 C4-0151/94 94/0203(CNS)) (*Official Journal C* 33, 3.2.1997, 81).

⁷³⁷ Opinion of the Economic And Social Committee on the Proposal for a Council Directive on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses (*Official Journal C* 133, 31.5.1995, 13–22).

⁷³⁸ *Ibid.*, параграфи 1.2.3, 2.2.3, 2.3.3-2.3.7.

⁷³⁹ *Ibid.*, параграф 1.3.

⁷⁴⁰ *Ibid.*, параграфи 2.1.1-2.1.3.

⁷⁴¹ *Ibid.*, параграфи 2.10.2-2.10.3.

⁷⁴² *Ibid.*, параграф 2.10.4.

отпуштањем“,⁷⁴³ како би се обезбедила боља заштита запослених погођених реструктурирањем.⁷⁴⁴ Наведено, међутим, не значи да се Комитет у потпуности противио идеји измене Директиве 77/187/ЕЕЗ. Он је подржао предлог Комисије у вези са проширењем персоналног подручја примене Директиве на друге категорије радника као што су запослени у непрофитним предузећима, поморским бродовима, нетипични запослени са непуним радним временом, на одређено време или на привременом раду. Осим тога, поздравио је и идеју о увођењу солидарној одговорности послодавца претходника и послодавца следбеника за обавезе настале пре преноса предузећа.⁷⁴⁵

3.3.4.3. Ревидирани Предлог измене Директиве 77/187/ЕЕЗ и Меморандум о стеченим правима

Након изнетог мишљења Европског и социјалног комитета и резолуције Европског парламента, Комисија је издала други, Ревидирани Предлог за измену Директиве 77/187/ЕЕЗ.⁷⁴⁶ У новом Предлогу се одустало од покушаја да се направи разлика између *преноса предузећа* и *преноса споредних делатности* која је, у суштини, створена како би се искључио пренос споредних привредних делатности из подручја примене Директиве. Осим тога, измењени предлози су ојачали заштиту запослених у случају када се предузеће које се преносу налази у стању озбиљне економске кризе, предвиђањем обавезе верификације таквог стања од стране надлежног националног органа јавне власти.⁷⁴⁷ Разлоге измене почетних предлога Комисије и предлагања нових амандмана треба тражити, пре свега, у снажном противљењу Европског парламента предлога да се из подручја примене Директиве 77/187/ЕЕЗ искључи *outsourcing*. Будући да је правни основ ове Директиве (што је раније био члан 94, а сада члан 115 УФЕУ) захтевао једногласност за њено усвајање, ово противљење Европског парламента је за

⁷⁴³ Council Directive 75/129/EEC of 17 February 1975 on the approximation of the laws of the Member States relating to collective redundancies (*Official Journal* L 48, 22.2.1975, 29–30); Council Directive 92/56/EEC of 24 June 1992 amending Directive 75/129/EEC on the approximation of the laws of the Member States relating to collective redundancies (*Official Journal* L 245, 26.8.1992, 3–5).

⁷⁴⁴ Opinion of the Economic And Social Committee on the Proposal for a Council Directive on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses (*Official Journal* C 133, 31.5.1995, 13–22), параграфи 2.11.1-2.11.2.

⁷⁴⁵ *Ibid.*, параграфи 2.5.2, 2.5.3, 2.6.2, 2.7, 2.9.

⁷⁴⁶ Commission of the European Communities, „Amended Proposal for a Council Directive amending Directive 77/187/EEC on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses“, COM (97) 60 final, Brussels, 24.2.1997.

⁷⁴⁷ *Ibid.*, 29.

Комисију ималу улогу аларма да, уколико не измени свој почетни предлог, постоји реална опасност од неуспеха у постизању потребне једногласности.

Кључну улогу у овом развоју догађаја је ипак, чини се, одиграо дијалог између Комисије и Суда правде, који је обележило попуштање и недоследност обе стране.⁷⁴⁸ У првој фази овог дијалога, одмах након усвајања почетног Предлога (за измену Директиве) Комисије, Суд правде Европске уније је у предмету *Rygaard*⁷⁴⁹ оценио да је за пренос предузећа у смислу Директиве 77/187/ЕЕЗ потребно да он буде повезан: „[...] са стабилним привредним ентитетом чија делатност није ограничена на реализацију једног одређеног уговора о извођењу радова“, искључивиши тиме случајеве *outsourcing*-а из подручја примене предметне Директиве, као што је предложила Комисија.⁷⁵⁰ Па ипак, у случају *Merckx*,⁷⁵¹ у којем није дошло до преноса имовине, Суд је променио став оценивши да ни одсуство преноса имовине, нити промена локације предузећа нису довољни да спрече примену Директиве 77/187/ЕЕЗ.⁷⁵² Премда није био у интересу правне сигурности, оваквим преокретом Суд је, очигледно, намеравао да сигнализира Комисији да то питање још увек није решено,⁷⁵³ посебно ако се има у виду да је предмет *Merckx* окончан само месец дана након усвајања Резолуције Европског парламента која озбиљно осуђује искључење *outsourcing*-а из делокруга Директиве. Наведено потврђује и следећа фаза „неформалног“ дијалога између Суда правде и Комисије, у којој је Суд правде понудио средње решење. Након повлачења почетног Предлога и издавања новог, у којем је Комисија одустала од покушаја да се искључи сâм пренос делатности из предметног подручја примене Директиве, Суд правде је у предмету *Süzen* заузео став да пренос делатности не представља пренос у смислу Директиве, осим ако је праћен преносом нечег додатног, попут преноса имовине или већег дела особља, у зависности од природе делатности.⁷⁵⁴ На ову пресуду Комисија је позитивно одговорила подржавајући је изричито у каснијој Новели Директиве 98/50/ЕЗ. Поред тога, да би ублажила ефекте свог претходног оштрог одступања од праксе Суда

⁷⁴⁸ *Ibid.*, 226-227.

⁷⁴⁹ Пресуда у предмету бр. С-48/94 (*Ledernes Hovedorganisation, acting for Ole Rygaard v. Dansk Arbejdsgiverforening, acting for Strø Mølle Akustik A/S*) од 19. септембра 1995. године (*European Court Reports* 1995, 290).

⁷⁵⁰ *Ibid.*, параграф 20.

⁷⁵¹ Пресуда у здруженим предметима бр. С-171/94 и бр. С-172/94 (*Albert Merckx and Patrick Neuhuys v. Ford Motors Company Belgium SA*) од 6. јула 1995. године (*European Court Reports* 1995, 227); A. Lo Faro, *op. cit.*, 219.

⁷⁵² *Ibid.*, параграфи 20 и 30.

⁷⁵³ S. Laulom, „The European Court of Justice in the dialogue on the transfers of undertaking: A fallible interlocutor?“, 162-163.

⁷⁵⁴ Пресуда у предмету бр. С-13/95 (*Ayse Süzen v. Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice*) од 11. марта 1997. године (*European Court Reports* 1997, 141).

правде, Комисија је усвојила Меморандум о стеченим правима запослених у случају преноса предузећа.⁷⁵⁵ У самом Меморандуму, Комисија је појаснила да је његова главна сврха била да представницима послодаваца и запослених, као и широј јавности олакша разумевање Директиве 77/187/ЕЕЗ о заштити радника у случају промене послодавца, у светлу критеријума које је утврдио Суд правде.⁷⁵⁶ Међутим, чини се да је главни разлог зашто је Комисија одлучила да усвоји овај Меморандум (отприлике две недеље након издавања Ревидираног Предлога) била потреба да укаже поверење у тумачење Директиве 77/187/ЕЕЗ од стране Суда правде Европске уније. Слично резонује и Lo Faro, приметивши да „историја процеса измена и допуна Директиве 77/187/ЕЕЗ показује да је Комисија у својој стратегији мање разматрала потенцијални став Савета него стварни глас Суда правде - глас који се више пута подизао током година које су претходиле усвајању Новеле Директиве 98/50/ЕЗ“.⁷⁵⁷

3.2.4.4. Правни оквир Новеле Директиве 98/50/ЕЗ

Приказани процес дуготрајне расправе, заснован на бројним политичким документима и вишедимензионалном дијалогу између различитих актера на различитим нивоима, на крају је довео до усвајања Новеле Директиве 98/50/ЕЗ.⁷⁵⁸ Опсежне промене усвојене Новелом Директивом видљиве су већ у самој преамбули, те је првобитна, врло кратка преамбула замењена далеко опширнијом која појашњава да Директива 98/50/ЕЗ има за циљ не само заштиту запослених у случају преноса предузећа, већ и заштиту одређених елемената флексибилности послодаваца. Тако, нова преамбула, најпре, резимира промене у социјалној политици Европске уније које су се догодиле од усвајања првобитне Директиве 77/187/ЕЕЗ, те упућује на Повељу о основним социјалним правима радника од 1989 године.⁷⁵⁹ Она, међутим, истовремено изражава и потребу за већом флексибилношћу изјавом да „у циљу осигурања опстанка

⁷⁵⁵ Commission of the European Communities „Memorandum on acquired rights of workers in cases of transfers of undertakings“, COM (97) 85 final, Brussels, 04.03.1997.

⁷⁵⁶ *Ibid.*

⁷⁵⁷ A. Lo Faro, *op. cit.*, 226.

⁷⁵⁸ Council Directive 98/50/EC of 29 June 1998 amending Directive 77/187/EEC on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses (*Official Journal* L 201, 17.7.1998, 88–92) - даље у фуснотима Новела Директиве 98/50/ЕЗ.

⁷⁵⁹ Ово упућивање се може објаснити чињеницом да се Уговор из Амстердама, у члану 136, први пут изричито позвао на Повељу заједнице о основним социјалним правима радника. Према овај уговор није ступио на снагу у време измене и допуне Директиве 77/187/ЕЕЗ, он је потписан годину дана пре извршених измена. J. Shaw, *op. cit.*, 7.

инсолвентних предузећа, државама чланицама треба изричито дозволити да не примењују чланове 3 и 4 Директиве 77/187/ЕЕЗ на преносе извршене у оквиру поступака стечаја предузећа инсолвентног послодавца и допустити одређена одступања од општих услова Директиве у случају преноса извршених у контексту стечајног поступка⁷⁶⁰. Осим тога, знак веће флексибилности јесте и изостављање из оригиналне Директиве 77/187/ЕЕЗ референце о потреби побољшања услова рада и животног стандарда запослених. Од новина у новој преамбули ваља поменути и то да је њоме изражен захтев за појачаним учешћем социјалних партнера у случају преноса предузећа,⁷⁶¹ као и захтев за већим степеном правне сигурности, предвиђањем потребе за појашњењем правног концепта преноса и појма „запослени“ у светлу праксе Суда правде Европске уније.⁷⁶²

Полазећи од овако постављених општих начела, промене су извршене и у садржају самих одредби Новеле Директиве 98/50/ЕЗ. Тако се у циљу промовисања флексибилности у члану 4(а) предвиђа могућност непримењивања Новеле Директиве „на пренос подuzeћа, посла или дела подuzeћа или посла кад преносилац подлеже стечајном или сличном поступку у случају инсолвентности који је покренут с циљем ликвидације имовине преносиоца и под надзором је надлежног јавног тела (које може бити стечајни управник овлашћен од стране надлежног јавног тела)“.⁷⁶³ Ако се, пак, државе чланице одлуче за примену Новеле Директиве у случају преноса предузећа извршеног за време стечајних поступака (без обзира на то јесу ли ти поступци покренути с циљем ликвидације имовине преносиоца), члан 4(а), став 2(б) Новеле Директиве 98/50/ЕЗ пружа могућност да „преузималац, преносилац или лице у функцији преносиоца, на једној страни, и представници запослених, на другој страни, могу договорити, у оној мери у којој то допушта важеће законодавство или пракса, измене одредаба и услова запослења којима је циљ заштита могућности запошљавања, тако да се осигура опстанак предузећа, пословања или дела предузећа или пословања“. Као што Deakin и Morris објашњавају, импликације ове додатне флексибилности у

⁷⁶⁰ Новела Директиве 98/50/ЕЗ, уводна изјава 7 преамбуле.

⁷⁶¹ Захтев за појачаним учешћем социјалних партнера у случају преноса предузећа огледа се у деветој уводној изјави преамбуле Директиве 98/50/ЕЗ која предвиђа да „треба разјаснити околности у којима треба да се очувају функција и статус представника запослених“. Слично томе, десета уводна изјава исказује спремност да се промовише улога социјалних партнера изричито предвиђајући да је у циљу осигурања једнаког третмана за сличне ситуације, „неопходно осигурати да се поштују захтеви за информисањем и консултовањем утврђени Директивом 77/187/ЕЕЗ, без обзира на то да ли одлуку која доводи до преноса доноси послодавац или предузеће које контролише послодавца“.

⁷⁶² Новела Директиве 98/50/ЕЗ, уводне изјаве 4 и 6 преамбуле.

⁷⁶³ Simon Deakin, Gillian Morris, *Labour Law*, 5th edition, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2009, 506.

контексту инсолвентности су да потенцијално сниже цену обавезе, тако да успешно спасавање предузећа постане вероватнији исход за инсолвентног привредног субјекта.⁷⁶⁴

Поред тога, у погледу обавезе послодавца претходника и послодавца следбеника да обавесте и саветују се о планираној промени са представницима запослених, Новела Директиве 98/50/ЕЗ уводи значајну новину да се „обавезе утврђене у овом члану примењују без обзира на то да ли је одлуку чија је последица пренос предузећа, донео послодавац или привредни субјект које контролише послодавца“. Од крупнијих измена ваља нагласити и то да је ради разјашњења правног концепта преноса предузећа, а у интересу правне сигурности, у члану 1(b) Новеле Директиве 98/50/ЕЗ предвиђено да се „[...] преносом у смислу ове Директиве сматра пренос привредног ентитета који задржава свој идентитет, значи организовано груписање ресурса које има за циљ обављање привредне делатности, без обзира на то је ли та делатност главна или споредна“. Коначно, у истом циљу, у Новели Директиве 98/50/ЕЗ је дефинисан и појам „запослени“ као „свако лице које је у дотичној држави чланици заштићено као запослени према националним прописима који се односе на запошљавање“.⁷⁶⁵ Према не доводи у питање национално право у погледу дефиниције уговора о раду или радног односа, Новела Директиве 98/50/ЕЗ предвиђа да државе чланице не могу искључити из подручја примене ове Директиве уговоре о раду или о радним односима само ради: 1) броја одрађених радних сати или радних сати које треба одрадити: 2) тога што су радни односи које уређује уговор о раду на одређено време, или 3) тога што су у питању привремени радни односи.⁷⁶⁶

Општи утисак који даје Новела Директиве 98/50/ЕЗ јесте да је њоме учињен покушај успостављања равнотеже између захтева за већом флексибилношћу и захтева за заштитом запослења. Она ограничава подручје своје примене у случају инсолвентности и омогућава државама чланицама да прошире овај принцип на случајеве озбиљне економске кризе. Такође, Новела Директиве не проширује подручје своје примене на „концентрације“ између предузећа која не подразумевају промену правног идентитета послодавца, нити изричито укључује подуговарање у свој оквир. Међутим, за разлику од хоризонталне покривености која је ограничена, вертикална

⁷⁶⁴ *Ibid.*, 500.

⁷⁶⁵ Директива 98/50/ЕЗ, члан 2, став 1(d).

⁷⁶⁶ *Ibid.*, члан 2, став 2.

покривеност Новелом Директиве 98/50/ЕЗ остаје нетакнута.⁷⁶⁷ Значај очувања садржаја заштите коју нуди Директива 98/50/ЕЗ показује се понављањем да аутоматски пренос права и обавеза из уговора о раду или радног односа са послодавца претходника на послодавца следбеника представља „срж“ ове Директиве,⁷⁶⁸ те ставом да се „уговорни положај првобитног послодавца мора пренети на послодавца следбеника“.⁷⁶⁹ Нажалост, значење израза „пренос предузећа“ остало је у стању велике неизвесности упркос референцама у преамбули о потреби за појашњењем. О томе ће више речи бити у наредном поглављу рада.

3.3.5. Развој социјалне политике Европске уније након усвајања Новеле Директиве 98/50/ЕЗ

Након усвајања Новеле Директиве 98/50/ЕЗ од 1998. године, еволуција европске социјалне политике одражавала је „сталну неизвесност у којој мери и у којим облицима развијати социјалну политику Европске уније и „европски социјални модел“ у оквиру општег дискурса регулације тржишта рада“.⁷⁷⁰ На састанку Европског савета, одржаном у марту 2000. године у Лисабону, челници влада и држава чланица Европске уније постигли су договор о заједничком стратешком циљу према којем је Европска унија до 2010. године требала постати „најконкурентнија и најдинамичнија економија света утемељена на знању, способна за одрживи привредни раст, са највећом стопом запослености и снажном економском и социјалном кохезијом“.⁷⁷¹ Ради постизања тог циља усвојена је тзв. Лисабонска стратегија, односно Лисабонска агенда, са програмом који повезује краткорочне политичке иницијативе те средњорочне и дугорочне привредне реформе.⁷⁷² Стратегија се заснива на трима сегментима: економском (конкурентнија економија), еколошком (одрживи развој) и социјалном (модернизација европског социјалног модела). Конкретније, главни циљ на социјалном пољу био је да се Унији омогући „да поврати услове за пуну запосленост и да ојача социјалну

⁷⁶⁷ Хоризонтални концепт покривености указује на спектар случајева који су обухваћени подручјем примене Директиве 2001/23/ЕЗ, док идеја вертикалности обухвата стварни садржај заштите, када се примењује Директива 2001/23/ЕЗ. I. Skandalis, *op. cit.*, 85.

⁷⁶⁸ COM (74) 351 final, 6; COM (75) 429, final, 19.

⁷⁶⁹ (SEC) 92 857 final, 28.

⁷⁷⁰ Paul Davies, Mark Freedland, *Towards a Flexible Labour Market*, Oxford University Press, Oxford, 2007, 231.

⁷⁷¹ Lisbon European Council 23 and 24 March 2000, Presidency Conclusions, параграф 5, http://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_en.htm, 12.12. 2020.

⁷⁷² Marina Kesner-Škreb, „Lisabonska strategija“, *Financijska teorija i praksa*, vol. 31, broj 4/2007, 441-443.

кохезију“.⁷⁷³ Будући да је спровођење ових циљева било готово потпуно у надлежности држава чланица, утврђен је механизам за спровођење Стратегије, који се назива отвореним методом координације (енгл. *open method of coordination, OMC*). Овај се метод заснива на кооперацији међу државама чланицама чије се националне политике тиме усмеравају према заједничким циљевима, и то путем примене позитивних искустава других држава чланица и њиховог прилагођавања специфичним условима у конкретној држави чланици. Према Закључцима председништва, нови отворени метод координације био је одговарајуће средство за „ширење најбоље праксе и постизање веће конвергенције према главним циљевима Европске уније“ помажући државама чланицама „у прогресивном развоју властитих политика“.⁷⁷⁴ Комисија је оправдала прибегавање овом приступу тврдећи да „добре идеје увек треба имитирати“ и да окупљање око успешних примера политике, чак и на нивоу апстрактних идеја, може донети позитивне резултате.⁷⁷⁵ Међутим, како је давно упозорио Kahn Freund, није увек лако „пресадити“ правне и институционалне концепте из окружења специфичних за поједину земљу.⁷⁷⁶ То се потврдило и у овом случају, па упркос амбициозним циљевима, анализа примене Лисабонске стратегије даје суморну слику напретка. Разочаравајући резултати последица су прешироко дефинираних циљева, преопсежног програма, недовољне координације и противречних приоритета.⁷⁷⁷ Ово, ипак, не треба да поткопа укупни значај Лисабонске стратегије, јер је, како истиче Hatzopoulos, Лисабонска стратегија први велики пројекат који је имао истакнути социјални аспект.⁷⁷⁸ Слично гледиште заузима и Shaw, која сматра да су социјални аспекти Лисабонске стратегије „у јавним изјавама [...] добили једнаку важност као и економски аспекти“.⁷⁷⁹ Поред тога, Лисабонска стратегија је верификовала прелазак акцента са заштите запошљавања на стварање нових радних места и променила фокус од усклађивања ка координацији законодавстава, под управом Европске уније. Овај

⁷⁷³ Lisbon Presidency Conclusions, параграф 5.

⁷⁷⁴ *Ibid.*, параграф 37.

⁷⁷⁵ Commission of the European Communities, Employment rates report 1998 - employment performance in the Member States, COM (98) 572 final, Brussels, 04.10.1998.

⁷⁷⁶ Otto Kahn-Freund, „On uses and Misuses of Comparative Law“, *Modern Law Review*, vol. 37. број 1/1974, 1.

⁷⁷⁷ Европска унија није успела да постигне значајни циљ да до 2010. године достигне 70% запослења, јер је стопа запослености лица у радно способном добу (15-64) у Европској Унији пала 2010. године на 64,1%, да би (према службеној статистици Eurostat-a) у 2011. години незнатно порасла и достигла 64,3%. European Commission, *European social statistics*, Mariana Kotzeva (ed.), Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2013, 136.

⁷⁷⁸ Vassilis Hatzopoulos, „A (more) social Europe: A political crossroad or a legal one-way? Dialogues between Luxembourg and Lisbon“, *Common Market Law Review*, vol. 42, број 1/2005, 1599, 1628 и 1630.

⁷⁷⁹ J. Shaw, *op. cit.*, 4.

прелазак De Burca и Scott описују као разумну последицу ширења Заједнице на нове државе чланице, „чији су циљеви постали разноврснији и амбициознији“,⁷⁸⁰ док је, према ставу Barnard-а, задатак Стратегије био „да побољша легитимитет управљања у Европској унији укључивањем ширег спектра социјалних актера, не само социјалних партнера, већ и цивилног друштва уопште.“⁷⁸¹

3.3.6. Консолидована Директива 2001/23/ЕЗ

Годину дана након усвајања Лисабонске стратегије, Савет Европске уније је, ради јасноће и прецизности, а с обзиром на чињеницу да је Директива 77/187/ЕЕЗ знатно измењена Новелом Директиве 98/50/ЕЗ, извршио кодификацију правила о заштити запослених у случају промене послодавца, усвајањем Директиве 2001/23/ЕЗ о усклађивању законодавстава држава чланица у односу на заштиту права запосленика код преноса предузећа, посла или делова предузећа или посла. Промене које је Директива 2001/23/ЕЗ донела биле су углавном козметичке и састојале су се од пребројавања и сређивања њених чланова, те нису утицале на суштину самих одредби. Заправо, сам циљ кодификације Директиве 2001/23/ЕЗ, према предлогу Комисије, била је једноставно консолидација чланова без увођења „било какве суштинске промене“.⁷⁸² Ипак, Комисија је у Предлогу за кодификацију Директиве нагласила да, у складу са концептом „Европа народа“ (енгл. *people's Europe*), придаје велику важност поједностављивању и разјашњавању законодавства Заједнице како би се исто учинило јаснијим и доступнијим обичном грађанину, пружајући му тако нове могућности и шансу да искористи посебна права која му даје.⁷⁸³ Овај циљ се, међутим, не може постићи све док су бројне законске одредбе, које су по неколико пута мењане, раштркане у различитим актима, како оригиналном, тако и његовим каснијим изменама и допунама. Стога је Комисија још 1. априла 1987. године предложила да све законодавне мере које су претрпеле више од десет измена, треба кодификовати, како би се осигурало да правила Заједнице буду јасна и лако разумљива. Европски савет је на самиту одржаном у Единбургу децембра 1992. године прихватио овај предлог, уз

⁷⁸⁰ G. de Búrca, J. Scott, *op. cit.*, 2-3.

⁷⁸¹ C. Barnard, *op. cit.*, 27.

⁷⁸² Commission of the European Communities „Proposal for a council directive on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses“ (codified version), COM (2000) 259 final, Brussels, 2.5.2000.

⁷⁸³ *Ibid.*, параграф 1.

истицање важности законске кодификације у погледу правне сигурности.⁷⁸⁴ У том смислу, нова Директива 2001/23/ЕЗ је заменила раније директиве које су у њу уграђене, при чему је њихов садржај у потпуности сачуван, уз одређене техничке измене и допуне које је захтевао сам поступак кодификације.⁷⁸⁵

У међувремену, Директива 2001/23/ЕЗ није претрпела ниједну суштинску промену. Једина измена и допуна која се догодила од њеног усвајања до данашњег дана односи се на регулисање поморских пловила. Будући да су донедавно поморска пловила била искључена из подручја примене ове Директиве, запослени у тој области и њихова права нису били заштићени, услед чега су врло често остајали без запослења након преноса предузећа у ком су били ангажовани. Студија која је анализирала утицај искључења запослених ангажованих на поморским возилима из подручја примене европског законодавства закључила је да пренос поморског пловила врло често представља основ за проглашење запослених за вишак. Стога је Радна група за запошљавање и конкурентност у области поморства (основана да, поред осталог, предложи мере за успостављање праведне равнотеже између услова запошљавања европских помораца и конкурентности европске флоте) 2011. године донела закључак да би укључивање помораца у европске социјалне директиве „помогло да се уклони утисак да су поморци мање заштићени радним законодавством Европске уније од осталих запослених“.⁷⁸⁶ Радна група је предложила да се запослени у поморској области укључе у четири европске директиве, укључујући и Директиву 2001/23/ЕЗ. Тако је 2015. године усвојена Директива (ЕУ) 2015/1794 о измени директива 2008/94/ЕЗ, 2009/38/ЕЗ и 2002/14/ЕЗ Европског парламента и Савета, те Директива Савета 98/59/ЕЗ и 2001/23/ЕЗ у погледу помораца, чији је циљ побољшање услова рада помораца, а нарочито унапређење њиховог права информирање и консултовање. Овај циљ се настоји постићи, поред осталог, предвиђањем да се Директива 2001/23/ЕЗ примењује на пренос поморских пловила који је део преноса предузећа, пословања или дела предузећа или пословања, под условом да се послодавац следбеник налази односно да предузеће или део предузећа који се преноси остаје на територијалном подручју примене Уговора о Европској унији.⁷⁸⁷

⁷⁸⁴ *Ibid.*, параграфи 1-2.

⁷⁸⁵ *Ibid.*, параграф 4.

⁷⁸⁶ Report of the Task Force on Maritime Employment and Competitiveness and Policy Recommendations to the European Commission, 9.6.2011, 14, <http://csdle.lex.unict.it/docs/labourweb/Report-and-Policy-Recommendations-to-the-European-Commission-/1427.aspx>, 16. 9. 2020.

⁷⁸⁷ Directive (EU) 2015/1794 of the European Parliament and of the Council of 6 October 2015 amending Directives 2008/94/EC, 2009/38/EC and 2002/14/EC of the European Parliament and of the Council, and

3.3.7. Актуелне тенденције у развоју европских комунитарних правила о заштити запослених у случају промене послодавца

Премда се у литератури неретко као примарни циљ Директиве 2001/23/ЕЗ наводи заштита запослених у околностима промене послодавца, историја њеног развоја показује да је она имала знатно комплекснију улогу у структурирању тржишта капитала и радне снаге. Штитећи права запослених у случају промене послодавца, Директивом се, заправо, настојала успоставити социјална равнотежа између права (послодавца) на слободну пословну иницијативу усмерену на стицање добити и права запосленог на очување радног места, што и јесте један од основних циљева радног права у систему тржишне економије. Тешкоћа помирења ових сукобљених права и интереса између послодавца и запослених захтева стална промишљања о нивоу и концепцији правне заштите запослених у околностима промене послодавца. Да питање обима и начине заштите запослених у случају промене послодавца, а самим тим и развој Директиве 2001/23/ЕЗ није завршен њеном кодификацијом 2001. године, јасно илуструје Меморандум о правима радника у случају преноса предузећа који је Комисија издала три године након кодификације Директиве.⁷⁸⁸ Будући да је од претходног Меморандума било протекло седам година, а да је у међувремену Директива 77/187/ЕЗ измењена Новелом Директиве 98/50/ЕЗ (1998. године), те да су обе кодификоване Директивом 2001/23/ЕЗ (2001. године), Комисија је сматрала неопходним да изда нови меморандум. Два додатна разлога због којих је, по мишљењу Комисије, било неопходно усвајање новог меморандума је доношење „низа важних пресуда којима се тумачи Директива и проширење Европске уније“.⁷⁸⁹ Меморандум, најпре, појашњава подручје примене Директиве 2001/23/ЕЗ понављајући да се иста примењује на јавна и приватна предузећа без обзира послују ли ради добити, све док су „укључени у економске активности“, у смислу да пружају „робу или услуге на тржишту“.⁷⁹⁰ Ова важна квалификација израза „економске активности“ са синтагмом „роба или услуге на тржишту“ не постоји ни у тексту Директиве 2001/23/ЕЗ, ни у претходним документима о политици који се односе на предметну Директиву и по први пут је додата овим меморандумом. Поред низа других питања, ваља напоменути да је

Council Directives 98/59/EC and 2001/23/EC, as regards seafarers (Text with EEA relevance) (*Official Journal* L 263, 8.10.2015, 1–5), члан 5.

⁷⁸⁸ European Commission, Memorandum on Rights of Workers in Cases of Transfers of Undertakings, Commission Services' Working Document, Brussels, 2004.

⁷⁸⁹ *Ibid.*, параграф 1.

⁷⁹⁰ *Ibid.*, параграф 2.2.

Меморандум укључио нека значајна појашњења услова који морају бити испуњени да би дошло до преноса предузећа, посебно у вези са задржавањем идентитета предузећа. Истакнуто је да задржавање идентитета обележава како наставак истих активности од стране новог послодавца, тако и континуитет његове радне снаге, руководећег особља, начин организовања његовог рада, оперативне методе или оперативни ресурси који су му на располагању.⁷⁹¹ Притом, процена неопходна да би се утврдило да ли постоји пренос предузећа је ствар националних судова, у складу са специфичним критеријумима тумачења које је дефинисао Суд правде. Сви ти критеријуми су појединачни, те се не могу разматрати изоловано, већ у својој укупности, при чему је врста делатности коју предузеће обавља суштински критеријум, јер може одредити степен важности који ће се приписати свим осталим (критеријумима).⁷⁹² Меморандум је подвукао широко тумачење дато појму „пренос предузећа“ позивајући се на индикативне примере праксе Суда правде који илуструју да начин на који се врши промена послодавца није релевантан.⁷⁹³ Пренос може бити резултат једностраног акта, судске одлуке или закона, па се чак може догодити и у одсуству директног уговорног односа између послодавца претходника и послодавца следбеника.⁷⁹⁴ Коначно, вреди поменути да је Комисија овим актом посебно нагласила значај питања прекограничних преноса, примећујући да дискреционо право препуштено националним законодавствима при дефинисању основних појмова у Директиви (попут појма „запослени“, „радни однос“, уговор о раду“ и сл.) може да закомпликује њену примену и створи сукоб закона за које Директива не пружа решење, чак и ако је на основу члана 1(2) операција обухваћена подручјем примене Директиве. Римска конвенција⁷⁹⁵ би

⁷⁹¹ *Ibid.*, параграф 2.4.2.

⁷⁹² Што се тиче пружања услуга, Суд је направио разлику између делатности које се у основи заснивају на радној снази, као што су чишћење и надзор, и делатности које се у основи заснивају на имовини, попут јавног превоза или угоститељства. Стога, у случају пружалаца услуга чије су делатности у основи засноване на радној снази, преузимање од стране новог послодавца већег броја запослених које је његов претходник посебно ангажовао ради пружања услуга може резултирати задржавањем идентитета предузећа. Слично томе, у случају пружалаца услуга чије су делатности у основи засноване на имовини, преузимање од стране новог послодавца средстава неопходних за пружање услуга може резултирати одржавањем идентитета предузећа, чак и када битни део запослених није преузет. *Ibid.*, параграф 2.4.2.

⁷⁹³ За детаљну дискусију о ставовима судске праксе видети: M. Jeffery, *op. cit.*, 669-695; John McMullen, „Notes - TUPE - Sidestepping Süzen“, *Industrial Law Journal*, vol. 28, број 4/1999, 360-364; Vivien Shruballs, „Competitive Tendering, Out-Sourcing and the Acquired Rights Directive“, *The Modern Law Review*, vol. 61, број 1/1998, 85-92; Gavin Barrett, „Light Acquired on Acquired Rights: Examining Developments in Employment Rights on Transfers of Undertakings“, *Common Market Law Review*, vol. 42, број 1/2005, 1053-1105.

⁷⁹⁴ European Commission, Memorandum on Rights of Workers in Cases of Transfers of Undertakings, Commission Services' Working Document, Brussels, 2004, параграф 2.4.3.

⁷⁹⁵ Њен пун назив је Конвенција о праву које се примењује на уговорне обавезе отворена за потписивање у Риму 19. јуна 1980. године. Convention on the law applicable to contractual obligations opened for signature

могла пружити одговор у погледу меродавног права које се примењује на уговор о раду, али „то није случај са наставком важења колективних уговора и обавезама информисања и консултовања“.⁷⁹⁶ У светлу важности прекограничних преноса, а посебно „узимајући у обзир да ће се са све већом интеграцијом економија држава чланица вероватно повећати број прекограничних преноса“, Комисија је изразила спремност „да изврши детаљну анализу проблема с циљем да га разјасни“.⁷⁹⁷

Поред наведеног, а у складу са трендом укључивања Директиве 2001/23/ЕЗ у дневни ред социјалне политике, Комисија је јуна 2007. године издала нови Извештај о примени ове Директиве.⁷⁹⁸ У овом Извештају се, упркос фокусу на метод отворене координације који је Заједница доследно примењивала након Лисабонске стратегије, наглашава потреба усаглашавања националних законодавстава, путем обезбеђивања „упоредиве заштите права запослених у државама чланицама“ и „приближавања обавеза постављених европским предузећима“.⁷⁹⁹ Осим тога, Комисија је у овом акту (први пут) изнела своје мишљење о питању промене власништва над капиталом привредног субјекта, затим позвала на консултације социјалне партнере по питању прекограничних трансфера и истакла да питања преноса споредних делатности, информисања и консултовања, као и колективно договорених измена услова запошљавања у поступку стечаја, захтевају даљу расправу.⁸⁰⁰ Општи закључак Комисије у вези са улогом Директиве 2001/23/ЕЗ „скоро 30 година након усвајања“ био је да „наставља да игра кључну улогу у заштити права запослених“ и да је „дала велики допринос у осигуравању да бројне операције реструктурирања предузећа у Европи буду друштвено прихватљивије, постизањем тачне равнотеже између заштите запослених и слободе бављења привредном делатношћу“.⁸⁰¹

Као добар илустративан пример начина на који су актуелни трендови у социјалној политици Европске уније утицали на тумачење Директиве 2001/23/ЕЗ ваља поменути и Самит о запошљавању из 2009. године, будући да су најмање две од десет стратешких акционих тачака које су постављене на овом Самиту за „ублажавање

in Rome on 19 June 1980/ Consolidated version CF 498Y0126(03) (*Official Journal* L 266, 9.10.1980, 1–19; *Official Journal* C 169, 8.7.2005, 10–22; *Official Journal* L 347, 29.12.200, 3–36).

⁷⁹⁶ *Ibid.*, параграф 5.

⁷⁹⁷ *Ibid.*

⁷⁹⁸ Commission Report „on Council Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses“, COM (2007) 334 final, Brussels, 18.6.2007.

⁷⁹⁹ *Ibid.*, параграф 1.

⁸⁰⁰ *Ibid.*, параграф 2.3.

⁸⁰¹ *Ibid.*, параграф 6.

најгорих ефеката кризе“ и побољшање ситуације у запошљавању у будућности,⁸⁰² биле повезане са улогом Директиве 2001/23/ЕЗ. Као што је Комисија приметила у свом консолидованом извештају о припремним радионицама за овај Самит, „реструктурирање се наставља током кризе, вероватно много бржим темпом него раније, при чему негативне радноправне и социјалне последице могу бити много горе“.⁸⁰³ Будући да је, према мишљењу Комисије, главни циљ Директиве 2001/23/ЕЗ био ублажавање негативних ефеката реструктурирања, она постаје нарочито актуелан правни акт у условима повећаног броја реструктурирања током кризе. Такође, на Самиту је примећено да промовисање професионалне и географске мобилности као део координираног одговора на кризу може помоћи у исправљању неравнотеже на тржишту рада,⁸⁰⁴ те да у том смислу прекогранични преноси могу имати важну улогу. Као одговарајући оквир за постизање ових циљева, учесници Самита су истакли улогу „флексибилности“, отвореног метода координације и појачаног учешћа социјалних партнера, уз констатацију да је координација коју пружа Лисабонска стратегија „већ спасила милионе радних места у време кризе“. У сличном контексту, наводи се да Обновљена Лисабонска стратегија за раст и радна места и њени циљеви и даље пружају прави оквир за деловање и да отворени метод координације „може помоћи у ублажавању утицаја економске кризе на најрањивије у Европи, као и на економију у целини“.⁸⁰⁵ Међутим, упркос чињеници што примену Директиве 2001/23/ЕЗ све више прате захтеви за повећаном флексибилношћу,⁸⁰⁶ Комисија је наставила да види члан 3, који предвиђа аутоматски пренос радног односа са истим условима рада на послодавца следбеника, као „језгро“ Директиве 2001/23/ЕЗ.⁸⁰⁷ У том смислу се може створити утисак некомпатибилности између заштите коју пружа Директива 2001/23/ЕЗ и појма запосливости (енгл. *employability*) радника, те непомирљивости концепта конкретних права „запослених“ која су додељена овом Директивом са захтевом за мекшим

⁸⁰² European Employment Summit – 7 May 2009, Main messages, <https://www.cedefop.europa.eu/de/news/main-messages-employment-summit-7-may-2009>, 20.12.2020.

⁸⁰³ European Commission, Consolidated report on the preparatory workshops for the Employment, Summit of May 7, 2009, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_09_718, 20.12.2020.

⁸⁰⁴ European Employment Summit – questions and answers, Brussels, 7.5.2009, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_09_223, 20.12.2020.

⁸⁰⁵ EU Employment Summit – questions and answers.

⁸⁰⁶ Ови захтеви су праћени померањем тежишта радноправне заштите са заштите запослења одређеног радника на одређеном послу - на бољу професионалну покретљивост радника на тржишту, уз скраћивање периода незапослености између два радна односа. Видети: Тодор Каламатиев, Александар Ристовски, „Флексибилност и сигурност радног односа у радном законодавству Републике Македоније (развој и перспектива)“, *Радно и социјално право*, vol. XVII, број 1/2013, 81.

⁸⁰⁷ COM (74) 351 final, 6; COM (75) 429 final, 19.

облицима социјалне интервенције према Лисабонској стратегији.⁸⁰⁸ Па ипак, насупротив оваквом почетном утиску, чини се да се ова очигледна некомпатибилност између „тврдог“ и „меког“ права може решити идентификовањем начина на који се она међусобно допуњују, а не да противрече једно другом. Премда су алати отвореног метода координације посебно погодни за област запошљавања или политике тржишта рада (тј. отварање нових радних места и борбу против незапослености), законодавство (тврдо право) је погодније за стварање права из радног односа чија је сврха заштита запослених.⁸⁰⁹ Из ових разлога, нагласак на „мекшим“ мерама не мора имати међусобно искључиву улогу са тврдим правом (као што је Директива 2001/23/ЕЗ), већ допуњујућу, што подвлачи потребу за идентификовањем формуле којом се постиже боља равнотежа интереса запослених и послодаваца.

Чини се да ова разматрања (још) нису у супротности са најновијим дешавањима у социјалној политици Европске уније. Наиме, у новембру 2017. године, институције Европске уније усвојиле су Европски стуб социјалних права (енгл. *European Pillar of Social Rights*), правно необавезујући инструмент који садржи листу од двадесет политичких циљева који би требало да усмеравају Европску унију и државе чланице приликом обликовања система радног права и социјалне сигурности.⁸¹⁰ Ова иницијатива европских органа има за циљ да подржи постизање конкурентне социјалне тржишне економије (енгл. *social market economy*) при чему „социјалну политику“, сматра Комисија, „треба схватити и као фактор продуктивности“.⁸¹¹ Треба признати да нагласак Стуба социјалних права на транспарентности и правима запослених на информисање, као и његова посвећеност унапређењу социјалне заштите одређених атипичних облика рада одражавају (позитивно) признање потребе да се Европска унија мора суочити са социјалним ефектима тржишне конвергенције и флексибилизације тржишта рада.⁸¹² Међутим, имајући у виду претходне политичке документе, чини се да Стуб социјалних права узима у обзир социјална права само онолико колико су компатибилна са економским приоритетима. Ово би могло објаснити недостатак

⁸⁰⁸ С. Barnard, *op. cit.*, 61.

⁸⁰⁹ *Ibid.*

⁸¹⁰ The European Parliament, the Council of the European Union and the European Commission, *European Pillar of Social Rights*, adopted on the 17 November 2017 in occasion of the Gothenburg Summit for Fair Jobs and Growth.

⁸¹¹ European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Launching a consultation on a European Pillar of Social Rights*, COM (2016) 127 final, Brussels, 8.3.2016.

⁸¹² Frank Hendrickx, „Editorial: The European pillar of social rights: Interesting times ahead, *European Labour Law Journal*, vol. 8, број 3/2017, 191–192.

иницијатива које произилазе из Стуба, а које би имале за циљ давање веће материјалне заштите запосленима. Тако, примера ради, нема позивања на обавезујуће мере за подршку запосленима у случају појединачних или колективних отпуштања или за подстицање учешћа радника у доношењу управљачких одлука. Уместо тога, Стуб укључује принцип флексибилних услова рада, који „омогућава послодавцима да се брзо прилагоде променама на тржишту“.⁸¹³ Стога, ова последња фаза европских интеграција указује на то да је усвајање другачије реторике о социјалној политици (примера ради увођењем новог концепта „социјалне тржишне економије“ као циља Уније и успостављањем стуба социјалних права) само по себи не значи одступање од тржишне перспективе социјалних права. Политика Европске уније и даље одражава само делимично и пристрасно разумевање односа између социјалног и економског напретка, а чини се да се разматрају само оне мере које могу позитивно утицати на пословање и привредни раст. Стога, сама квалификација тржишне економије Уније као „социјалне“ није довољна да спречи прогресивно слабљење заштитне функције радних норми, посебно у контексту јачања пословних слобода.

4. РАЗВОЈ ПРАВИЛА О ЗАШТИТИ ЗАПОСЛЕНИХ У СЛУЧАЈУ ПРОМЕНЕ ПОСЛОДАВЦА У ДОМАЋЕМ ПРАВУ

У савременом свету постоји много држава и њима својствених радноправних система. Сваки од тих постојећих система радног права разликује се, по извесним карактеристикама, од других система радног права.⁸¹⁴ У нашој земљи, радно право је конституисано као самостална грана права убрзо након првих законских интервенција које су предузете почетком XX века, у циљу решавања проблема насталих, првенствено, услед индустријализације. У периоду пре Другог светског рата, домаће радно законодавство било је слабо развијено јер су односи између радника и послодаваца били уређени одредбама грађанских законика,⁸¹⁵ док је рад помоћног

⁸¹³ Klaus Lörcher, Isabelle Schömann, *The European pillar of social rights: critical legal analysis and proposals*, European Trade Union Institute, Brussels, 2016, 40.

⁸¹⁴ Важно је приметити да се та разноликост знатно смањује када се истражују фундаментални елементи помоћу који се откривају и тумаче правна правила и утврђује њихово значење. Управо ова чињеница омогућава класификацију различитих националних права у одређене групе, кругове, „породице“. У том смислу, радно право Републике Србије припада европско-континенталној породици права, коју карактерише развијен социјални јавни поредак (радно законодавство) који колективни уговори не могу укинути (осим *in favor laborum*) и ригидне одредбе о заштити запослења.

⁸¹⁵ У Србији је важио Грађански законик од 11. марта 1844. године, у Црној Гори је био на снази Општи имовински законик од 25. марта 1888. године, у Хрватској, Славонији и Босни и Херцеговини

особља у трговини, занатским радњама и индустрији био уређен трговачким законима и законима о радњама, а рад у рудницима рударским законима.⁸¹⁶ Индивидуални најамни радни однос је, стога, био потчињен начелима и прописима уговора о служби из грађанских законика, да би тек 30-их година XX века био издвојен као самостални правни институт.⁸¹⁷ Па, ипак, у том периоду се почињу доносити закони који се сматрају весницима заштите запослених за случај отказа.⁸¹⁸ Тако је још у Закону о радњама од 1910. године, који је признавао начелно једнако право на отказ субјеката уговора о служби, била утврђена листа, *exempli causa*, разлога ван којих службодавац није могао отпустити службопримца пре истека отказног рока, као разлога мимо којих службопримац није смео иступити из службеног односа пре предвиђеног рока.⁸¹⁹ И закони који су усвајани у периоду између два светска рата садржали су одредбе којима је странама уговора о служби била призната начелно једнака слобода отпуштања, али уз значајне новине којима је наговештено увођење концепције ваљаних отказних разлога. Тако је Законом о заштити радника од 1922. године уведена заштита од отказа у корист трудница, породиља и радничких повереника,⁸²⁰ док су Законом о радњама од 1931. године овим заштитним мерама придодата правила о забрани отказа запосленом због учешћа у војним вежбама, као и због привремене спречености за рад услед болести или несрећног случаја.⁸²¹ Према се наведене одредбе могу оценити врло напредним за то време, у периоду пре Другог светског рата домаћи радноправни прописи нису обезбеђивали пун капацитет заштите радника за случај отказа, док о заштити радника у случају спајања, припајања, одвајања предузећа или других случајева промене правног

примењиван аустријски Општи грађански законик од 1. јуна 1811. године са новелама од 1914, 1915. и 1916. године, а у Војводини мађарско обичајно право. N. Tintić, *op. cit.*, 390.

⁸¹⁶ У Србији су, тако, примењиване одредбе: Еснафске уредбе од 14. августа 1847. године са изменама од 29. јануара 1849. и 30. априла 1853. године; Рударског законика од 15. априла 1866. године са изменама и допунама од 21. јула 1877, 6. фебруара 1896. и 27. јануара 1900. године; Правила о односима слугу и њихових газди од 12. септембра 1904. године и Закон о радњама од 28. јуна 1910. године. N. Tintić, *op. cit.*, 132.

⁸¹⁷ А. Балтић, *Основи радног права Југославије*, 92.

⁸¹⁸ Иако је било покушаја доношења закона о радњама (1864, 1869. и 1890. године), они нису били успешни. Тек са појавом иоле значајније радничке класе, са њеним организовањем у синдикате, са заостравањем класне борбе и вођењем штрајкова, дошло је до првог заштитног законодавства у Србији, 1910. године, када је оно већ одавно постојало у већини цивилизованих земаља. Видети више: Бошко Перић, *Радно право ФНРЈ*, Одбор за издавање уџбеника и скрипата за студенте универзитета и високих школа НР БиХ, Сарајево, 1950, 16-26.

⁸¹⁹ Закон о радњама (*Српске новине* од 29. јуна 1910. године), § 50 и 51. О развоју радноправних правила о престанку радног односа на иницијативу послодавца у домаћем праву видети више: Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, 259-290.

⁸²⁰ Закон о заштити радника (*Службене новине Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца*, бр. 128/XXI, 75/XIV, 72/XXII и 135/LXII), § 22-23.

⁸²¹ Закон о радњама (*Службене новине Краљевине Југославије*, бр. 262/LXXXI), § 219 и 221.

идентитета послодавца није било посебне речи.⁸²² Једино је Закон о радњама од 1931. године садржао одредбу према којој је „у случају стечаја (конкурса) и настале промене у лицу имаоца радње“ ученик, стечајни управник односно нови ималац радње могао да раскине уговор о учењу уз отказ од четрнаест дана.⁸²³ Ово не изненађује, ако се има у виду да је Србија у то време била претежно аграрна држава, са натуралном привредом и релативно малим бројем индустријских, занатских и трговачких предузећа и радњи, а, следствено, и малим бројем радника који су радили на основу уговора о служби.

Након Другог светског рата класична концепција радног односа била је преображена у светлу идеја самоуправног радног права, уз успостављање аутентичне концепције радног односа у којој су запосленима била призната чак и нека управљачка овлашћења која традиционално припадају послодавцима.⁸²⁴ Први корак на том путу учињен је Основним законом о управљању државним привредним предузећима и вишим привредним удружењима од стране радних колектива.⁸²⁵ Његовим усвајањем отпочињу револуционарне промене у процесу преласка управљања привредом од стране државног апарата на управљање предузећима од стране радних колектива, тј. радничких савета и управних одбора, врши се подруштвљавање средстава за производњу и тиме стварају услови за претварање државне својине у друштвену. Нов привредни и друштвени систем, захтевао је и нов правни систем радних односа. Као резултат ових захтева усвојен је Закон о радним односима од 1957. године⁸²⁶ којим је (заједно са Законом о јавним службеницима⁸²⁷ и законима из области социјалног осигурања) извршена кодификација домаћег радног права. Овај закон је одсликавао раније уведено самоуправљање радника у привреди, али, сада ослоњено на друштвену

⁸²² Занимљиво је, међутим, поменути да је Закон о акционарским друштвима од 1896. године помињао спајање акционарских друштава, као разлог за престанак постојања друштва, и то само „по претходном одобрењу министра народне привреде“. Да би дошло до престанка друштва услед спајања са другим друштвом, било је неопходно да се испуне одређени услови: 1) да одлуку о спајању донесу 3/4 присутних акционара на друштвеном збору на којем је заступљена најмање 1/2 друштвене главнице; 2) да је друштво претходно обезбедило потраживања својих поверилаца и да је тај начин обезбеђења јавно обзнанило; 3) да је обавештење о спајању доставило надлежном суду; 4) да се имовином друштва које престаје спајањем рукује одвојено, док се не намире или не обезбеде сви повериоци тог друштва; 5) да имовином друштва које се спаја руководи управни одбор друштва с којим се спаја престало друштво, који је, притом, одговоран лично и целом својом имовином солидарно за неуредно вршење тог одвојеног руковања. Видети: Закон о акционарским друштвима (*Српске новине* од 10. децембра 1896. године), члан 81, став 1, тачка 5 и члан 89.

⁸²³ Ово право се могло искористити само за време од четири недеље после објављивања стечаја односно од дана када је нови ималац радње преузео радњу. Видети: Закон о радњама од 1931. године, члан 276.

⁸²⁴ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, 259.

⁸²⁵ Основни закон о управљању државним привредним предузећима и вишим привредним удружењима од стране радних колектива (*Службени лист ФНРЈ*, бр. 43/50).

⁸²⁶ Закон о радним односима (*Службени лист ФНРЈ*, бр. 53/57).

⁸²⁷ Закон о јавним службеницима (*Службени лист ФНРЈ*, бр. 53/57).

својину. Његовим одредбама значајно је унапређена заштита запослених за случај престанка радног односа, и то ослањањем на већину института класичног радног права, будући да њиме није била напуштена уговорна концепција радног односа. Међутим, најзначајнији *novum* овог Закона, у контексту предмета истраживања овог рада, представља увођење правила о континуитету радног односа у случају статусних промена привредних организација. Према изричитој законској одредби, „у случају спајања или припајања привредних организација као и у случају кад поједини погони или пословне јединице привредне организације постају самосталне привредне организације, радни однос се не прекида“.⁸²⁸ Ако се има у виду да је Закон о радним односима задржао концепцију страначких радних односа,⁸²⁹ може се слободно рећи да је он први домаћи радноправни пропис који је увео правило о заштити запослења у случају промене послодавца. Иако је то учинио штуро и лаконски, њиме су несумњиво потврђене прве формалне гаранције очувања радног односа у случају статусних промена привредних организација, што за то време представља врло напредно решење.

Међутим, даљи развој радноправних правила о промени послодавца прекинут је Уставом од 1963. године⁸³⁰ и Основним законом о радним односима од 1965. године,⁸³¹ будући да је њима, у правни систем, уведена концепција међусобног односа радника. За разлику од ранијих схватања изражених у Закону о радним односима, где су садржину радног односа чинила узајамна права и дужности између радника и привредне организације, у овим актима садржину радних односа чине управо међусобни односи које радници у радним организацијама као равноправни чланови радне заједнице међусобно успостављају и утврђују међусобне дужности и права која проистичу из слободног рада. Будући да радни однос престаје бити страначки, није ни било могуће говорити о промени послодавца, као другог субјекта радног односа. То, међутим, не значи да се Основни закон о радним односима није бавио радноправним последицама спајања, припајања и других статусних промена радних организација. Полазећи од нове

⁸²⁸ Закон о радним односима од 1957. године, члан 333.

⁸²⁹ Радни однос се занимао између радника и службеника (намештеника), с једне стране, и организационе јединице (привредне организације, органа, установе, задружне и друштвене организације) односно послодавца, с друге стране. Према однос између радника и привредне организације није више био антагонистички, најамни однос заснован на капиталистичком (приватном или државном) власништву на средствима за производњу, он је и даље постојао као правна категорија и институција друштвене организације рада, с том особенешћу што се његовим заснивањем и ступањем радника у радну организацију, радни однос конституисао и као однос између слободних и равноправних радника унутар радне заједнице. А. Балтић, *Основи радног права Југославије*, 63-64, 163.

⁸³⁰ Види: Устав Социјалистичке Федеративне Републике Југославије (*Службени лист СФРЈ*, бр. 9/1974) члан 36, став 6.

⁸³¹ Основни закон о радним односима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 17/65).

концепције радног односа, а остварујући уставну одредбу да радни однос може престати само под условима и на начин прописан савезним законом, овај Закон је поклонио посебну пажњу регулисању института престанка рада радника у привредној организацији против воље радника. С обзиром на нови појам и садржину радног односа, више није могло бити говора о престанку радног односа путем отказа, који претпоставља два посебна правна субјекта, већ једино о престанку рада радника у радној организацији и иступању односно искључењу радника из радне организације.⁸³² Тако је рад радника у радној организацији против воље радника могао престати само ако су за то постојали објективни разлози у виду укидања радног места, трајнијег смањења обима рада односно пословања и незадовољавајуће способности за рад радника на повереном радном месту.⁸³³ Притом, укидање радног места је могло бити ваљан разлог за престанак рада радника само ако су била испуњена два услова: 1) да је проузроковано усавршавањем организације рада, усавршавањем процеса рада и радних поступака у оквиру радне организације, пословном сарадњом односно спајањем две или више радних организација, и 2) да није било могућности да се радник распореди на друго одговарајуће радно место у радној организацији или да је радник одбио да се оспособи за рад на другом радном месту, које му је понудила радна организација у складу са одредбама општих аката радне организације о стручном оспособљавању.⁸³⁴ У овако постављеном нормативном оквиру, статусне промене привредних организација (спајање, припајање и слично) су, дакле, могле представљати оправдан разлог за престанак радног односа против воље радника, али само под условом да више није било објективних могућности да радник настави са радом у датој организацији или да је радник одбио да ради на другом одговарајућем радном месту које му је понуђено и обезбеђено због престанка потребе за његовим радом (дакле, вољом радника). На исти закључак упућује још једна одредба Основног закона о радним односима, која се бавила радноправним последицама престанка постојања радних организација. Према наведеној одредби, у случају отварања поступка за укидање или престанак радне организације, радна организација је могла донети одлуку о престанку рада радника, без његовог пристанка. Ако се има у виду да је у то време, у складу са одредбама Основног закона о предузећима, радна организација престајала са радом, између осталог, и „ако се споји са другом организацијом, ако се припоји другој организацији или ако се

⁸³² Радомир Станковић, Ђорђе Радивојевић, *Основни закон о радним односима са објашњењима*, Научна књига, Београд, 1965, 82.

⁸³³ Основни закон о радним односима, члан 98 и члан 101.

⁸³⁴ *Ibid.*, члан 99.

подели на више радних организација“,⁸³⁵ онда произилази закључак да је радницима могао престати радни однос без њиховог пристанка услед извршених статусних промена. Међутим, према тумачењима ове одредбе из тог периода, рад радника је у овом случају могао престати само ако су били испуњени напред описани услови у вези са укидањем радног места, у виду објективних немогућности да се раднику обезбеди друго радно место или да се он оспособи за рад на другом радном месту.⁸³⁶ У прилог таквом тумачењу говори и чињеница да је каснијим изменама и допунама Основног закона о радним односима,⁸³⁷ у његов оквир враћено раније постојеће правило о континуитету радног односа у случају спајања, припајања или других промена привредних организација, иако, додуше, на посредан начин. Наиме, предметним изменама првобитног законског текста је, најпре, поновљена одредба о могућности престанка радног односа без пристанка радника ако је над радном организацијом отворен поступак за њено укидање, односно за престанак њеног постојања, уз додатак да даном укидања односно престанка радне организације, у смислу Основног закона о предузећима, престаје радни однос свим радницима.⁸³⁸ Међутим, као важна новина уведено је правило да се наведена одредба неће примењивати у случају укидања односно престанка радне организације због спајања с другом радном организацијом односно припајања другој организацији.⁸³⁹ То, *argumentum a contrario*, значи да је у случају престанка постојања радних организација услед спајања, припајања радних организација или других статусних промена, радни однос није аутоматски престајао, већ је остајао очуван, односно настављао се са оном организацијом са којом се спајала односно којој се припајала организација која је престајала да постоји.

Готово иста правна решења садржали су и закони усвојени у наредној фази развоја самоуправног радног права, коју је обележило увођење новог система међусобних односа радника у удруженом раду и јединствено правило да се својство радника не може изгубити услед технолошких и других унапређења. Тако је, Законом о међусобним односима радника у удруженом раду од 1972. године задржано решење из Основног закона о радним односима од 1965. године према којем се одредбе о *ex lege* престанку радног односа у случају престанка постојања привредних организација не

⁸³⁵ Основни закон о предузећима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 17/65 (исправка 20/65), 31/67, 48/68 и 55/69), члан 268, став 1, тачка 4.

⁸³⁶ Видети: Р. Станковић, Ђ. Радивојевић, *op. cit.*, 90.

⁸³⁷ Основни закон о радним односима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 17/65, са изменама *Службени лист СФРЈ* бр. 43/66, 52/66, 28/68, 20/69, 12/70 - пречишћен текст).

⁸³⁸ Основни закон о радним односима - пречишћен текст, члан 109, став 1.

⁸³⁹ *Ibid.*, члан 109, став 2.

примењују када је до престанка постојања привредне организације дошло услед извршене статусне промене спајања или припајања привредних организација.⁸⁴⁰ То значи да је правило о континуитету радног односа у случају спајања или припајања привредних, односно радних организација и даље важило. Исте радноправне последице промене статусних промена, само непосредно, биле су потврђене и Законом о удруженом раду од 1974. године.⁸⁴¹ У складу са одредбама овог закона, раднику није могао престати радни однос „ако, услед удруживања основних организација, технолошких и других унапређења којима се доприноси повећању продуктивности рада и већем успеху основне организације, престане потреба за његовим радом у тој организацији“.⁸⁴² Осим тога, у случају издвајања основне организације из састава радне организације, радници основне организације која се издвајала су били обавезни да заједно са радницима осталих основних организација из састава радне организације образују комисију која ће израдити предлог за коначно уређење међусобних односа. Ако се међусобни односи нису могли уредити споразумно, радници основне организација која се издвајала су могли покренути спор пред арбитражом, као и судски поступак у случају ако нису били задовољни одлуком арбитраже која није представљала извршни наслов.⁸⁴³ Према се овакав вид заштите радника може објаснити, пре свега, особеном природом радног односа, у којој није било напетости између интереса његових страна, макар не у мери у којој је то својствено класичној концепцији радног односа, он живо сведочи да су у периоду самоуправљања, поред начелне посвећености питању заштите запослења, пажњу домаћег законодавца привлачиле и радноправне последице статусних промена привредних организација. Потреба пружања заштите запослења у околностима промене правног статуса привредних организација је у Југославији, упоредноправно посматрано, релативно рано препозната, те је нашим радницима у случају статусних промена привредних организација била обезбеђена заштита која је у великој мери превазилазила и обим и квалитет заштите коју су у то време обезбеђивале друге европске државе. Међутим, даљи развој радноправних правила о заштити запослења у случају промене послодавца је прекинут доношењем Закона о основним правима из радног односа од 1989.

⁸⁴⁰ Закон о међусобним односима радника у удруженом раду (*Службени лист СФРЈ*, бр. 22/73), члан 58, став 4.

⁸⁴¹ Закон о удруженом раду (*Службени лист СФРЈ*, бр. 53/76, 57/83, 85/87, 6/88 и 38/88).

⁸⁴² *Ibid.*, члан 213, став 1.

⁸⁴³ *Ibid.*, члан 338-341.

године.⁸⁴⁴ Иако је овим законом у домаћи правни систем враћена концепција страначких радних односа, у његовом тексту су изостале одредбе посвећене питању радноправних последица промене послодавца, услед чега запослени у случају промене послодавца нису уживали заштиту од отказа нити право преноса стечених права са послодавца претходника на послодавца следбеника. На истом дискурсу је остало и касније радно законодавство - Закон о основама радних односа од 1996. године,⁸⁴⁵ Закон о радним односима Србије од 1996. године,⁸⁴⁶ као и Закон о раду од 2001. године.⁸⁴⁷ Први закон који је, након периода самоуправљања, у правни ситем Републике Србије увео институт промене послодавца јесте Закон о раду од 2005. године. У настојању да ограничи нестабилност запослења, те усклади домаће право са правом Европске уније, Закон о раду уређује питање права запослених у случају промене послодавца по узору на Директиву 2001/23/ЕЗ и укључује три основна инструмента заштите: 1) очување запослења, односно пренос свих уговора о раду са послодавца претходника на послодавца следбеника; 2) очување (иако временски ограничено) колективног уговора о раду закљученог са послодавцем претходником, и 3) информисање и консултовање запослених о реструктурирању предузећа. Заштита је загарантована за све запослене у свим случајевима промене послодавца, без обзира на то да ли је идентитет предузећа сачуван или не, што је другачије (и повољније) решење од европског концепта преноса предузећа.⁸⁴⁸ Ипак, неке од релевантних одредби српског Закона о раду остају нејасне јер је тешко на поуздан начин идентификовати случајеве који се квалификују као промена послодавца. Штавише, Закон о раду не садржи правила о одговорности за било која нерешена и доспела потраживања запослених настала пре промене послодавца, што отвара могућност различитих махинација. С друге стране, правило српског радног законодавства да промена послодавца сама по себи не може представљати оправдани разлог за отказ није изричито предвиђено, већ се о томе закључује из других одредби Закона о раду. Међутим, о томе и свим другим карактеристикама домаћих позитивноправних решења биће више речи у наредним поглављима.

⁸⁴⁴ Закон о основним правима из радног односа (*Службени лист СФРЈ*, бр. 60/89, 42/90 и *Службени лист СРЈ*, бр. 42/92, 24/94).

⁸⁴⁵ Закон о основама радних односа (*Службени лист СРЈ*, бр. 29/96).

⁸⁴⁶ Закон о радним односима (*Службени гласник РС*, бр. 55/96).

⁸⁴⁷ Закон о раду (*Службени гласник РС*, бр. 70/2001 и 73/2001).

⁸⁴⁸ Ljubinka Kovačević, „Individual Rights of Employees in Transfers of Undertakings in Serbia“, у: Erica Kovács, Martin Winner (eds), *Stakeholder Protection in Restructuring*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2019, 234.

IV ПОЈАМ И СЛУЧАЈЕВИ ПРОМЕНЕ ПРАВНОГ ИДЕНТИТЕТА ПОСЛОДАВЦА

1. ПОЈАМ ПРОМЕНЕ ПРАВНОГ ИДЕНТИТЕТА ПОСЛОДАВЦА

Послодавац је правно или физичко лице које организује обављање одређене делатности у неком организационом облику (држава, привредно друштво, предузетник, јавно предузеће, задруга, установа, удружење, задужбина и др.), управља одговарајућим пословима и радом и ангажује једно или више лица за обављање рада.⁸⁴⁹ Реч је, дакле, о сваком лицу коме правни поредак признаје својство правног субјекта.⁸⁵⁰ За разлику од физичких лица која правни субјективитет стичу самим рођењем,⁸⁵¹ организовани облици рада постају правни субјекти само ако им правни поредак призна то својство.⁸⁵² Стицањем правног субјективитета, (физичка и правна) лица стичу апстрактну могућност да буду носиоци права, обавеза и одговорности уопште, а не само у области рада. Специфичност правних лица је да им се заједно са признањем правног субјективитета, признаје и пословна способност, ради реализације циљева и интереса због којих су формирана.⁸⁵³ Пошто остваривање планираних пословних подухвата и циљева ради којих су основана, најчешће, превазилази индивидуалне могућности оснивача, ова лица су врло често економски принуђена да ангажују рад другог - запослених. У том тренутку она постају субјекти радног права - послодавци. Дакле, за област рада правни субјективитет једног лица постаје релевантан само у склопу запошљавања, односно радног ангажовања других лица.⁸⁵⁴ Стога, од момента када им правни поредак призна то својство, привредни субјекти и друга правна лица почињу да функционишу независно и самостално, те, између осталог, могу да закључују уговоре о раду (или радном ангажовању) с једним или више радника. Од тог тренутка, дакле, ова лица више не представљају статичну организацију, већ привредну

⁸⁴⁹ Б. Шундерић, *Радни однос: теорија, норма, пракса*, 44.

⁸⁵⁰ З. Ивошевић, М. Ивошевић, *op. cit.*, 42.

⁸⁵¹ Ово правило не важи универзално, будући да има земаља (попут Француске и Шпаније) у којима за стицање правног субјективитета физичких лица захтевају и додатни услови (примера ради способност детета за живот или да је по рођењу живело најмање 24 часа). У нашем праву, пак, једини услов за отпочињање правног живота детета је да је рођено живо, тј. да је макар у једном тренутку по рођењу показало знаке живота. Р. Ковачевић Куштримовић, М. Лазић, *op. cit.*, 111.

⁸⁵² За настанак правног лица, дакле, признавање од стране правног поретка је конститутивни елемент. Зависно од улоге државе у поступку признавања, као и основа настанка правног лица, постоје различити начини признања правног субјективитета: *систем аутопризнања* (важи за државе), *систем пријаве* (за настанак задужбина), *систем одобрења или концесије* (по правилу за задруге) и *систем нормативног одређивања услова* (за привредна друштва). Видети више: Р. Ковачевић Куштримовић, М. Лазић, *op. cit.*, 140-142.

⁸⁵³ *Ibid.*, 142.

⁸⁵⁴ З. Ивошевић, М. Ивошевић, *op. cit.*, 42.

активност која је подложна променама на тржишту и свим пратећим околностима.⁸⁵⁵ Привредна активност се може вршити путем разних правних форми организације - индивидуалне (предузетник) и колективне (привредна друштва и задруге). Вршењем својих делатности, привредни субјекти у основи обављају одређено предузетништво (предузеће).⁸⁵⁶ Отуда, појам „предузеће“ у основи и није правни, већ економски. Како економисти у први план истичу организациони и циљни аспект (добит, профит) сваког предузећа, разумљиво је зашто се предузеће, по правилу, не третира као посебан субјект права - не признаје му се правни субјективитет, већ се сматра економском категоријом, као привредна активност - предузетништво. У компанијском праву, појам предузећа јавља се као објект права или елемент у дефинисању појма трговца, те се неко лице сматра трговцем (предузетником или привредним друштвом) само ако обавља неки посао као своју делатност - предузеће.⁸⁵⁷

Пошто предузеће нема правни субјективитет, у правне односе са трећим лицима улази носилац предузећа - делатности, што може бити правно лице (привредно друштво) и физичко лице (предузетник).⁸⁵⁸ Притом, ваља нагласити да нема знака једнакости између носиоца предузећа и предузећа. Овај однос се не може одредити власништвом, јер предузеће као целина не може бити предмет стварног права, већ то могу бити ствари и права која се налазе у њему ако припадају носиоцу (нису под закупом и слично). Дакле, правно посматрано, предузеће служи носиоцу да би могао обављати делатност на тржишту.⁸⁵⁹ Осим тога, пословно позиционирање привредних субјекта значајно је условљено променама на тржишту, које захтевају суштинска прилагођавања новим околностима, те привредни субјекти реорганизацијом предузећа настоје ојачати своје конкурентске способности, уравнотежити добитке и губитке, избећи двоструко опорезивање, обезбедити функционално и административно јединство, а, некада, и избећи престанак постојања. Реорганизација подразумева различите видове структурних промена пословања, а, поред осталог, укључује и пренос предузећа са једног привредног субјекта на други на основу уговора (о продаји, поклону, размени, закупу и сл.) или закона (код статусних промена - спајања, припајања, поделе, издвајања). Пренети предузеће или пословање, спојити га са другим или га поделити на више мањих предузећа је, пре свега, предузетничка одлука његовог

⁸⁵⁵ B. Veneziani, „Formation, Modification and Termination of Employment Contracts“, 48.

⁸⁵⁶ Мирко Васиљевић, *Корпоративно управљање - правни аспекти*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2007, 39.

⁸⁵⁷ *Ibid.*

⁸⁵⁸ *Ibid.*

⁸⁵⁹ *Ibid.*

оснивача/руководиоца. Доношење ове одлуке се сматра изразом слободe предузетништва која је гарантована уставима готово свих савремених држава. Међутим, свако предузеће представља својеврсно организационо јединство материјалних (стварна права, потраживања која гласе на ствар или новац, имовинска овлашћења аутора и проналазача и друга имовинска права) и персоналних елемената (оснивачи, запослени, управа) који се могу посматрати само у дијалектичком јединству и узајамној условљености.⁸⁶⁰ Стога, пренос предузећа може имати велик и снажан утицај на положај запослених. Полазећи од чињенице да се материјални супстрат оплођује активношћу запослених, у интересу привредних субјеката може бити да се преносом пословне делатности (предузетништва, предузећа) са једног субјекта на други изврши и пренос уговора о раду. Баш као што робне залихе или односи са купцима могу бити економски вредни за послодавца, исто тако то могу бити и запослени („људски капитал“). Међутим, то није увек нужно тако. Тамо где је стицалац предузећа већ активан у релевантном привредном сектору, он може имати намеру да створи синергију користећи сопствене запослене - који могу бити посебно обучени и упознати са његовим пословним концептом и управљањем - у новом предузећу. Такође, пренесено предузеће, самостално или у комбинацији са претходним пословањем стицаоца предузећа, може имати превише запослених или оних запослених који немају стручне квалификације у складу са његовим пословним потребама. У другим случајевима, стицаоцу предузећа би могло бити у интересу да задржи само поједине (одабране) запослене. И интереси запослених, такође, могу бити прилично различити. За њих, личност послодавца и/или правна форма обављања привредне делатности најчешће неће имати одређени значај. Али, чак и тамо где су посебно изабрали свог послодавца приликом склапања уговора о раду, они ће радије бирати да своје уговоре о раду уступе (заједно са предузећем) трећем лицу, него да буду отпуштени, нарочито ако су им шансе на тржишту рада ограничене. Ако узмемо у обзир шансе радника на тржишту рада, њихов интерес за преношењем уговора о раду често ће бити потпуно супротан од оног који има стицалац предузећа (који ће, најчешће, желети да их се ослободи).⁸⁶¹ С обзиром на изражену супростављеност интереса послодаваца и запослених, у економском и политичком смислу било је прилично контроверзно да ли и под којим условима закон треба да предвиди обавезни пренос уговора о раду (са свим

⁸⁶⁰ М. Васиљевић, *Компанијско право – Право привредних друштва*, 73.

⁸⁶¹ Karl Riesenhuber, *European Employment Law: A Systemic Exposition (4) (Ius Communitatis)*, Intersentia, Cambridge - Antwerp - Portland, 2012, 562.

постојећим правима и обавезама по основу уговора) у случају преноса предузећа, посебно тамо где су предузећа у економској кризи. Највећи број држава европско-континенталног правног система је, под утицајем радног законодавства Европске уније и њених држава чланица, прихватио правило о преносу уговора о раду са дотадашњег послодавца на новог, уводећи у своје законодавство институт промене послодавца. Овај вид сукцесије не зависи од воље односних субјеката, већ претпоставља одређену интервенцију државе, односно настаје непосредно на основу закона (*ex lege*). То несумњиво доводи до заштите положаја запослених у смислу да било каква промена правног идентитета послодавца не би требало да утиче ни на радни однос, ни на положај запосленог у њему. „Запослени се премештају заједно са привредним активностима које ће нови послодавац обављати, као да су везани за посао“,⁸⁶² због чега се у теорији говори о њиховим „ограниченим имовинским правима на радна места“ (енгл. *limited property rights to their jobs*),⁸⁶³ о „правима на посао“ (енгл. *right to their jobs*)⁸⁶⁴ односно о „стеченим правима“ (енгл. *acquired rights*)⁸⁶⁵. Основни циљ оваквог законског решења јесте да се сачува стабилност радног односа слабије стране на тржишту рада. Притом, принципи добровољног преноса предузећа и обавезног преноса уговора о раду су у потпуности раздвојени и посматрају се као две одвојене целине. С једне стране, послодавац задржава право и слободу да пренесе предузеће на друго лице кад год то пословне потребе налажу, а, с друге стране, положај запослених је очуван, будући да нови послодавац заузима позицију старог послодавца, без икаквих других суштинских промена уговорених услова рада. Дакле, пренос уговора о раду представља „радноправну последицу преноса предузећа“.⁸⁶⁶ Дотадашњи послодавац (послодавац претходник) уступа (заједно са предузећем) свој правни положај у закљученом уговору о раду неком трећем лицу (послодавцу следбенику), који тиме постаје носилац свих његових права и обавеза из тог уговора, док он (послодавац претходник) бива ослобођен права и обавеза из тог уговора. Дакле, преносом уговора о раду, долази до промене послодавца. Лице коме су пренета права и обавезе постаје нови послодавац

⁸⁶² Petr Hurka, „The Limits of the Transfer of Rights and Obligations Arising from Employment Relationships“, *Pecsi Munkajogi Kozlemenyek*, vol. 8, број 1-2/2015, 29.

⁸⁶³ Stephen Hardy, Nick Adnett, „Entrepreneurial Freedom Versus Employee Rights’: The Acquired Rights Directive And Eu Social Policy Postamsterdam“, *Journal of European Social Policy*, vol. 9, број 2/1999, 127.

⁸⁶⁴ Gwyneth Pitt, *Employment Law*, Sweet & Maxwell, London, 2014, 340.

⁸⁶⁵ A. Garde, „Partial Harmonisation and European Social Policy: A Case Study on the Acquired Rights Directive“, 174.

⁸⁶⁶ Edoardo Ales, Part 5 (Working Conditions), EU Law - Directive 2001/23/EC, у: Edoardo Ales, Mark Bell, Olaf Deinert, Sophie Robin-Olivier (eds), *International and European Labour Law - a commentary*, Nomos Verlag C.H. Beck Hart Publishing, Baden-Baden - München - Oxford, Portland, 2018, 1003.

запослених, који својим радом обезбеђује функционисање привредног друштва.⁸⁶⁷ У том смислу, промена послодавца се може дефинисати као уступање свих права и обавеза које послодавац претходник има у датом уговору о раду, односно радном односу, трећем лицу (послодавцу следбенику), при чему радни однос у свему осталом остаје непромењен. „Свака промена послодавца претпоставља, дакле, ступање трећег лица - послодавца следбеника у права и обавезе из радног односа које је имао послодавац претходник“.⁸⁶⁸ Притом, предмет преноса није сам уговор о раду у смислу одређене правне чињенице на основу које настају одређене правне последице, будући да правне чињенице не могу бити објект преноса са једног лица на друго. Предмет преноса је послодавчев правни положај (правни статус) који првенствено обухвата права и обавезе које он има према запосленима на темељу (индивидуалног и колективног) уговора о раду (односно радног односа), као и права и обавезе која му у вези тог уговора (односно радног односа) припадају по основу других аутономних и хетеромонних извора права. Као последица промене послодавца, сви уговори о раду који су били на снази на дан промене настављају да производе правно дејство између запослених и новог послодавца, због чега лица, која су била у радном односу у тренутку промене имају према послодавцу следбенику иста уговорна права и обавезе као и пре промене. То, даље, значи да запослени постају *ex lege* повериоци лица које се супституише послодавцу, и то независно од врсте радног односа, тј. без обзира на то да ли је запослени засновао стандардни или флексибилни облик радног односа.⁸⁶⁹ У том смислу, може се рећи да институт промене послодавца обезбеђује *континуитет у погледу идентитета радног односа* и *дисконтинуитет у погледу личности послодавца*.

2. СЛУЧАЈЕВИ ПРОМЕНЕ ПОСЛОДАВЦА

До промене (правног идентитета) послодавца долази ако се између послодавца и трећег лица успостави правна веза која може да доведе до преноса права и обавеза из радног односа.⁸⁷⁰ То може бити уговор (о продаји, о поклону, о размени или закупу предузећа), судска одлука, управни акт, али и сам закон (код статусних промена). У сваком случају, ситуације у којима долази до промене послодавца у великој мери

⁸⁶⁷ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, 484.

⁸⁶⁸ *Ibid.*, 477.

⁸⁶⁹ *Ibid.*, 484.

⁸⁷⁰ Jean Pélissier, Alain Supiot, Antoine Jeammaud, *Droit du travail*, 21^e édition, Dalloz, Paris, 2002, 419. Наведено према: Љубинка Ковачевић, „Правне последице ступања трећег лица у права и обавезе послодавца“, *Радно и социјално право*, број 1/2007, 344.

зависи од врсте послодавца. У том смислу, за разматрање правних разлога (основа) који доводе до промене послодавца, значајна је, пре свега, подела послодавца на физичка и правна лица, и то у вези са утицајем промене у личности послодавца (правним послом, спајањем, припајањем, поделом, одвајањем, ликвидацијом, стечајем и др.) када је у питању правно лице, односно у вези са пословном способношћу (и евентуалним губитком пословне способности), а посебно у вези са смрћу физичког лица и утицајем те чињенице на постојање, односно престанак радног односа, као и на права и обавезе из радног односа.⁸⁷¹ Затим, класификација послодавца на оне који обављају приватну или јавну делатност, која има одређено значење у вези са применом различитих радноправних режима - општег за радне односе у приватном сектору, јавна предузећа и одређене јавне службе односно посебног за радне односе у државним органима, органима аутономне покрајине и локалне самоуправе.⁸⁷² И најзад, у контексту института промене послодавца, одређени значај може имати и разликовање послодавца на оне који обављају одређену привредну или непривредну делатност.

2.1. Промена послодавца са својством физичког лица

У улози послодавца може се наћи физичко или правно лице. У првом случају, као субјект индивидуалног радног односа појављује се *физичко лице као такво*, примера ради код радног односа са кућним помоћним особљем. Такође, то може бити и *физичко лице са својством предузетника или припадника слободне професије*.⁸⁷³ У вези са овим последњим, ваља поменути да је у теорији компанијског права једно од основних разграничења привредних субјеката на индивидуалне и колективне форме обављања привредних делатности. У индивидуалне форме се, тако, сврставају трговац појединац - предузетник и једночлано трговачко друштво (друштво са ограниченом одговорношћу и акционарско друштво), док колективне форме представљају форме привредних друштава уговорног типа са правним субјективитетом или без њега, као и форме грађанских друштава лукративног типа (уговор о грађанском ортаклуку више лица).⁸⁷⁴ За разлику од једночланог привредног друштва које, упркос чињеници да има једног оснивача (и члана односно акционара), стиче својство правног лица, а тиме и одвојену правну егзистенцију (као и свако друго привредно друштво), индивидуални

⁸⁷¹ N. Tintić, *op. cit.*, 390.

⁸⁷² *Ibid.*

⁸⁷³ Љ. Ковачевић, *Заснивање радног односа*, 426.

⁸⁷⁴ М. Васиљевић, *Компанијско право – Право привредних друштава*, 40.

трговац - предузетник се карактерише одсуством посебне правне структуре и правне независности. Наведена разлика утиче и на промене у правном статусу ових привредних субјеката, тако да се оне код једночланих привредних друштава догађају у свим оним случајевима у којима долази до промене било којег колективног привредног друштва, па ће детаљније бити разматране у деловима рада посвећеним случајевима промене послодавца са својством правног лица. За послодавца са својством физичког лица, пак, важе другачија правила.

Наиме, индивидуално предузеће (предузетник - трговац) представља правну форму обављања привредних делатности код које једно физичко лице обезбеђује директно или индиректно све елементе потребне за функционисање таквог предузећа: рад (ради сам и/или ангажује другог запосленог), капитал (финансира се сам или уз помоћ кредита) и управљање (по правилу сам или преко пословође).⁸⁷⁵ У случају када извршава рад самостално, предузетник није субјект индивидуалног радног односа, нити се на њега примењује радно и социјално законодавство. Он се, тада, сматра независним радником (самозапосленим лицем), а његов рад је регулисан нормама пословног права. Међутим, уколико предузетник ради обављања своје профитне делатности ангажује рад другог лица, он постаје субјект индивидуалног радног односа у својству послодавца.⁸⁷⁶ У било којој од ових ситуација индивидуални трговац - предузетник искључиво може бити пословно способно физичко лице које је уписано у одговарајући регистар ради обављања одређене делатности у циљу остваривања прихода.⁸⁷⁷ Пошто моменат уписа

⁸⁷⁵ *Ibid.*, 41. Једна од специфичних новина домаћег Закона о привредним друштвима (*Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 - др. закон, 5/2015, 44/2018, 95/2018 и 91/2019) је увођење института пословође. Пословођа је пословно способно физичко лице које је у радном односу код предузетника и коме је писаним овлашћењем поверено пословођење над предузетничком делатношћу (члан 89, ст. 1 и 3). Он има својство заступника у складу са законом (члан 89, став 5), али није заступник предузетника као физичког лица, већ га заступа искључиво у домену обављања предузетничке делатности. Уколико предузетник нема пословођу, а привремено је одсутан из оправданих разлога (болест, школовање, избор на функцију и сл.), он може опште пословођење поверити члану свог породичног домаћинства за време тог одсуства, без обавезе да га запосли. (члан 89, став 4).

⁸⁷⁶ Престанком важења Закона о приватним предузетницима (*Службени гласник СРС*, бр. 54/89 и 9/90 и *Службени гласник РС*, бр. 19/91, 46/91, 31/93 - одлука УСРС, 39/93, 53/93, 67/93, 48/94, 53/95, 35/2002, 101/2005 - др. закон, 55/2004 - др. закон, 61/2005 - др. закон и 36/2011 - др. закон) у Србији је престала могућност да чланови породичног домаћинства раде код предузетника без заснивања радног односа. Новим правилима Закона о привредним друштвима као опште правило предвиђено је да „лица која раде за предузетника морају бити у радном односу код предузетника или ангажована од стране предузетника по другом основу у складу са законом“ (члан 89, став 8). Само изузетно, „члан породичног домаћинства предузетника може радити код тог предузетника без заснивања радног односа: 1) повремено током дана и то искључиво у седишту, ако је његово присуство неопходно због природе делатности предузетника (да се трговачка радња предузетника не би затварала током радног времена, да би се утоварила роба, да би се очистио пословни простор и сл.); 2) привремено током оспособљавања за обављање делатности старих и уметничких заната, односно послова домаће радиности, ако предузетник обавља ту делатност; 3) у време када предузетник користи годишњи одмор у складу са законом“ (члан 89, став 9).

⁸⁷⁷ Закон о привредним друштвима, члан 83, став 1.

нема конститутивно дејство са аспекта правног субјективитета, индивидуално организовано предузеће није посебан субјект у праву, већ предузеће чини јединство са предузетником (трговцем).⁸⁷⁸ Отуда нема посебне имовине овог предузећа и имовине предузетника, те сва права, обавезе и имовина стечени путем ове форме привредног организовања припадају предузетнику. Осим тога, предузетник лично, директно и неограничено целокупном својом имовином одговара за обавезе које настану из обављања индивидуално организованог предузећа.⁸⁷⁹ Будући да се предузетник идентификује са својим предузећем (они чине једно тело), до промене правног идентитета послодавца-предузетника долази, заправо, онда када дође до промене правног статуса самог физичког лица које је носилац предузетничке радње, а то ће, пре свега, бити у случају његове смрти и губитка пословне способности. Најзад, поједина права, попут домаћег, познају још једну могућност промене правног статуса предузетника, и то путем уговора о уступању и расподели имовине за живота предузетника,⁸⁸⁰ о чему ће више речи бити у делу који се односи на српски концепт промене послодавца.

У случају смрти послодавца са својством физичког лица запосленима не престаје радни однос, зато што наследници улазе у сва права и обавезе оставиоца моментом његове смрти, осим ако наследници не желе да наставе обављање предузетничке делатности, или се „личност оставица има сматрати незаменљивом за испуњење постојећег радног односа“.⁸⁸¹ Полази се, наиме, од тога да ова врста послодаваца нема правни субјективитет, па ни одвојену имовину, те у случају смрти физичког лица које је носилац предузетничке активности, сва његова права и обавезе прелазе на наследнике по сили закона. Универзална сукцесија, дакле, обухвата како права и обавезе које немају никакве везе са предузећем (лична имовина), тако и права и обавезе који су повезани с делатношћу предузетника, па и она из радног односа. Овакав став заузимају и радна законодавства појединих држава попут Финске, Немачке, Белгије, Холандије, Луксембурга и Шпаније инсистирајући на принципу континуитета радног односа према којем се радни однос наставља и након смрти послодавца, преношењем уговора о раду на наследнике преминулог послодавца.⁸⁸² Без обзира да ли је то уграђено у законодавство или је (само) мишљење правних стручњака, као што је

⁸⁷⁸ М. Васиљевић, *Компанијско право – Право привредних друштава*, 43-44.

⁸⁷⁹ Закон о привредним друштвима, члан 85, став 1.

⁸⁸⁰ *Ibid.*, члан 91, став 9.

⁸⁸¹ Nikola Tintiћ, *Osnovi radnog prava I*, Školska knjiga, Zagreb, 1955, 210.

⁸⁸² B. Veneziani, „Formation, Modification and Termination of Employment Contracts“, 49.

случај у Италији и Јапану, овакво резонување је важно за очување објективне вредности индивидуалног предузећа као дела тржишта.⁸⁸³ Међутим, управо због чињенице да послодавац нема одвојен правни субјективитет од „предузетничке радње“, у случају његове смрти или губитка пословне способности, долази до престанка обављања предузетничке делатности, па универзална сукцесија може наступити једино уколико су наследници вољни да наставе обављање ове делатности. У појединим правима се воља наследника штити тако што уговором о раду о раду предвиђа могућност давања отказа у случају смрти послодавца.⁸⁸⁴ Стога, ако наследници пошаљу запосленима формално обавештење у коме је садржана изричита изјава да не желе да наставе наслеђену предузетничку делатност, они могу искористити правну моћ једностраног раскида уговора о раду без посебног отказног поступка, али су дужни да плате накнаду штете.⁸⁸⁵ Осим тога, до престанка радног односа ће доћи и у случају да је личност послодавца била незаменљива за испуњење постојећег радног односа, као и у случају да је запослени закључио уговор о плаћеном раду у домаћинству послодавца који се састоји, примера ради, у бризи о члану домаћинства зависном од туђе неге и помоћи (послодавац), јер ће у случају његове смрти, такође, престати радни однос, осим ако се у улози послодавца налази читава породица, супружници заједно, држава или орган јединице локалне самоуправе, када престанак радног односа није нужна последица смрти послодавца.⁸⁸⁶

2.2. Промена послодавца са својством правног лица

Послодавци са својством правног лица не чине хомогену, већ, напротив, веома хетерогену категорију субјеката који се разликују према оснивачу, циљу оснивања, режиму својине итд. То отежава успостављање јединственог правног режима радних односа и захтева њихову класификацију према сличности одређених елемената и могућности заједничког правног регулисања. Једна од основних подела послодавца јесте на приватне и послодавце у јавном сектору. У правној теорији је критеријум ове поделе споран и сматра се да то може бити циљ који остварују, области у којима делују

⁸⁸³ *Ibid.*

⁸⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁸⁶ Како запажа Ковачевић, у појединим правним системима послодавац запослених који обављају плаћени рад у домаћинству лица зависних од помоћи и неге другог лица је *држава или орган јединице локалне самоуправе*, јер се у овим системима право на помоћ и негу другог лица остварује не само у виду новчаних давања, већ и у облику услуга које се пружају у кући корисника права. Видети: Љ. Ковачевић, *Заснивање радног односа*, 48, 426-427.

и/или овлашћења којима располажу.⁸⁸⁷ Поред тога, као битна разлика наглашава се чињеница да се јавноправни послодавци оснивају законом, док је основ настанка приватних послодаваца приватноправни акт.⁸⁸⁸ Тако, приватни послодавац може бити физичко лице (предузетник) и правно лице - привредно друштво, задруга и друго удружење, док послодавац у јавном сектору може бити само правно лице, и то држава, општина, провинција или друга децентрализована територијална јединица, јавно предузеће (електропривреда, државне железнице) или установа јавне службе (факултети, универзитети, музеји).⁸⁸⁹ Свака од ове две велике групе послодаваца се даље може делити на подгрупе применом различитих критеријума. Тако, према врсти делатности којом се баве, приватни послодавци се могу поделити на привредне и непривредне послодавце. Као послодавци у области привредних делатности јављају се правна лица која професионално обављају привредну делатност, организовану ради производње и размене добара или ради пружања услуга.⁸⁹⁰ Сви остали, који се не баве делатностима у области привреде, спадају, под условом да запошљавају туђу радну снагу, у послодавце непривредних делатности.⁸⁹¹ С обзиром на наведено, групу приватних непривредних послодаваца чине удружења (политичке странке, синдикати, удружења послодаваца, спортске организације и удружења, цркве и верске организације и др.), трговачка друштва са нелукративним циљем, задужбине и фондациије,⁸⁹² док у групу приватних привредних послодаваца улазе привредна друштва⁸⁹³ и задруге.⁸⁹⁴ Ову поделу, притом, не треба мешати са поделом на

⁸⁸⁷ Р. Ковачевић Куштримовић, М. Лазић, *op. cit.*, 148.

⁸⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁸⁹ Радомир Ј. Лукић, Будимир П. Кошутић, *Увод у право*, ЈП „Службени гласник“, Београд, 2007, 215.

⁸⁹⁰ Обављање привредне делатности, професионално бављење тим пословима, организована активност, *lucrum* и ризик (који у тим случајевима неспорно постоје) несумњиво разликују такве делатности од слободних професија, тј. од рада лица која обављају слободну професионалну делатност, интелектуалне или уметничке природе, иако и она то чине професионално и ради зараде, па у ту сврху запошљавају друга лица. N. Tintić, *op. cit.*, 390.

⁸⁹¹ *Ibid.*, 391.

⁸⁹² Задужбине и фондациије јесу правна лица без чланова основана да би допуштен друштвено корисни циљ остваривале добродошћу дестинатерима. Разликује их то што за настанак задужбине оснивач мора да обезбеди одређену имовину (основна имовина), док фондациија настаје без ње. Владимир В. Водинелић, *Грађанско право - Увод у грађанско право и општи део грађанског права*, Београд, ЈП „Службени гласник“, 2014, 392.

⁸⁹³ Именоване форме привредних друштава у свакој земљи одређују се законом и код нас су то: ортакчко друштво, командитно друштво, друштво са ограниченом одговорношћу и акционарско друштво (са јавним уписом акција - отворено; без јавног уписа акција - затворено). М. Васиљевић, *Компанијско право - Право привредних друштава*, 40

⁸⁹⁴ Задруга је правно лице, које представља посебан облик привредног организовања физичких лица, која пословањем на задружним принципима остварују своје економске, социјалне, културне и друге интересе и која управљају и контролишу пословање задруге (Закон о задругама, *Службени гласник РС*, бр. 112/2015, члан 2). Оне представљају *sui generis* врсту послодавца, јер су власници истовремено и

комерцијалне (предузетничке, лукративне, профитне, добитне) и некомерцијалне (непредузетничке, нелукративне, непрофитне, недобитне) послодавце. Комерцијалне послодавце карактерише то да своју делатност врше уз накнаду (предузимајући теретне правне послове), коју остварују на тржишту, и то чине на систематски начин, као своју основну делатност. Њихов циљ јесте остваривање добити за чланове (лукративан).⁸⁹⁵ Супротно томе, некомерцијални послодавци немају такав циљ, јер њиховим учесницима, и кад имају статус члана, не припада право на остварену добит. Стога, и привредни и непривредни послодавци могу вршити делатност како ради добити чланова организације, тако и без добити за чланове.⁸⁹⁶ Премда је подједнако замисливо да се и комерцијални и некомерцијални послодавци баве неком индустријском производњом, трговином, здравством, образовном или научноистраживачком делатношћу итд., правни поредак не допушта да се у свим делатностима оснивају профитне организације.⁸⁹⁷ Тако, примера ради, према одредбама домаћег Закона о јавним службама, организације у области образовања, науке, културе, физичке културе, ученичког и студентског стандарда, здравствене заштите, социјалне заштите и друштвене бриге о деци, смеју да буду једино некомерцијалне.⁸⁹⁸

С друге стране, заједничко свим јавноправним послодавцима (без обзира што јавни сектор није хомоген) је то што запошљавају лица на пословима од јавног интереса, као и чињеница да за измирење обавеза према њима користе средства из буџета државе, односно (аутономне покрајине или) локалне самоуправе.⁸⁹⁹ Али, унутар ове категорије послодаваца, такође, постоје знатније разлике, у зависности од тога да ли је учешће државе непосредно или посредно. Тако се, држава, најпре, јавља као субјект радног права, односно као непосредан послодавац запосленима - државним службеницима у државним органима. Правнотеоријски посматрано, послодавац државних службеника није државни орган, без обзира што надлежан државни орган доноси одлуку о пријему у радни однос, већ је то држава која једина има својство правног лица, а тиме и могућност да буде субјект радног односа. Наведено, *mutatis*

запослени, и обрнуто. Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, 91.

⁸⁹⁵ В.В. Водинелић, *op. cit.*, 401.

⁸⁹⁶ У привреди, некомерцијални послодавци су, примера ради, производна задруга, стамбена зграда, удружење за производњу органске хране, јавни радиодифузни сервис, док су комерцијалне организације ван привреде, примера ради, приватна обданишта и приватни центри за учење страних језика. *Ibid.*, 402.

⁸⁹⁷ *Ibid.*, 401-402.

⁸⁹⁸ Закон о јавним службама (*Службени гласник РС*, бр. 42/91, 71/94, 79/2005 - др. закон, 81/2005 - испр. др. закона, 83/2005 - испр. др. закона и 83/2014 - др. закон), члан 3, став 1.

⁸⁹⁹ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, 94.

mutandis, важи и за аутономну покрајину и локалну самоуправу - општину или град која се јавља непосредно као послодавац покрајинским односно локалним службеницима.⁹⁰⁰ Постоје, додуше, у структури државне управе самостални и независни државни органи, као и посебне организације који имају статус правног лица, па се, стога, јављају непосредно као послодавци запосленима у својим службама.

Другачија је ситуација код јавних предузећа и установа (и предузећа) јавне службе где се држава (локална самоуправа) појављује посредно, као оснивач, док је послодавац непосредно јавно предузеће или установа (и предузеће) јавне службе, независно од тога што већи или мањи део средстава за исплату зарада (плату) - нарочито у јавним службама, држава обезбеђује из буџета.⁹⁰¹ Радни односи са запосленима у јавним предузећима и установама јавне службе се, по правилу, заснивају уговором о раду (приватног права), што правни режим радних односа у јавним предузећима, а све више и у јавним службама, чини ближим општем режиму радних односа код приватних послодаваца, док и даље опстају знатније разлике у погледу специфичног правног режима радних односа када је у питању држава или локална власт као послодавац.⁹⁰² Тако, упркос, данас преовлађујућој, тенденцији приближавања правног положаја запослених у државним органима (органима аутономне покрајине и јединицама локалне самоуправе) општем режиму радних односа, радни односи у овим органима показују толико специфичности, да је само у основама извршена унификација, док је у појединостима диференцијација и сада велика.⁹⁰³ Такав је случај и са радноправним правилима о промени послодавца. Премда је подручје примене европске радноправне регулативе о заштити запослених у случају промене послодавца „веома контроверзно питање које је довело до многобројних судских поступака и критика“⁹⁰⁴, према одредбама саме Директиве 2001/23/ЕЗ њене одредбе се примењују на „јавна и приватна предузећа која се баве привредним делатностима без обзира на то раде ли за добит или не“.⁹⁰⁵ С друге стране, „административна реорганизација органа јавне власти, или пренос управних функција између органа јавне власти, не сматра се преносом у смислу ове Директиве“.⁹⁰⁶ Према тумачењу Суда правде Европске уније, одредбе Директиве се имају применити на свако предузеће, без обзира на његов правни

⁹⁰⁰ *Ibid.*

⁹⁰¹ *Ibid.*

⁹⁰² *Ibid.*

⁹⁰³ N. Tintić, *op. cit.*, 539.

⁹⁰⁴ Amandine Garde, „The Public Sector as a Good Employer: The Application of the Acquired Rights Directive to Public Authorities“, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, број 4/2001, 154.

⁹⁰⁵ Директива 2001/23/ЕЗ, члан 1, став 1, тачка с.

⁹⁰⁶ *Ibid.*

статус, под условом да такво предузеће обавља привредне активности.⁹⁰⁷ Подручје примене Директиве се, по оцени Суда, може ограничити „само у околностима реорганизације структуре државне управе или преноса управних функција међу самим државним органима“.⁹⁰⁸ Основ прављења овакве разлике и искључења примене Директиве у случају промене уређења државних органа је, чини се, у објективној страни радног односа, тј. у природи и врсти рада (и његовој намени), односно „посла“, „функције“ коју обавља запослени у државном органу, као и у функцији и положају државног органа у коме запослени ради.⁹⁰⁹ Послодавац државних службеника и намештеника је држава, па се при промени уређења државних органа и не може говорити о промени правног идентитета послодавца, већ се - у погледу континуитета радног односа - државна управа сматра јединственим ентитетом.⁹¹⁰ Стога се правни положај државних (покрајинских, локалних) службеника у случају реорганизације и рационализације државних органа (органа аутономне покрајине, локалне самоуправе) регулише посебним прописима, при чему је основно начело у уређивању овог питања доста слично као и код других послодаваца (са својством правног лица) - очување радног односа путем премештаја на друго слободно и одговарајуће радно место и престанак радног односа само ако запослени одбије премештај.

Са изузетком државе, односно територијалне аутономије и локалне самоуправе, до промене правног идентитета свих осталих послодаваца у јавном и приватном сектору, начелно гледано, може доћи на два начина: 1) путем уговорног (односно правног) преноса предузећа (тзв. директан пренос предузећа) и 2) путем статусних промена (тзв. индиректан пренос предузећа). У случају директног преноса, предмет уговора о преносу предузећа између преносиоца и стицаоца предузећа су сва права стечена у вези са пословањем датог предузећа и сва имовина која се користи за његово пословање.⁹¹¹ Премда је уговор најчешћи основ правног преноса предузећа, то може бити и било који други правни посао. Другим речима, пренос предузећа треба да

⁹⁰⁷ Пресуда у предмету бр. С-29/91 (*Dr. Sophie Redmond Stichting v. Hendrikus Bartol and others*) од 24. марта 1992. године (*European Court Reports* 1992, 144); Пресуда у предмету бр. С-298/94 (*Annette Henke v. Gemeinde Schierke and Verwaltungsgemeinschaft Brocken*) од 15. октобра 1996. године (*European Court Reports* 1996, 382), параграфи 17 и 18.

⁹⁰⁸ Пресуда у предмету бр. С-175/99 (*Didier Mayeur v. Association Promotion de l'information messine (APIM)*) од 26. септембра 2000. године (*European Court Reports* 2000, 505), параграфи 33 и 34; Пресуда у предмету бр. С-343/98 (*Renato Collino and Luisella Chiappero v. Telecom Italia SpA*) од 14. септембра 2000. године (*European Court Reports* 2000, 441).

⁹⁰⁹ N. Tintić, *op. cit.*, 539.

⁹¹⁰ Милан Влатковић, Радоје Брковић, Бојан Урдаревић, *Службеничко право*, Досије студио, Београд, 2013, 132.

⁹¹¹ Мирјана Радовић, „Одговорност стицаоца за обавезе преносиоца у случају преноса предузећа“, *Право и привреда*, број 4-6/2017, 97.

почива на акту воље послодавца претходника, односно његовој пуноважној изјави воље. Захваљујући томе, до преноса може доћи и на основу једностраног правног посла (примера ради одлуке о оснивању привредног друштва којом је предвиђено да улог једног оснивача чини његово предузеће), али и на основу судске одлуке или управног акта.

Насупрот томе, код статусних промена, као врсте тзв. индиректног преноса предузећа, предмет уговора између преносиоца и стицаоца није предузеће као такво, већ његов носилац, односно удео у носиоцу (примера ради, у привредном друштву), што аутоматски доводи до посредног стицања права на самом предузећу.⁹¹² И статусне промене, дакле, доводе до преноса предузећа или његовог дела са друштва преносиоца на друштво стицаоца. Међутим, свака статусна промена подразумева универзалну сукцесију стицаоца у погледу његових права и обавеза које се тичу пренесеног предузећа, односно његовог дела. Наиме, у случају статусних промена одређено привредно друштво (друштво преносилац) у целини или делимично преноси своју имовину и обавезе на једно или више других привредних друштава (друштва стицаоце), при чему противнакнаду за извршни пренос уместо друштва преносиоца добијају његови чланови, односно акционари, и то у виду удела, односно акција у сваком од друштава стицалаца.⁹¹³ Из изложеног се уочава да пренос имовине и обавеза представља суштину статусних промена. Међутим, спровођење таквог преноса према општим правилима грађанског права би било изразито компликовано, ако не и немогуће, нарочито у ситуацији када на друштво стицаоца треба да пређу целокупна имовина и све обавезе друштва преносиоца. Управо из тог разлога се у највећем броју упоредноправних система код статусних промена привредних друштава прописује изузетак од примене општих правила грађанског права, те се пренос имовине и обавеза спроводи путем универзалне сукцесије.⁹¹⁴ Премда велики број аутора заступа став да је правни основ универзалне сукцесије правни посао, и то уговор о статусној промени или план поделе, чини се да снажнији аргументи говоре у прилог традиционалног схватања према коме се универзална сукцесија код статусних промена заснива на самом закону.⁹¹⁵ Наиме, ово становиште се (међу његовим присталицама) правда, пре свега, чињеницом да је нужно да универзална сукцесија код статусних промена буде изричито

⁹¹² *Ibid.*

⁹¹³ Мирјана Радовић, „Универзална сукцесија код статусних промена привредних друштава“, *Анали Правног факултета у Београду*, број 1/2018, 118.

⁹¹⁴ *Ibid.*

⁹¹⁵ *Ibid.*, 129.

прописана законом јер ће се у супротном имовина и обавезе преносити према правилима о сингуларној сукцесији. Осим тога, правна дејства универзалне сукцесије прописана су императивним законским одредбама, те пренос имовине и обавеза као целине путем универзалне сукцесије у одређеном тренутку наступа аутоматски, тј. принудно, и не може да се избегне. Најзад, применом правила о универзалној сукцесији одступа се од правила о појединачном преносу и тиме битно задире у права трећих лица.⁹¹⁶ Тако значајан изузетак од општих грађанскоправних правила којима су трећа лица заштићена у случају преноса права, обавеза или уговора са друштва преносиоца на друштво стицаоца, може да буде утемељен само у закону као правном основу.

У сваком случају, без обзира на који начин се оствари веза између преносиоца и стицаоца предузећа - путем уговорног преноса предузећа или статусне промене (закона), правно дејство преноса је исто: стицање имовине (и обавеза) и, последично, промена правног идентитета носиоца предузећа. Радноправна последица коју радно законодавство Европске уније, њених држава чланица, као и бројних других држава широм Европе и света везује за ову промену јесте *ex lege* пренос уговора о раду са преносиоца (послодавца претходника) на стицаоца предузећа (послодавца следбеника). То, дакле, значи да, за разлику од промене носиоца предузећа до које може доћи на основу уговора, једностране изјаве воље, судске одлуке или закона, сама промена послодавца, као уговорне стране уговора о раду, односно субјекта индивидуалног радног односа, наступа аутоматски, по самом закону, као основна радноправна последица промене носиоца предузећа. Будући да се наведено правило зачело у крилу Европске уније и њених држава чланица, као и да је под њиховим утицајем расло и да се ширило на остатак Европе и добар део света, добијајући у одређеним сегментима елементе универзалности, у наставку рада биће детаљније размотрен управо концепт промене послодавца садржан у праву Европске уније и њених држава чланица.

3. ПРЕНОС ПРЕДУЗЕЋА У ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ И ЊЕНИХ ДРЖАВА ЧЛАНИЦА

Од свог стварања 1957. године, Европске заједнице су прошле дубок процес сазревања, од успостављања бесцаринског простора до јединственог тржишта и монетарне уније са надлежностима у другим пољима политике. Ово јасно произлази из

⁹¹⁶ *Ibid.*, 129-130.

промена оснивачких уговора и еволуирајућег духа политичких докумената који су их пратили, а који показују да је првобитни примарни фокус на економску интеграцију тржишта обогаћен све већом пажњом према, између осталог, социјалној димензији европске интеграције. Ако у почетку право Заједнице није имало (очигледну) тежњу да директно утиче на национално радно и социјално законодавство, питања запошљавања и социјалне политике су погресивно, иако ограничено, прелазила у сферу надлежности Европских заједница (касније Европске уније) и, последично, Суда правде Европске уније. Уређивање социјалних импликација преноса предузећа је питање које је, као што смо у претходној глави видели, са великим потешкоћама ушло у европско радно законодавство, али је временом постало једно од најзначајнијих, али и најконтроверзнијих, питања о којем се (све више) расправља у радном праву Европске уније. Будући да пренос предузећа са једног послодавца на другог није могао да се постигне занемаривањем људског капитала, европски законодавац је успоставио правни оквир који осигурава заштиту права запослених у случају промене послодавца. Овај оквир садржан је у Директиви 2001/23/ЕЗ о приближавању закона држава чланица у вези са заштитом права запослених у случају преноса предузећа, пословања или делова предузећа или пословања, која датира из 1977. године, а измењена верзија из 1998. године. Основни принцип на коме се темељи наведена Директива јесте да су запослени заштићени од могућих негативних последица преноса предузећа чији персонални супратат чине. Задржавање права и обавеза који запослени имају према уговору о раду закљученим са послодавцем претходником (укључујући и она која проистичу из колективних уговора) чини срж заштите коју пружа Директива. Европски законодавац се, дакле, определио за *ex lege* пренос радног односа заједно са преносом предузећа са послодавца претходника на послодавца следбеника. Ово опште правило узима у обзир интерес запослених за очувањем радних места. Пренос предузећа не би требало да утиче на права запослених, посебно на њихова права на очување запослења и заштиту од незаконитог отказа. Осим тога, сматра се да је правило о континуитету радног односа оправдано и у односу на послодавца следбеника: терет који је повезан са преносом уговора о раду сматра се наличјем на страни добити коју послодавац следбеник стиче преузимањем целог организованог привредног пословања (који би иначе морао сам изградити). Према речима Комисије, „главна сврха“ Директиве 2001/23/ЕЗ је „осигурати да реструктурирање предузећа на заједничком тржишту не

утиче негативно на запослене у дотичном предузећу“.⁹¹⁷ Поред тога, имплицитно из ставова Комисије произилази да је Директива осмишљена да постигне и одређени економски циљ. Овај циљ, како је Barnard идентификовао, био је да „помогне у процесу реструктурирања, омогућавајући конкурентнијим и ефикаснијим предузећима да опстану. Сходно томе, управљачко право на реструктурирање и отпуштање запослених никада није доведено у питање“.⁹¹⁸ У том смислу, Директива 2001/23/ЕЗ предвиђа да се отпуштање може легитимно догодити из економских, технолошких или организационих разлога, што у контексту реструктурирања предузећа, упућује на закључак да она „има за циљ уравнотежити заштиту запослења са комерцијалним реализмом“.⁹¹⁹ Међутим, перзистентна незапосленост у Европској унији и уочени успеси америчког флексибилног тржишта рада, довели су до критика на њен рачун. Одређени број писаца је мишљења да део проблема велике незапослености лежи у заштитним одредбама саме Директиве 2001/23/ЕЗ. Премда не споре да је изузетно важно заштити права запослених и сачувати њихова радна места, ова група аутора је мишљења да експанзивна заштита запослених може бити контрапродуктивна и дугорочно довести до веће укупне незапослености.⁹²⁰ Таква заштита, према њиховим речима, озбиљно ограничава послодавце у њиховој способности да реструктурирају своју радну снагу, осмисле нове пословне аранжмане или уведу иновативне начине обављања посла, ометајући тако свако очекивано повећање ефикасности.⁹²¹ Овакав став поткрепљују чињеницом да упркос постојању Директиве 2001/23/ЕЗ и широком тумачењу њених одредаба од стране Суда правде у Луксембургу, законска правила о преносу предузећа свих држава чланица садрже „рупе“ и изузетке који омогућавају послодавцима да их заобиђу.

Већина аутора, ипак, верује да је Директива 2001/23/ЕЗ оправдала своју улогу. Тако је, сумирајући налазе велике међународне студије прописа о тржишту рада,

⁹¹⁷ COM(94) 300 final, 1.

⁹¹⁸ C. Barnard, *op. cit.*, 353.

⁹¹⁹ Jo Hunt, „The Court of Justice as a Policy Actor: The Case of the Acquired Rights Directive“, *Legal Studies*, vol. 18, број 3/1998, 347.

⁹²⁰ У суштини, они сматрају да проблем не лежи у алтруистичном циљу (заштите запослених), већ у широкој примени Директиве 2001/23/ЕЗ. Стога, уместо што проширују појам преноса предузећа, судови и законодавци би, према њиховом мишљењу, требало да размотре ограничење примене Директиве на индустрије које примају државне субвенције или другу државну заштиту. Видети, примера ради: Amie Jasmine Ahanchian, „Reducing the Impact of the European Union's Invisible Hand on the Economy by Limiting the Application of the Transfer of the Undertakings Provision“, *Chicago-Kent Journal of International and Comparative Law*, vol. 2, број 1/2002, 30.

⁹²¹ Brian Napier, *CCT, Marketing Testing and Employment Rights: The Effects of TUPE and the Acquired Rights Directive*, Institute of Employment Rights, London, 1993, 12. Видети додатно аргументе италијанске владе у предмету бр. C-362/89 (*Giuseppe d'Urso, Adriana Ventadori and others v. Ercole Marelli Elettromeccanica Generale SpA and others*) од 25. јула 1991. године (*European Court Reports* 1991, 326).

Freeman лепо приметио да су флексибилна тржишта рада Северне Америке имала добре резултате у смислу раста запослености, али је њихов учинак био лош у поређењу са уређенијим тржиштима рада, у смислу раста продуктивности и неједнакости у зарадама.⁹²² До сличних запажања долазе Marsden,⁹²³ Brown и Rea⁹²⁴ који истичу да је нова технологија, заједно са ефектима повећане конкуренције на тржиштима робе и услуга, подстакла привредне субјекте да усвоје нове системе управљања запосленима, попут „организационе фрагментације“ и потпуног управљања квалитетом. Ови системи повећавају значај кооперативних индустријских односа и потребу за правилима и процедурама доношења правила којима се управља колективним незадовољством. У том смислу, они закључују да је за подстицање запослених на сарадњу у поступку прилагођавања праксе запошљавања брзо променљивим тржишним условима потребно одређено ограничење слободе предузетништва, попут правила о *ex lege* преносу уговора о раду. Истог је мишљења и More, који упозорава да су флексибилне праксе запошљавања, попут подуговарања, мотивисане жељом да се стекне конкурентска предност избегавањем радноправних прописа, уместо да се искористе нове технолошке или тржишне могућности.⁹²⁵ Најзад, и Комисија даје сличну процену. Према њеним тврдњама „ефикасност социјалне заштите коју пружа Директива није спорна. Директива се показала као непроцењив инструмент за заштиту радника у случају реорганизације предузећа, осигуравајући мирно и споразумно економско и технолошко реструктурирање и обезбеђујући минималне стандарде за промоцију поштене конкуренције у контексту таквих промена“.⁹²⁶ Наведени аргументи, узети заједно, сугеришу да је усвајање Директиве 2001/23/ЕЗ заправо био покушај успостављања одређене комплементарности економских и социјалних права, што је један од најзначајнијих циљева модерног радног законодавства.

Међутим, што се тиче политике унутрашњег тржишта, може се сумњати у ефикасност Директиве 2001/23/ЕЗ. Будући да је замишљена као средство за „делимичну

⁹²² Richard Freeman, „Does it Fit? Drawing Lessons from Differing Labour Practices“, у: Jordi Gual (ed.), *The Social Challenge of Job Creation: Combating Unemployment in Europe*, Edward Elgar, Cheltenham, 1996, chapter 4.

⁹²³ David Marsden, „Employment Policy Implications of New Management Systems“, *Labour - Review of Labour, Economics and Industrial Relations*, vol. 10, број 1/1996, 17–61; David Marsden, „The “Social Dimension” as a Basis for the Single Market“, у: John T. Addison and W. Stanley Siebert (eds), *Labour Markets in Europe: Issues of Harmonization and Regulation*, Dryden Press, London, 1997, 25.

⁹²⁴ William Brown, David Rea „The Changing Nature of the Employment Contract“, *Scottish Journal of Political Economy*, vol. 42, број 3/1995, 363-377.

⁹²⁵ Gillian More „The Acquired Rights Directive: Frustrating or Facilitating Labour Market Flexibility“, у: Jo Shaw and Gillian More (eds.), *New Legal Dynamics of European Union*, Oxford University Press, Oxford, 1995.

⁹²⁶ COM (97) 85 final, 4.

хармонизацију“,⁹²⁷ она није намењена „успостављању јединственог нивоа заштите широм [Уније] на основу заједничких критеријума“.⁹²⁸ Дакле, циљ њеног усвајања није био да се дефинише садржај стечених права или да се пропише неки одређени ниво заштите, већ да се осигура да ниво права који је запослени уживао код послодавца претходника и даље ужива код послодавца следбеника који је ступио у радни однос на место свог претходника. Стога, она једноставно захтева да у случају преноса предузећа „запослени задрже националним законодавством дефинисан ниво заштите и након преноса“.⁹²⁹ Из тих разлога, национално право и даље има значајну улогу, посебно у дефинисању кључних појмова као што су „запослени“, „уговор о раду“ или „радни однос“. Осим тога, државама чланицама је препуштено да прописују последице одбијања запосленог да се сагласи са преносом уговора о раду, као и санкције у случају пропуштања информисања и консултовања радника и отпуштања радника из разлога везаних за сам пренос предузећа. Неизбежна последица делимичне хармонизације је извесна разлика у нивоу заштите запослених широм Европске уније.

3.1. Када постоји пренос предузећа?

Основна идеја Директиве 2001/23/ЕЗ је врло једноставна: пренос предузећа са једног правног субјекта на други не би требало да има никакве негативне последице по запослене.⁹³⁰ У циљу заштите права запослених у случају промене носиоца предузећа, Директивом је успостављен принцип *ex lege* преноса уговора о раду са старог на новог послодавца. Осим тога, пренос предузећа, сам по себи, не сме представљати правни основ за отказ запослених. Ова заштита, међутим, има одређене празнине, а повремено се јављају нејасноће у погледу њеног нивоа. Неке нејасноће су последица чињенице да су прописи у националним правним системима недовољно усклађени са одредбама Директиве, док су неке резултат чињенице да је (материјално, територијално и персонално) подручје примене Директиве, а вероватно и њена сврха, било прилично

⁹²⁷ Пресуда у предмету бр. C-105/84 (*Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v. Danmols Inventar*) од 11. јула 1985. године (*European Court Reports* 1987, 331), параграф 26. Видети више: А. Garde, „Partial Harmonisation and European Social Policy: A Case Study on the Acquired Rights Directive“, 173.

⁹²⁸ Пресуда у предмету бр. C-105/84 (*Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v. Danmols Inventar*), параграф 26.

⁹²⁹ Bob Hepple, Report for the Commission of the European Communities Directorate-General Employment, Industrial Relations and Social Affairs - Main shortcomings and proposals for revision of Council Directive 77/187/ЕЕС, Commission, ООРЕС, 1990.

⁹³⁰ Марија Драгићевић, „Појам „преноса предузећа“ у смислу европског радног права“, *Право и привреда*, vol. 57, број 7-9/2019, 617.

нејасно одређено.⁹³¹ Највећом празнином у европском законодавству о заштити запослених сматра се изостанак прецизне дефиниције појма „пренос предузећа“ имајући у виду да ни после четрдесет година од усвајања првобитне верзије Директиве 2001/23/ЕЗ и „поплаве“ судске праксе његово значење није јасно.

Према сопственим условима, Директива 2001/23/ЕЗ се примењује „на сваки пренос предузећа, пословања, дела предузећа или пословања на другог послодавца, који је последица правног преноса или спајања предузећа“.⁹³² Пре него што је Директива измењена 1998. године, ових неколико речи је заправо имало тежину одређивања материјалног подручја примене Директиве у целини.⁹³³ Као резултат оваквог нормативног приступа, у пракси је остављено доста простора за разноврсно тумачење и диференцирану примену права, због чега је покренут велик број парница из радног односа. Поред прописа о слободи кретања радника и заштити од дискриминације, Директива 2001/23/ЕЗ је законодавна мера која је довела до највећег броја пресуда Суда правде у Луксембургу.⁹³⁴ У време писања овог рада, Суд правде је донео преко шездесет пресуда у вези са тумачењем ове Директиве од којих је готово половина посвећена концепту преноса предузећа. И сама Комисија је приметила да је првобитна Директива 77/187/ЕЕЗ „изазвала значајне парнице пред Европским судом правде“.⁹³⁵ Потреба за рационализацијом и кодификацијом све већег броја судских одлука, као и потреба за уважавањем „утицаја унутрашњег тржишта [...] које укључује значајно повећање спајања, преузимања, преноса и заједничких улагања“⁹³⁶ је, у крајњем, и навела европске институције да усвоје ревизијски инструмент у облику Новеле Директиве 98/50/ЕЗ. Како је наведено у различитим тачкама преамбуле Новеле Директиве, главна сврха њеног усвајања је била да „измени [оригиналну Директиву] у светлу утицаја унутрашњег тржишта“ (став 3) и да појасни и прошири бројне њене одредбе „у светлу судске праксе Суда правде“ (ставове 3-6 преамбуле). Тако је, у измењеном и консолидованом облику у којем Директива сада постоји, дата дефиниција да „преносом се у смислу ове Директиве сматра пренос привредног ентитета који задржава свој идентитет, значи организовано груписање ресурса које има за циљ обављање привредне делатности, без обзира да ли је та делатност главна или

⁹³¹ *Ibid.*

⁹³² Директиве 2001/23/ЕЗ, члан 1(1)(b).

⁹³³ Nicola Countouris, Wanjiru Njoya, „2001/23/EC: Transfer of Undertakings“, Monika Schlachter (ed.), *EU Labour Law - A Commentary*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2015, 425.

⁹³⁴ K. Riesenhuber, *European Employment Law: A Systemic Exposition (4) (Ius Communitatis)*, 567.

⁹³⁵ COM(94) 300 final, 5.

⁹³⁶ *Ibid.*, 1.

споредна“. Ова одредба, међутим, није разјаснила значење појма „пренос предузећа“. Како је лепо приметио Hardy, „таква необична дефиниција тежи само повратку заинтересованих у судску праксу и збрку која је окружује“.⁹³⁷ А у судској пракси држава чланица Уније, као и судској пракси Суда правде, отворено је питање поузданих критеријума за квалификацију преноса предузећа. Преовлађује став да пренос предузећа постоји ако су кумулативно испуњена два услова: први се тиче *промене послодавца* (која је последица уговорног преноса или спајања предузећа), док се други односи на *очување идентитета предузећа*. Пре тога, свакако, треба утврдити да ли уопште постоји „предузеће, пословање, део предузећа или пословања“. И ми ћемо, стога, пре анализе наведених услова, дати општи приказ концепта „предузећа“ и „пословања“ у праву и судској пракси Европске уније и њених држава чланица.

3.1.1. Концепти „предузеће“ и „пословање“ у праву и судској пракси Европске уније

У правној теорији предузеће се, као што смо напред видели, по правилу, не третира посебним субјектом права - не признаје му се правни субјективитет, већ се третира економском категоријом, као привредна активност - предузетништво. Пошто предузеће нема правни субјективитет, у правне односе са трећим лицима улази носилац предузећа - делатности, а то може бити правно лице (привредно друштво) и физичко лице (предузетник).⁹³⁸ За пренос предузећа није довољно пренети само предмете који чине имовинску масу предузећа. Заправо је циљ преноса омогућити без прекида настављање делатности, тако да стизалац настави обављати делатности које је до тада обављао преносилац.⁹³⁹ Премда је подручје своје примене ограничила „на пренос предузећа, пословања или дела пословања“, првобитна Директива 77/187/ЕЕЗ није дефинисала појам предузећа, нити је садржала неко додатно појашњење овог концепта. У каснијој Новели Директиви 98/50/ЕЗ подручје примене је проширено и на „део предузећа“. Поред коришћења ових појмова - „предузеће“ (енгл. *an undertaking*) „пословање“ (енгл. *business*) односно „део предузећа“ (енгл. *part of an undertaking*) и „део пословања“ (енгл. *part of business*), који су сами по себи општи и неодређени, Новела Директиве је, у циљу њихове допуне и разраде, увела појам „привредног

⁹³⁷ Stephen Hardy, „The Acquired Rights Directive: A case of economic and social rights at work“, у: Hugh Collins, Paul Davies, Roger Rideout (eds), *Legal Regulation of the Employment Relation*, Kluwer, London, 2000, 485.

⁹³⁸ М. Васиљевић, *Компанијско право – Право привредних друштава*, 40.

⁹³⁹ Nada Bodiroga, Hana Horak, „Radni odnosi kod statusnih promjena u europskom pravu“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 24, broj 1/2003, 398.

ентитета“ (енгл. *an economic entity*).⁹⁴⁰ Тако се преносом у смислу ове Директиве сматра „пренос привредног ентитета који задржава свој идентитет, значи организовано груписање ресурса које има за циљ обављање привредне делатности, без обзира на то је ли та делатност главна или споредна“.⁹⁴¹ Ова дефиниција, међутим, није разјаснила ствари. Стога је питање значења које треба приписати концепту предузећа у сврху примене Директиве препуштен судовима, који су своје пресуде доносили ослањајући се на ову штуру одредбу и циљеве дефинисане у Директиви. Наведено, као и чињеница да је својим одредбама требало да смањи тензију између опречних захтева за заштитом запослења и за повећањем флексибилности тржишта рада у околностима које намеће конкурентно окружење, вероватно и јесте разлог што се Директива 2001/23/ЕЗ сматра једном од најспорнијих директива у сфери социјалне политике Европске уније,⁹⁴² а питање значења преноса предузећа једним од најтежих питања које је закупаљало Суд правде још од времена када је Директива први пут усвојена. Будући да предметна Директива није успевала да иде у корак са свакодневним променама у пословном свету, а да је Суд правде без обзира на то био у обавези да тумачи подручје њене примене, његове пресуде су временом све више добијале на важности. Чак и данас, чини се, Директива и национални закони којима се она спроводи изазивају велики број судских спорова широм Европе.⁹⁴³ Стога се, с правом, може рећи да је концепт преноса предузећа суштински формулисан од стране судова, и то, пре свега Суда правде Европске уније. Ово посебно из следећих разлога: 1) велики број предмета се бави специфичном проблематиком која се не може разрешити само на основу формулација које су наведене у Директиви; 2) покушаји да се интерпретација пресуда преформулише у прецизно и јасно дефинисано законодавство су веома комплексни и врло често неуспешни; 3) с времена на време, Суд правде ревидира своје ставове, што за резултат има дискутабилну правну сигурност; 4) основни концепти су, наводно, интерпретирани много либералније него што је то иницијално планирано када су државе чланице прихватиле примену Директиве, те је много пута било критика на рачун претераног судског активизма.⁹⁴⁴ Осим тога, Суд правде није само националним

⁹⁴⁰ Премда се наведени термин може превести и као „привредни субјект“, избегли смо његово коришћење како би нагласили разлику која постоји између предузећа - предузетништва, односно привредног ентита, као објекта у праву, и носиоца предузећа - привредног субјекта (предузетника и привредног друштва).

⁹⁴¹ Директива 98/50/ЕЗ, чл. 1, ст. 1(b). Исту формулацију задржала је и Директива 2001/23/ЕЗ.

⁹⁴² Amandine Garde, „Recent Developments in the Law Relating to Transfers of Undertakings“, *Common Market Law Review* 39, 2002, 523.

⁹⁴³ Niklas Bruun, „Transfer of Undertaking“, *European Employment Law Cases*, број 1/2018, 13.

⁹⁴⁴ Philippa Watson, *EU Social and Employment Law - Policy and Practice in an Enlarged Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2009, 168.

судовима пружао смернице у виду скупа критеријума које треба размотрити, већ је повремено преузимао из руку националних судова задатак утврђивања да ли је у ствари дошло до преноса предузећа.

Имајући у виду напред наведено, концепт преноса предузећа разматрали смо, пре свега, путем анализе пресуда Суда правде Европске уније. Њихова анализа указује да је могуће разликовати две различите врсте образложења. Прва врста бави се појмом „предузеће“, а друга врста се, уместо тога, фокусира на оне елементе који указују на то да је предузеће пренесено. Њихова анализа и разрада сугерише поделу одлука у три периода. Пре тога ваља само нагласити да је прављење лингвистичке разлике међу појмовима „предузеће“ и „пословање“, по ставу Суда, потпуно ирелевантно, јер је и најмањи део привредног ентитета садржан у концепту „предузеће“, „пословање“ или „део пословања“.⁹⁴⁵ Стога ћемо у наставку користити појам „предузеће“ као заједнички за све појмове - „предузеће“, „пословање“, „део предузећа“ и „део пословања“.

У првом периоду, који траје од пресуде Суда правде донесене у случају *Spijkers*⁹⁴⁶ (1986. године) до пресуде у случају *Schmidt*⁹⁴⁷ (1994. године), Суд није указивао на карактеристике које би предузеће требало да поседује да би било обухваћено Директивом 2001/23/ЕЗ, док се у погледу значења концепта преноса предузећа доследно ослањао само на један елемент за чињеничну процену да ли је неко предузеће или пословање пренето, и то на очување идентитета пренесеног предузећа на бази такозваних *Spijkers*-ових критеријума (о којима ће више речи бити у наставку рада).⁹⁴⁸ Пракса Суда из овог периода одражава прилично широко разумевање подручја

⁹⁴⁵ G. Thüsing, *op. cit.*, 107. Општи правобранилац Slynн је у случају *Botzen* нагласио да питање дефиниције појма „део предузећа“ обично укључује пренос одсека/одељења, постројења или фабрике, а може се односити на продају појединачне јединице предузећа (Opinion of Advocate General Sir Gordon Slynн delivered on 8 November 1984, *European Court Reports* 1984, 340), док је општи правобранилац Bot у предмету *Jouini* био мишљења да одлучујући критеријум за одређивање преноса дела предузећа представља околност да ли део који је пренет чини оперативну целину која може пружати услуге које су карактеристичне за основну делатност предузећа, без помоћи других ресурса или дела активе предузећа. Opinion of Advocate General Bot, delivered on 22 March 2007 (*European Court Reports* 2007, 182).

⁹⁴⁶ Пресуда у предмету C-24/85 (*Jozef Maria Antonius Spijkers v. Gebroeders Benedik Abattoir CV and Alfred Benedik en Zonen BV*) од 18. марта 1986. године (*European Court Reports* 1986, 127).

⁹⁴⁷ Пресуда у предмету бр. C-392/92 (*Christel Schmidt v. Spar- und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen*) од 14. априла 1994. године (*European Court Reports* 1994, 61).

⁹⁴⁸ Видети: Пресуду у предмету C-24/85 (*Jozef Maria Antonius Spijkers v. Gebroeders Benedik Abattoir CV and Alfred Benedik en Zonen BV*) од 18. марта 1986. године (*European Court Reports* 1986, 127); Пресуду у предмету бр. C-287/86 (*Landsorganisationen i Danmark for Tjenerforbundet i Danmark v. Ny Mølle Kro*) од 17. децембра 1987. године (*European Court Reports* 1987, 573); Пресуду у предмету бр. C-324/86 (*Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v. Daddy's Dance Hall A/S*) од 10. фебруара 1988. године (*European Court Reports* 1988, 72); Пресуду у предмету бр. C-101/87 (*P. Bork International A/S, in liquidation v. Foreningen af Arbejdsledere i Danmark, acting on behalf of Birger E. Petersen, and Jens E. Olsen and others v. Junckers Industrier A/S*) од 15. јуна 1988. године (*European Court Reports* 1988, 308); Пресуду у предмету бр. C-29/91 (*Dr. Sophie Redmond Stichting v. Hendrikus Bartol and others*) од 24. марта 1992. године

примене Директиве 2001/23/ЕЗ. Суд је, чини се, настојао да узме у обзир све околности дате ситуације и пружио је прилично флексибилно тумачење концепта преноса предузећа. Тако је, примера ради, у овом периоду заузео став да се Директива 2001/23/ЕЗ примењује чак и ако се имовина не пренесе,⁹⁴⁹ или ако је само један запослен погођен преносом радно интензивне привредне делатности (као што су послови чишћења),⁹⁵⁰ па чак и ако се након преноса предузећа, привредна активност обављала под другим пословним именом, из различитих пословних просторија, са различитим средствима за рад, као и без обзира на чињеницу што је преузето мање од половине запослених.⁹⁵¹

У другом периоду, који је трајао од 1994. до, отприлике, 2006. године, Суд правде Европске уније почео је да повезује појам предузећа са (обавезним) присуством одређених карактеристика. Заправо, у образложењима пресуда из овог периода почеле су да се појављују дефиниције „предузећа“. Тако је, примера ради, Суд сматрао: да се трансакција између преносиоца и стицаоца треба односити на „стабилни привредни ентитет чија привредна активност није ограничена на извођење једног одређеног уговора о раду“;⁹⁵² да предузеће представља „привредни ентитет који има одређену

(*European Court Reports* 1992, 144); Пресуду у предмету бр. C-209/91 (*Anne Watson Rask and Kirsten Christensen v. Iss Kantineservice A/S*) од 12. новембра 1992. године (*European Court Reports* 1992, 436) и Пресуду у предмету бр. C-392/92 (*Christel Schmidt v. Spar- und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen*) од 14. априла 1994. године (*European Court Reports* 1994, 61).

⁹⁴⁹ Пресуда у предмету бр. C-29/91 (*Dr. Sophie Redmond Stichting v. Hendrikus Bartol and others*) од 24. марта 1992. године (*European Court Reports* 1992, 144).

⁹⁵⁰ Пресуда у предмету бр. C-392/92 (*Christel Schmidt v. Spar- und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen*) од 14. априла 1994. године (*European Court Reports* 1994, 61).

⁹⁵¹ Пресуда у здруженим предметима бр. C-171/94 и бр. C-172/94 (*Albert Merckx and Patrick Neuhuys v. Ford Motors Company Belgium SA*) од 6. јула 1995. године (*European Court Reports* 1995, 227)

⁹⁵² Видети: Пресуду у предмету бр. C-48/94 (*Ledernes Hovedorganisation, acting for Ole Rygaard v. Dansk Arbejdsgiverforening, acting for Strø Mølle Akustik A/S*) од 19. септембра 1995. године (*European Court Reports* 1995, 290); Пресуду у предмету бр. C-13/95 (*Ayse Sützen v. Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice*) од 11. марта 1997. године (*European Court Reports* 1997, 141); Пресуду у здруженим предмету бр. C-127/96, C-229/96 и C-74/97 (*Francisco Hernández Vidal SA v. Prudencia Gómez Pérez, María Gómez Pérez and Contratas y Limpiezas SL (C-127/96), Friedrich Santner v. Hoechst AG (C-229/96), and Mercedes Gómez Montaña v. Claro Sol SA and Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (Renfe) (C-74/97)*) од 10. децембра 1998. године (*European Court Reports* 1998, 594); Пресуду у здруженим предметима бр. C-173/96 и C-247/96 (*Francisca Sánchez Hidalgo and Others v. Asociación de Servicios Aser and Sociedad Cooperativa Minerva (C-173/96), and Horst Ziemann v. Ziemann Sicherheit GmbH and Horst Bohn Sicherheitsdienst (C-247/96)*) од 10. децембра 1998. године (*European Court Reports* 1998, 595); Пресуду у предмету бр. C-234/98 (*G. C. Allen and Others v. Amalgamated Construction Co. Ltd*) од 8. јула 1999. године (*European Court Reports* 1999, 383); Пресуду у предмету бр. C-172/99 (*Oy Liikenne Ab v. Pekka Liskojärvi and Pentti Juntunen*) од 25. јануара 2001. године (*European Court Reports* 2001, 59); Пресуду у предмету бр. C-51/00 (*Temco Service Industries SA v. Samir Imzilyen and Others*) од 24. јануара 2002. године (*European Court Reports* 2002, 48); Пресуду у предмету бр. C-340/01 (*Carlito Ablar and Others v. Sodexo MM Catering Gesellschaft mbH*) од 20. новембра 2003. године (*European Court Reports* 2003, 48) и Пресуду у предмету здруженим бр. C-232/04 и C-233/04 (*Nurten Güney-Görres (C-232/04) and Gul Demir (C-233/04) v. Securicor Aviation (Germany) Ltd and Kötter Aviation Security GmbH & Co. KG.*) од 15. децембра 2005. године (*European Court Reports* 2005, 778).

организациону структуру и аутономију (или довољан степен функционалне аутономије)⁹⁵³; да предузеће представља „организовану групу лица и имовине која олакшава вршење привредне активности која тежи одређеном циљу“, ⁹⁵⁴ те да у радно интензивним секторима привредних делатности (где је допринос имовине минималан у односу на радну снагу) предузеће може чинити и „група радника са сталним запослењем“⁹⁵⁵ односно „организована група лица посебно одређена за извршење заједничког задатка“.⁹⁵⁶

⁹⁵³ Видети: Пресуду у здруженим предмету бр. C-127/96, C-229/96 и C-74/97 (*Francisco Hernández Vidal SA v. Prudencia Gómez Pérez, María Gómez Pérez and Contratas y Limpiezas SL (C-127/96), Friedrich Santner v. Hoechst AG (C-229/96), and Mercedes Gómez Montaña v. Claro Sol SA and Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (Renfe) (C-74/97)*) од 10. децембра 1998. године (*European Court Reports 1998, 594*) и Пресуду у здруженим предметима бр. C-173/96 и C-247/96 *Francisca Sánchez Hidalgo and Others v. Asociación de Servicios Aser and Sociedad Cooperativa Minerva (C-173/96), and Horst Ziemann v. Ziemann Sicherheit GmbH and Horst Bohn Sicherheitsdienst (C-247/96)* од 10. децембра 1998. године (*European Court Reports 1998, 595*).

⁹⁵⁴ Видети: Пресуду у предмету бр. C-13/95 (*Ayse Süzen v. Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice*) од 11. марта 1997. године (*European Court Reports 1997, 141*); Пресуду у здруженим предмету бр. C-127/96, C-229/96 и C-74/97 (*Francisco Hernández Vidal SA v. Prudencia Gómez Pérez, María Gómez Pérez and Contratas y Limpiezas SL (C-127/96), Friedrich Santner v. Hoechst AG (C-229/96), and Mercedes Gómez Montaña v. Claro Sol SA and Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (Renfe) (C-74/97)*) од 10. децембра 1998. године (*European Court Reports 1998, 594*); Пресуду у здруженим предметима бр. C-173/96 и C-247/96 *Francisca Sánchez Hidalgo and Others v. Asociación de Servicios Aser and Sociedad Cooperativa Minerva (C-173/96), and Horst Ziemann v. Ziemann Sicherheit GmbH and Horst Bohn Sicherheitsdienst (C-247/96)* од 10. децембра 1998. године (*European Court Reports 1998, 595*); Пресуду у предмету бр. C-234/98 (*G. C. Allen and Others v. Amalgamated Construction Co. Ltd*) од 8. јула 1999. године (*European Court Reports 1999, 383*); Пресуду у предмету бр. C-172/99 (*Oy Liikenne Ab v. Pekka Liskojärvi and Pentti Juntunen*) од 25. јануара 2001. године (*European Court Reports 2001, 59*); Пресуду у предмету бр. C-51/00 (*Temco Service Industries SA v. Samir Imzilyen and Others*) од 24. јануара 2002. године (*European Court Reports 2002, 48*); Пресуду у предмету бр. C-340/01 (*Carlito Abler and Others v. Sodexo MM Catering Gesellschaft mbH*) од 20. новембра 2003. године (*European Court Reports 2003, 48*) и Пресуду у предмету здруженим бр. C-232/04 и C-233/04 (*Nurten Güney-Görres (C-232/04) and Gul Demir (C-233/04) v. Securicor Aviation (Germany) Ltd and Kötter Aviation Security GmbH & Co. KG.*) од 15. децембра 2005. године (*European Court Reports 2005, 778*).

⁹⁵⁵ Видети: Пресуду у предмету бр. C-48/94 (*Ledernes Hovedorganisation, acting for Ole Rygaard v. Dansk Arbejdsgiverforening, acting for Strø Mølle Akustik A/S*) од 19. септембра 1995. године (*European Court Reports 1995, 290*); Пресуду у предмету бр. C-13/95 (*Ayse Süzen v. Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice*) од 11. марта 1997. године (*European Court Reports 1997, 141*); Пресуду у здруженим предметима бр. C-173/96 и C-247/96 *Francisca Sánchez Hidalgo and Others v. Asociación de Servicios Aser and Sociedad Cooperativa Minerva (C-173/96), and Horst Ziemann v. Ziemann Sicherheit GmbH and Horst Bohn Sicherheitsdienst (C-247/96)* од 10. децембра 1998. године (*European Court Reports 1998, 595*); Пресуду у предмету бр. C-234/98 (*G. C. Allen and Others v. Amalgamated Construction Co. Ltd*) од 8. јула 1999. године (*European Court Reports 1999, 383*); Пресуду у предмету бр. C-51/00 (*Temco Service Industries SA v. Samir Imzilyen and Others*) од 24. јануара 2002. године (*European Court Reports 2002, 48*) и Пресуду у предмету бр. C-340/01 (*Carlito Abler and Others v. Sodexo MM Catering Gesellschaft mbH*) од 20. новембра 2003. године (*European Court Reports 2003, 48*).

⁹⁵⁶ Пресуду у здруженим предмету бр. C-127/96, C-229/96 и C-74/97 (*Francisco Hernández Vidal SA v. Prudencia Gómez Pérez, María Gómez Pérez and Contratas y Limpiezas SL (C-127/96), Friedrich Santner v. Hoechst AG (C-229/96), and Mercedes Gómez Montaña v. Claro Sol SA and Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (Renfe) (C-74/97)*) од 10. децембра 1998. године (*European Court Reports 1998, 594*); Пресуду у здруженим предметима бр. C-173/96 и C-247/96 *Francisca Sánchez Hidalgo and Others v. Asociación de Servicios Aser and Sociedad Cooperativa Minerva (C-173/96), and Horst Ziemann v. Ziemann Sicherheit GmbH and Horst Bohn Sicherheitsdienst (C-247/96)* од 10. децембра 1998. године (*European Court Reports 1998, 595*); Пресуду у предмету бр. C-234/98 (*G. C. Allen and Others v. Amalgamated Construction Co. Ltd*) од 8.

С друге стране, анализа пресуда Суда правде које су се бавиле концептом преноса предузећа показује да је Суд правде у овом периоду превазишао раније процене о очувању идентитета пренесеног привредног ентитета и *Spijkers*-ове критеријуме. Уместо тога, почео је да се фокусира на додатне захтеве и да прилично уско дефинише концепт преноса предузећа. У почетку је указивао да се Директива 2001/23/ЕЕЗ примењује само када се пренесе имовина предузећа,⁹⁵⁷ да би, потом, прецизирао да је у радно интензиваним секторима привредних делатности (у којима се делатност може обављати без употребе материјалних добара, као што су послови чишћења) од пресудног значаја преузимање већине запосленог особља.⁹⁵⁸ „Очување организације предузећа, оперативних метода и руководећег особља“,⁹⁵⁹ као и „пренос финансирања, организације и важећих правних правила“⁹⁶⁰ су, такође, наведени као

јула 1999. године (*European Court Reports* 1999, 383) и Пресуду у предмету бр. C-51/00 (*Temco Service Industries SA v. Samir Imzilyen and Others*) од 24. јануара 2002. године (*European Court Reports* 2002, 48).

⁹⁵⁷ Видети пресуду у предмету бр. C-48/94 (*Ledernes Hovedorganisation, acting for Ole Rygaard v. Dansk Arbejdsgiverforening, acting for Strø Mølle Akustik A/S*) од 19. септембра 1995. године (*European Court Reports* 1995, 290).

⁹⁵⁸ Видети: Пресуду у предмету бр. C-13/95 (*Ayşe Sützen v. Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice*) од 11. марта 1997. године (*European Court Reports* 1997, 141); Пресуду у здруженим предмету бр. C-127/96, C-229/96 и C-74/97 (*Francisco Hernández Vidal SA v. Prudencia Gómez Pérez, María Gómez Pérez and Contratas y Limpiezas SL* (C-127/96), *Friedrich Santner v. Hoechst AG* (C-229/96), and *Mercedes Gómez Montaña v. Claro Sol SA and Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (Renfe)* (C-74/97)) од 10. децембра 1998. године (*European Court Reports* 1998, 594); Пресуду у здруженим предметима бр. C-173/96 и C-247/96 *Francisca Sánchez Hidalgo and Others v. Asociación de Servicios Aser and Sociedad Cooperativa Minerva* (C-173/96), and *Horst Ziemann v. Ziemann Sicherheit GmbH and Horst Bohn Sicherheitsdienst* (C-247/96) од 10. децембра 1998. године (*European Court Reports* 1998, 595); Пресуду у предмету бр. C-234/98 (*G. C. Allen and Others v. Amalgamated Construction Co. Ltd*) од 8. јула 1999. године (*European Court Reports* 1999, 383); Пресуду у предмету бр. C-172/99 (*Oy Liikenne Ab v. Pekka Liskojärvi and Pentti Juntunen*) од 25. јануара 2001. године (*European Court Reports* 2001, 59); Пресуду у предмету бр. C-51/00 (*Temco Service Industries SA v. Samir Imzilyen and Others*) од 24. јануара 2002. године (*European Court Reports* 2002, 48); Пресуду у предмету бр. C-340/01 (*Carlito Abler and Others v. Sodexo MM Catering Gesellschaft mbH*) од 20. новембра 2003. године (*European Court Reports* 2003, 48) и Пресуду у предмету здруженим бр. C-232/04 и C-233/04 (*Nurten Güney-Görres* (C-232/04) and *Gul Demir* (C-233/04) v. *Securicor Aviation (Germany) Ltd and Kötter Aviation Security GmbH & Co. KG.*) од 15. децембра 2005. године (*European Court Reports* 2005, 778).

⁹⁵⁹ Видети: Пресуду у предмету бр. C-13/95 (*Ayşe Sützen v. Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice*) од 11. марта 1997. године (*European Court Reports* 1997, 141); Пресуду у здруженим предмету бр. C-127/96, C-229/96 и C-74/97 (*Francisco Hernández Vidal SA v. Prudencia Gómez Pérez, María Gómez Pérez and Contratas y Limpiezas SL* (C-127/96), *Friedrich Santner v. Hoechst AG* (C-229/96), and *Mercedes Gómez Montaña v. Claro Sol SA and Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (Renfe)* (C-74/97)) од 10. децембра 1998. године (*European Court Reports* 1998, 594); Пресуду у здруженим предметима бр. C-173/96 и C-247/96 *Francisca Sánchez Hidalgo and Others v. Asociación de Servicios Aser and Sociedad Cooperativa Minerva* (C-173/96), and *Horst Ziemann v. Ziemann Sicherheit GmbH and Horst Bohn Sicherheitsdienst* (C-247/96) од 10. децембра 1998. године (*European Court Reports* 1998, 595) и Пресуду у предмету бр. C-234/98 (*G. C. Allen and Others v. Amalgamated Construction Co. Ltd*) од 8. јула 1999. године (*European Court Reports* 1999, 383); Пресуду у предмету бр. C-172/99 (*Oy Liikenne Ab v. Pekka Liskojärvi and Pentti Juntunen*) од 25. јануара 2001. године (*European Court Reports* 2001, 59) и Пресуду у предмету бр. C-175/99 (*Didier Mayeur v. Association Promotion de l'information messine (APIM)*) од 26. септембра 2000. године (*European Court Reports* 2000, 505).

⁹⁶⁰ Пресуда у предмету бр. C-175/99 (*Didier Mayeur v. Association Promotion de l'information messine (APIM)*) од 26. септембра 2000. године (*European Court Reports* 2000, 505).

релевантни елементи за чињеничну процену постојања преноса предузећа. Оно што је посебно изненађујуће је чињеница да је Суд правде у овом периоду почео да заузима став да сâма сличност привредних делатности обављаних пре и после преноса предузећа не иде у прилог закључку да је привредни ентитет пренесен.⁹⁶¹ Важно је напоменути да ово тумачење одступа од претходних пресуда у којима се Суд правде изричито ослањао на степен сличности привредне активности вршене пре и после преноса како би утврдио да ли је идентитет предузећа очуван.⁹⁶² Као резултат оваквих радикалних промена ставова Суда, запосленима и привредним организацијама постајало је све теже да установе да ли се догодио релевантан пренос у смислу одредби Директиве, па се, потпуно легитимно, поставило питање шта је изазвало овакав заокрет у судском тумачењу. Прво могуће објашњење је да су нови ставови изазвани одређеним прагматизмом Суда. Другим речима, Суд је почео да узима у обзир еволутивне пословне стратегије компанија, које су све више карактерисали *outsourcing*, екстернализација привредних делатности и успостављање сложене и динамичне мреже корпоративних односа и операција.⁹⁶³ Чини се да је Суд постао осетљивији на чињеницу да опсежно тумачење појма „пренос предузећа“ може имати ефекат преопширног мешања у профитабилност пословања.⁹⁶⁴ У ствари, широко тумачење подручја примене Директиве 2001/23/ЕЗ наишло је на противљење нарочито оних

⁹⁶¹ „Привредни ентитет се не своди на поверену му делатност, а сама чињеница да је услуга која се прво пружа од старог, а затим од новог уговорника, слична - није релевантна“. Видети: Пресуду у предмету бр. C-13/95 (*Ayşe Süzen v. Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice*) од 11. марта 1997. године (*European Court Reports* 1997, 141); Пресуду у здруженим предмету бр. C-127/96, C-229/96 и C-74/97 (*Francisco Hernández Vidal SA v. Prudencia Gómez Pérez, María Gómez Pérez and Contratas y Limpiezas SL* (C-127/96), *Friedrich Santner v. Hoechst AG* (C-229/96), and *Mercedes Gómez Montaña v. Claro Sol SA and Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (Renfe)* (C-74/97)) од 10. децембра 1998. године (*European Court Reports* 1998, 594); Пресуду у здруженим предметима бр. C-173/96 и C-247/96 *Francisca Sánchez Hidalgo and Others v. Asociación de Servicios Aser and Sociedad Cooperativa Minerva* (C-173/96), and *Horst Ziemann v. Ziemann Sicherheit GmbH and Horst Bohn Sicherheitsdienst* (C-247/96) од 10. децембра 1998. године (*European Court Reports* 1998, 595) и Пресуду у предмету бр. C-234/98 (*G. C. Allen and Others v. Amalgamated Construction Co. Ltd*) од 8. јула 1999. године (*European Court Reports* 1999, 383); Пресуду у предмету бр. C-172/99 (*Oy Liikenne Ab v. Pekka Liskojärvi and Pentti Juntunen*) од 25. јануара 2001. године (*European Court Reports* 2001, 59) и Пресуду у предмету бр. C-175/99 (*Didier Mayeur v. Association Promotion de l'information messine (APIM)*) од 26. септембра 2000. године (*European Court Reports* 2000, 505).

⁹⁶¹ Пресуда у предмету бр. C-175/99 (*Didier Mayeur v. Association Promotion de l'information messine (APIM)*) од 26. септембра 2000. године (*European Court Reports* 2000, 505).

⁹⁶² Видети, примера ради, пресуду у предмету бр. C-392/92 (*Christel Schmidt v. Spar- und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen*) од 14. априла 1994. године (*European Court Reports* 1994, 61).

⁹⁶³ European Commission, „Restructuring and Employment, Anticipating and Accompanying Restructuring in Order to Develop Employment: the Role of the European Union“, COM (2005)120 final, Brussels, 31.3.2005.

⁹⁶⁴ Ronald M. Beltzer, „The Transfer of Undertakings and the Importance of Taking Over Personnel – A Vicious Circle“, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 23, број 1/2007, 140.

компанија чије се пословање састојало у пружању услуга другим правним лицима.⁹⁶⁵ Стога, одређујући да, примера ради, сâма сличност пренесене привредне делатности није довољна да конфигурише пренос предузећа у смислу Директиве 2001/23/ЕЗ, Суд је избегао тумачење да свака промена пружаоца услуге аутоматски води примени ове Директиве.⁹⁶⁶ Друго потенцијално објашњење је да су на промену приступа Суда утицале критике које су изнете, посебно у Немачкој,⁹⁶⁷ у вези са „упадом“ Суда у дискреционо право националног законодавства у области радног права. И, на крају, стиче се утисак да је измењена пракса Суда правде одражавала садржај првобитног (безуспешног) Предлога Комисије за измену Директиве 77/187/ЕЕЗ, поднетог 1994. године, који је имао за циљ искључивање преноса привредне активности из делокруга примене Директиве.⁹⁶⁸ Као што смо напред видели, конвергенција између нацрта Комисије и тумачења Суда правде прилично је запањујућа, посебно када се узме у обзир да је Комисија повукла свој Предлог након што су је током законодавног поступка оштро критиковали Европски парламент⁹⁶⁹ и Економски и социјални комитет (ECOSOC)⁹⁷⁰ због неуважавања јуриспруденције Суда правде у Луксембургу.

И најзад, у трећем периоду, почев од 2006. године, Суд правде је почео показивати прилично нестални интерпретативни став у погледу карактеристика које пренос предузећа мора имати да би наступиле радноправне последице предвиђене Директивом 2001/23/ЕЕЗ. Заправо, Суд је свој претходни, прилично рестриктивни, приступ заменио флексибилнијим ставовима, а своју аргументацију обогатио новим дефиницијама. У погледу појма предузећа, он се ређе усмеравао на стабилност пренесеног провредног ентитета и карактеристике организације особља у случају радно интензивног сектора привредних делатности. Уместо тога, формулисао је нове услове, као што су „одређени степен независности“⁹⁷¹ или „присуство оперативне групе

⁹⁶⁵ *Ibid.*

⁹⁶⁶ S. Laulom, „The European Court of Justice in the dialogue on the transfers of undertaking: A fallible interlocutor?“, 159.

⁹⁶⁷ *Ibid.*, 161.

⁹⁶⁸ На крају, коначни текст Новеле Директиве није изричито искључио сам пренос привредне активности (делатности) из делокруга Директиве, већ је само додао референцу на важност да пренесено предузеће задржи свој идентитет након преноса.

⁹⁶⁹ Legislative resolution embodying Parliament's opinion on the proposal for a Council Directive on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses (COM (94) 0300 C4-0151/94 94/0203(CNS)) (*Official Journal* C 33, 3.2.1997, 81).

⁹⁷⁰ Opinion of the Economic and Social Committee on the Proposal for a Council Directive on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses (*Official Journal* OJ C 133, 31.5.1995).

⁹⁷¹ Пресуда у предмету бр. C-108/10 (*Ivana Scattolon v. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca*) од 6. септембра 2011. године (*European Court Reports* 2011, 542).

довољне саме по себи за пружање услуга⁹⁷². Највише детаља о томе шта представља „предузеће“, Суд је пружио у случају *Scattolon*.⁹⁷³ Према наводима Суда из образложења пресуде донесене у овом случају, израз предузеће „[...] обухвата било који привредни ентитет организован на стабилној основи, без обзира на његов правни статус и начин финансирања. Свако груписање лица и имовине које омогућава вршење привредне делатности у одређеном циљу и које је довољно структурирано и независно, стога ће чинити такав ентитет [...]“⁹⁷⁴ У истој пресуди, Суд је дао и појашњење да израз „привредна делатност“ обухвата „било коју делатност која се састоји од нуђења добара или услуга на одређеном тржишту“.⁹⁷⁵ Из категорије привредних делатности су, по оцени Суда, искључене само делатности које спадају у област вршења јавних овлашћења, при чему се „услуге које се, без потпадања у област вршења јавних овлашћења, обављају у јавном интересу, без профитног циља и у конкуренцији са онима које нуде привредни субјекти који се привредном делатношћу баве у циљу стицања добити сматрају привредном делатношћу“.⁹⁷⁶ Слично наведеном, и у погледу концепта преноса предузећа, Суд је у овом периоду смањио број упућивања на раније пресуде и услове попут задржавања радне снаге (укључујући запослене на руководећим пословима), истог начина организације рада, истих оперативних метода или истих средстава и радије се освртао на „задржавање функционалне везе међузависности и комплементарности између пренесене имовине и особља“.⁹⁷⁷ Према је у овом последњем периоду Суд дозвољавао примену Директиве 2001/23/ЕЗ у ситуацијама када пренесени привредни ентитет није представљао организациону аутономију нити имао стабилност, пружајући тако флексибилније тумачење обима примене Директиве, његов приступ делује прилично уситњено. Осим тога, усвајање нових дефиниција довело је до забуне око елемената који дефинишу делокруг Директиве 2001/23/ЕЗ, будући да се и у самим пресудама суда појавило низ недоследности. Тако, примера ради, у случају *Jouini* Суд противуречи сам себи указавши, најпре, да пренесени привредни ентитет мора представљати организовану групу имовине и лица, а затим оцењује да организациона структура заправо није пресудна, већ је важно утврдити постојање

⁹⁷² Пресуда у предмету бр. C-485/05 (*Mohamed Jouini and Others v. Princess Personal Service GmbH (PPS)*) од 13. септембра 2007. године (*European Court Reports* 2007, 512).

⁹⁷³ Пресуда у предмету бр. C-108/10 (*Ivana Scattolon v. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca*) од 6. септембра 2011. године (*European Court Reports* 2011, 542).

⁹⁷⁴ *Ibid.*, параграф 42.

⁹⁷⁵ *Ibid.*, параграф 43.

⁹⁷⁶ *Ibid.*, параграф 44.

⁹⁷⁷ Пресуда у предмету бр. C-466/07 (*Dietmar Klarenberg v. Ferrotron Technologies GmbH*) од 6. новембра 2008. године (*European Court Reports* 2008, 614).

оперативног груписања имовине и запослених.⁹⁷⁸ Слично томе, у случају *Scattolon* Суд је прецизирао да пренесени ентитет мора да поседује не само одређени степен аутономије, већ треба да буде и независан, без објашњавања разлике између аутономије и независности.⁹⁷⁹

3.1.2. Идентификација „предузећа“ у праву и судској пракси држава чланица Европске уније

У праву држава чланица Европске уније, сви законодавци користе појам „предузеће“ и/или „пословање“, али велики број њих у своје радно законодавство није увео дефиницију овог појма (примера ради Чешка, Данска, Немачка, Естонија, Француска, Летонија, Пољска, Словачка, Шведска и др.)⁹⁸⁰, док су они који су то учинили (Аустрија,⁹⁸¹ Белгија,⁹⁸² Шпанија,⁹⁸³ Ирска,⁹⁸⁴ Италија,⁹⁸⁵ Кипар,⁹⁸⁶ Мађарска,⁹⁸⁷ Малта,⁹⁸⁸ Холандија,⁹⁸⁹ и др.) готово у потпуности преузели штуру и прилично нејасну дефиницију садржану у члану 1(1)(b) Директиве 2001/23/ЕЗ. Тако је, примера ради, у белгијском праву предузеће дефинисано као „привредни ентитет који задржава свој идентитет, што значи организовано груписање ресурса које има за циљ

⁹⁷⁸ Пресуда у предмету бр. С-458/05 (*Mohamed Jouini and Others v. Princess Personal Service GmbH (PPS)*) од 13. септембра 2007. године (*European Court Reports* 2007, 512), параграф 18.

⁹⁷⁹ Пресуда у предмету бр. С-108/10 (*Ivana Scattolon v. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca*) од 6. септембра 2011. године (*European Court Reports* 2011, 542), параграфи 48, 51 и 53.

⁹⁸⁰ Malcolm Sargeant (In partnership with Middlesex University Business School), *Implementation Report Directive 2001/23/EC on the approximation of laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event, of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses*, Human European Consultancy, London, 2007, 9-20.

⁹⁸¹ Аустријски Закон о изменама и допунама Закона о уговору о раду (*Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG)*), члан 3.

⁹⁸² Белгијски Колективни уговор о раду (*Collectieve arbeidsovereenkomst nr. 32/7 van 23 april 2019*) поглавље VI.

⁹⁸³ Шпански Статут о радницима (*Estatuto de los Trabajadores, Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo*), члан 44, став 2.

⁹⁸⁴ Ирска Уредба о заштити запослених при преносу предузећа (*European Communities (Protection of Employees on Transfer of Undertakings) Regulations 2003, Statutory Instrument No. 131/2003*), члан 3, став 2.

⁹⁸⁵ Италијански Грађански законик (*Codice Civile*), члан 2112, став 5.

⁹⁸⁶ Кипарски Закон о чувању и заштити права запослених током преноса предузећа, пословања или дела предузећа (*Ο Περί της Διατήρησης και Διασφάλισης των Δικαιωμάτων των Εργοδοτούμενων κατά τη Μεταβίβαση Επχειρήσεων, Εγκαταστάσεων ή Τμημάτων Επχειρήσεων ή Εγκαταστάσεων, Νόμος του 2000 (N. 104(I)/2000, N. 39(I)/2003, N. 162(I)/2018*), члан 3, став 2.

⁹⁸⁷ Мађарски Законик о раду (2012. évi I. törvény a munka törvénykönyvéről) члан, 36, став 1.

⁹⁸⁸ Малтешки Закон о запошљавању и индустријским односима (*Att dwar l-Impiegi u r-Relazzjonijiet Industrijali, 2002 (Att XXII tal-2002, Kap. 452 tal-ligijiet ta' Malta, IX/2003, III/2004, XIX/2006 [...]) LVIII/2020*), члан 38.

⁹⁸⁹ Холандски Грађански законик (*Burgerlijk Wetboek, Boek 7*) члан 662, став 2(b).

обављање привредне делатности, било да је та делатност главна или споредна.⁹⁹⁰ Слично томе, према шпанском Статуту о радницима сматраће се „да је до преноса предузећа дошло када пренос укључује привредни ентитет који задржава свој идентитет, а организован је у сврху обављања привредне, основне или помоћне делатности“,⁹⁹¹ док холандски Грађански законик „привредни ентитет“ дефинише готово идентично „као организовано груписање ресурса намењених обављању привредне делатности, без обзира на то да ли је та делатност његова главна сврха или не“. Нешто детаљнију, али ништа јаснију, дефиницију садржи италијански Грађански законик, према чијем члану 2112 „пренос предузећа означава било коју операцију која доводи до промене носиоца организованог привредног ентитета, основаног са или без циља остваривања профита, који је већ постојао пре преноса и који задржава свој идентитет након преноса, без обзира на врсту или основ преноса, укључујући плодоуживање и закуп предузећа“.⁹⁹² Међутим, занимљиво је да исти члан италијанског Грађанског законика садржи и дефиницију дела предузећа која је изазвала доста полемике у италијанској правној литератури и судској пракси. Према наведеном члану, одредбе (италијанског Грађанског законика) о заштити запослења примењују и на пренос било ког дела предузећа - који су као такав идентификовали послодавац претходник и послодавац следбеник у тренутку преноса - који има самосталну, организовану економску природу. Према се, у целини посматрано, оцењује да нема сукоба између концепције предузећа у праву Европске уније и његове примене у Италији, то није случај за дефиницију „дела предузећа“. Наиме, у италијанском праву су имплементација Новеле Директиве 98/50/ЕЗ и Директиве 2001/23/ЕЗ била засноване на два различита концепцијама (дела) предузећа. Новела Директиве од 1998. године имплементирана је Законском уредбом бр. 18/2001 која је усвојила концепцију *articolazione funzionalmente autonoma*, према којој је део предузећа привредни ентитет способан за обављање привредне делатности, који је постојао пре преноса и који је у стању да задржи сопствени идентитет након преноса.⁹⁹³ Наведена концепција је усвојена са циљем спречавања превара у случају преноса дела предузећа. У том смислу, одредбе закона које се односе на пренос предузећа не би се могле примењивати у случајевима у којима је послодавац претходник створио део предузећа или је дошло до

⁹⁹⁰ Белгијски Колективни уговор о раду (Collectieve arbeidsovereenkomst nr. 32/7 van 23 april 2019) поглавље VI.

⁹⁹¹ Шпански Статут о радницима (Ley del Estatuto de los Trabajadores), члан 44, став 2.

⁹⁹² Италијански Грађански законик (Codice Civile), члан 2112, став 5.

⁹⁹³ G. Santoro-Passarelli, „The Transfer of Undertakings: Striking a Balance Between Individual Workers’ Rights and Business Needs“, 316.

промене у структури дела предузећа непосредно пре преноса, уз сагласност послодавца следбеника. Међутим, Законска уредба бр. 276/2003 којом је имплементирана Директива 2001/23/ЕЗ више не захтева да део предузећа постоји пре преноса, нити да задржи свој идентитет након преноса. Напротив, нова одредба омогућава послодавцу претходнику и послодавцу следбенику да идентификују део предузећа у време преноса, чиме се онемогућава спречавање лажних случајева преноса предузећа у којима би послодавац претходник окупио одређени број радника и ресурсе, и, уз сагласност послодавца следбеника, обавио пренос сходно правилима о преносу предузећа, упркос чињеници да је део предузећа, такорећи, створен за ту прилику. Друго, одредба на снази омогућава послодавцу претходнику и послодавцу следбенику да одложе договор о величини и структури дела предузећа до последњег тренутка пре него што се пренос догоди, будући да то у потпуности зависи од њихове воље. Најзад, у литератури се новом решењу замера и што је у супротности са Директивом 2001/23/ЕЗ која захтева да предузеће мора да задржи свој идентитет након преноса, а то није случај у италијанском праву будући да је дозвољено да се послодавац претходник и послодавац следбеник у време преноса договоре о делу предузећа које ће се пренети.⁹⁹⁴ Поводом наведеног питања, италијански Врховни суд донео је одлуку да се важећа одредба мора тумачити у складу са Директивом 2001/23/ЕЗ. Сходно томе, део предузећа мора бити самоорганизован и пре преноса и мора бити у позицији да самостално обавља привредну делатност.⁹⁹⁵

Јасно је, дакле, да националне одредбе нису разјасниле ствари будући да исте или не садржи никакву дефиницију „предузећа“ или само понављају нејасну и широку дефинију садржану у Директиви 2001/23/ЕЗ, па, чак, и додатно компликују иначе сложену проблематику. Имајући у виду наведено, значење појма „предузеће“ препуштено је националним судовима који су, начелно, пратили ставове Суда правде у Луксембургу. Тако је, примера ради, немачки Савезни радни суд, узимајући у обзир одредбе Директива 2001/23/ЕЗ и пресуде Суда правде, усвојио концепцију предузећа као стабилног привредног ентитета, односно скупа средстава, опреме и вештина организованих ради остваривање одређеног циља, чији идентитет мора остати нетакнут након преноса. За идентификацију таквог ентитета немачки судови усвајају различите методе, узимајући у обзир природу привредне делатности. У том смислу, они начелно праве разлику између предузећа која су занована на имовини (нем. *betriebsmittelreich*) и

⁹⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁹⁵ *Ibid.*

оних којих имају мало или нимало имовине (нем. *betriebsmittelarm*).⁹⁹⁶ Ако је предузеће засновано на имовини, таква имовина генерално одређује идентитет предузећа, те уколико послодавац следбеник преузме и настави користити њен претежни део, начелно гледано, долази до преноса предузећа у смислу Директиве 2001/23/ЕЗ. С друге стране, ако предузеће није базирано на имовини, као што је то уобичајено у услужном сектору привредних делатности, радна снага чини главни део идентитета предузећа. Да би идентитет таквог предузећа био очуван, стицалац мора преузети релевантан део радне снаге. Притом, уколико пословање укључује обављање сложених радних задатака, преузимање „кључних“ запослених од стране стицаоца, чак и ако они чине мали део укупног броја запослених, може се квалификовати као пренос предузећа.⁹⁹⁷ Најзад, ваља нагласити да немачки судови усвајају начело према којем привредни ентитет не може бити сâма привредна делатност,⁹⁹⁸ услед чега су изразили оштро противљење ставовима Суда правде у случају *Schmidt*, о чему је више речи било у претходној глави овог рада.

Слична је ситуација и у француској судској пракси. Наиме, одредбе које се односе на пренос предузећа утврђене су чланом L. 1224-1 француског Законика о раду, али исте не нуде дефиницију предузећа. Стога је француски Касациони суд следио одредбе Директиве 2001/23/ЕЗ и линију образложења Суда правде у Луксембургу према којима пренос предузећа постоји ако су задовољена два услова: 1) постојање самосталног предузећа (привредног ентитета), односно организоване групе лица и имовине која омогућава обављање привредне делатности ради остварења сопственог циља, и 2) наставак обављања делатности, односно очување идентитета привредног ентитета након преноса.⁹⁹⁹ Први услов се сматра испуњеним ако се може доказати да је пренесено предузеће, у време преноса: 1) имало своје запослене; 2) имало своју имовину као скуп имовинских права на материјалним (некретнине, машине, инвентар, опрему итд.) и нематеријалним добрима (купци, заштитни знак, итд.), и 3) све то посветило остварењу сопственог циља.¹⁰⁰⁰ Самостални привредни ентитет може бити и

⁹⁹⁶ Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, „Germany“, у: Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, Tim Marshall (eds), *Transfer of Business and Acquired Employee Rights - A Practical Guide for Europe and Across the Globe*, Springer-Verlag, Berlin, 2016, 208.

⁹⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁹⁸ G. Santoro-Passarelli, „The Transfer of Undertakings: Striking a Balance Between Individual Workers’ Rights and Business Needs“, 321.

⁹⁹⁹ То значи да ентитет мора обављати исту врсту активности са сличним ресурсима на дан преноса и након тога. Видети више: Philippe Danesi, Marie-Astrid Bethenod, „France“, у: Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, Tim Marshall (eds), *Transfer of Business and Acquired Employee Rights - A Practical Guide for Europe and Across the Globe*, Springer-Verlag, Berlin, 2016, 183.

¹⁰⁰⁰ *Ibid.*

део предузећа све док се пренесена „делатност“ разликује од осталих делатности предузећа, односно док је спроводе запослени који су посебно распоређени и организовани да постигну одређену сврху, одвојеним средствима за рад и одвојеном финансијском конструкцијом.¹⁰⁰¹ То, дакле, значи да су француски судови усвојили концепцију предузећа-организације (фр. *entreprise-organisation*), због чега су се, исто као и немачки (само, додуше више пасивно) противили ставовима Суда правде у Луксембургу, који је доношењем пресуде у случају *Schmidt* наговестио усвајање концепције предузећа-делатности (фр. *entreprise-activité*).

3.1.3. Промена правног идентитета послодавца

Након утврђења нимало једноставне чињенице да постоји предузеће односно „стабилан привредни ентитет“, да би активирали заштиту запослених предвиђену Директивом 2001/23/ЕЗ, судови имају задатак да утврде да ли је дошло до промене носиоца предузећа, односно правног или физичког лица које је одговорно за вођење предузећа. До наведене промене, према одредбама саме Директиве 2001/23/ЕЗ, може доћи као „резултат правног преноса или спајања предузећа“. Ниједан од ова два концепта није дефинисан у Директиви 2001/23/ЕЗ. Међутим, с обзиром на то да је „спајање“ (енгл. *merger*) регулисано засебним директивама Европске уније у области компанијског права, концепт преноса предузећа као резултат спајања није покренуо питање тумачења (мада није без нејасноћа). Дефиниција „правног преноса“ (енгл. *legal transfer*) је много тежа, па ће иста бити, најпре, предмет нашег разматрања.

3.1.3.1. Правни пренос

„Правни пренос“ је Директивом 2001/23/ЕЗ експлицитно предвиђен као један од правних разлога (основа) промене правног идентитета послодавца. Премда је неспорно да се појам „правног преноса“ односи на начин преноса предузећа, исти није дефинисан у Директиви. Тако је у својој првој одлуци о предметној Директиви,¹⁰⁰² Суд правде Европске уније био суочен са немогућношћу да концепту правног преноса одреди значење искључиво на основу непосредног језичког тумачења, имајући у виду да су се

¹⁰⁰¹ *Ibid.*

¹⁰⁰² Пресуда у предмету бр. C-135/83 (*H. B. M. Abels v. The Administrative Board of the Bedrijfsvereniging voor de Metaalindustrie en de Electrotechnische Industrie*) од 7. фебруара 1985. године (*European Court Reports* 1985, 55), параграфи 8 -13.

неке језичке верзије ове одредбе јасно односиле само на преносе предузећа на основу уговора, док су друге указивале да је подручје примене Директиве знатно шире.¹⁰⁰³ Па ипак, ове нејасне језичке формулације нису представљале већи проблем у првим судским случајевима, будући да су се ти случајеви односили на уговорне односе, пре свега на продају предузећа. Касније, међутим, када су значајне промене у економској активности изнедриле тзв. „нетипичне“ преносе (у којима није постојала директна уговорна веза између послодавца претходника и послодавца следбеника),¹⁰⁰⁴ отворио се проблем прецизирања подручја примене Директиве и давања одговора на нимало лако питање да ли су појмом „правни пренос“ покривени само преноси који произилазе директно из уговора, као што су сугерисале верзије на немачком (*vertragliche Übertragung*), француском (*une cession conventionnelle*), холандском (*een overdracht krachtens overeenkomst*), грчком (*νομική μεταβίβαση*), италијанском (*a cessione contrattuale*), шпанском (*de una cesión contractual*) и португалском језику (*de uma cessão convencional*) или је подручје примене Директиве 2001/23/ЕЗ било довољно широко да покрије друге врсте преноса које нису нужно произашле из уговора, као што су сугерисале енглеска фраза (*legal transfer*) и данска верзија (*overdragelse*).

Имајући у виду наведена неслагања у смислу лингвистичких верзија члана 1(1) Директиве 2001/23/ЕЗ и разлике у правним системима држава чланица у контексту интерпретације концепта уговорног преноса, Суд правде је у случају *Abels* оценио да члан 1(1), па самим тим и подручје примене Директиве 2001/23/ЕЗ, не може бити детерминисан само на основу текстуалне интерпретације, већ на основу синергије одредби Директиве и одредби националног законодавства.¹⁰⁰⁵ У својим пресудама Суд се - можда вођен формулацијом Директиве на толико језика Заједнице - углавном држао потребе за уговорним елементом. У границама овог приступа, Суд је био либералан. Премда је често указивао на потребу за „контекстом уговорних односа“,¹⁰⁰⁶

¹⁰⁰³ G. Barrett, „Light Acquired on Acquired Rights: Examining Developments in Employment Rights on Transfers of Undertakings“, 1078.

¹⁰⁰⁴ John McMullen, „Atypical Transfers, Atypical Workers and Atypical Employment Structures - A Case for Greater Transparency in Transfer of Employment Issues“, *Industrial Law Journal*, vol. 25, број 4/1996, 287.

¹⁰⁰⁵ Пресуда у предмету C -135/83 (*H. B. M. Abels v. The Administrative Board of the Bedrijfsvereniging voor de Metaalindustrie en de Electrotechnische Industrie*) од 7. фебруара 1985. године (*European Court Reports* 1985, 55).

¹⁰⁰⁶ Видети: Пресуду у здруженим предметима бр. C-171/94 и бр. C-172/94 (*Albert Merckx and Patrick Neuhuys v. Ford Motors Company Belgium SA*) од 6. јула 1995. године (*European Court Reports* 1995, 227), параграф 28; Пресуду у здруженим предметима бр. C-173/96 и C-247/96 (*Francisca Sánchez Hidalgo and Others v. Asociación de Servicios Aser and Sociedad Cooperativa Minerva* (C-173/96), and *Horst Ziemann v. Ziemann Sicherheit GmbH and Horst Bohn Sicherheitsdienst* (C-247/96) од 10. децембра 1998. године (*European Court Reports* 1998, 595), параграф 23; Пресуду у предмету бр. C-175/99 (*Didier Mayeur v. Association Promotion de l'information messine (APIM)*) од 26. септембра 2000. године (*European Court*

он је наставио да шири круг околности које се могу сматрати правним преносом. Тако је у преко 20 случајева у којима је тумачио појам „правног преноса“, Суд правде навео исту дефиницију, према којој се правни пренос дешавају „када постоји промена у физичком или правном лицу које је одговорно за обављање посла и које на основу те чињенице преузима обавезе послодавца у односу на запослене у предузећу, без обзира на то да ли је власништво над предузећем пренесено или не“.¹⁰⁰⁷ Наведена дефиниција одражава прилично широко разумевање подручја примене Директиве 2001/23/ЕЗ, јер укључује широк спектар правних трансакција између послодавца претходника и послодавца следбеника и није повезана са националним захтевима за преносом власништва над предузећем.¹⁰⁰⁸ Одлучујући елемент, дакле, није пренос власништва над предузећем, већ споразумни прелазак одговорности за управљање предузећем. Сходно томе, Директива 2001/23/ЕЗ се примењује на разне случајеве који можда не спадају у свакодневно разумевање израза „правни пренос“. Другим речима, током читаве своје судске праксе, Суд правде показао је напор да сагледа ширу слику и општу сврху поступака реструктурирања. Међутим, са континуираним разводњавањем захтева уговорног елемента, његово наметање постаје све бесмисленије. Стога можда није изненађујуће што су у неким новијим случајевима појединачна већа Суда и општи правобраниоци почели изостављати било какво помињање потребе за таквим уговорним елементом или чак отворено негирати да такав захтев постоји. У наставку рада приказаћемо како је Суд правде тумачио питање примене Директиве 2001/23/ЕЗ у сложеним правним трансакцијама, као што је пренос функције управљања предузећем без преноса својине над истим (закуп предузећа), *outsourcing/insourcing* и подуговарање, пренос предузећа на основу одлуке органа јавне власти, пренос предузећа у оквиру групе компанија и слично.¹⁰⁰⁹

Reports 2000, 505), параграф 46; Пресуду у предмету бр. C-172/99 (*Oy Liikenne Ab v. Pekka Liskojärvi and Pentti Juntunen*) од 25. јануара 2001. године (*European Court Reports* 2001, 59), параграф 29 и пресуду у предмету бр. C-340/01 (*Carlito Ablar and Others v. Sodexo MM Catering Gesellschaft mbH*) од 20. новембра 2003. године (*European Court Reports* 2003, 48), параграф 39.

¹⁰⁰⁷ Наведену дефиницију Суд је први пут дао у пресуди бр. C-287/86 (*Landsorganisationen i Danmark for Tjenerforbundet i Danmark v. Ny Mølle Kro*) од 17. децембра 1987. године (*European Court Reports* 1987, 573).

¹⁰⁰⁸ G. Barrett, „Light Acquired on Acquired Rights: Examining Developments in Employment Rights on Transfers of Undertakings“, 312.

¹⁰⁰⁹ Пресуда у предмету C-171/94 (*Merckx and Neuhuys v. Ford Motors Company Belgium*) од 7. марта 1996. године (*European Court Reports* 1996, 87); Саветодавно мишљење ЕФТА Суда у предмету E-2/95 (*Eilert Eidesund v. Stavanger Catering A/S*) од 25. септембра 1996, <https://eftacourt.int/cases/e-02-95/>, 16.3.2021.

3.1.3.1.1. Закуп предузећа

Јуриспруденција Суда правде у Луксембургу баштини бројне случајеве који знатно проширују концепцију преноса предузећа. То, посебно, важи за појам „правни пренос“, будући да је Суд веома различите пословноправне трансакције квалификовао као правни пренос у смислу члана 1(1) Директиве 2001/23/ЕЗ. У том смислу, посебно је значајна пресуда Суда правде којом је први пут одлучивано о постојању правног преноса у ситуацији када је власник предузећа датог у закуп преузео управљање предузећем након што је раскинуо уговор о закупу предузећа због повреде уговорних одредаба од стране закупца.¹⁰¹⁰ Након анализе околности конкретног случаја, Суд је оценио да се члан 1(1) Директиве 2001/23/ЕЗ мора тумачити тако да је Директива применљива у напред описаној ситуацији. Он је, најпре, подсетио да је сврха Директиве да обезбеди, колико је то могуће, заштиту права запослених у случају промене послодавца омогућавајући им да остану у радном односу са новим послодавцем у складу са условима рада уговореним са послодавцем претходником. Директива је, стога, примењива када се после правног преноса или спајања догоди промена у правном или физичком лицу које је одговорно за обављање посла и које на основу те чињенице сноси обавезе послодавца у односу на запослене у предузећу, без обзира да ли је власништво над предузећем пренесено или не. Запослени у предузећу чији се послодавац мења без промене власништва над предузећем су у ситуацији упоредивој са ситуацијом запослених у предузећу које се продаје и, зато, захтевају једнаку заштиту. Следи да, уколико купац, на основу уговора о закупу, постане послодавац у горе наведеном смислу, пренос се мора сматрати преносом предузећа на другог послодавца као резултат правног преноса у оквиру значење члана 1(1) Директиве 2001/23/ЕЗ. То важи и у случају када власник закупљеног предузећа преузме његово пословање након што је купац прекршио одредбе уговора о закупу. Сходно томе,

¹⁰¹⁰ Према чињеничном стању у овом предмету, госпођа Hannibalsen је дала у закуп кафану „Ny Mølle Kro“ госпођи Inger Larsen која је, 1. октобра 1980. године, закључила уговор са Удружењем запослених у хотелима и ресторанима. Према том уговору, госпођа Larsen је преузела обавезу да се придржава услова било ког колективног уговора које (је) закључи(ло) то Удружење. Јануара месеца 1981. године, гђа Hannibalsen отказала је уговор о закупу и преузела управљање предузећем (кафаном) због непоштовања уговорних одредаба од стране гђе Larsen. Спор у главном поступку односио се на обавезу госпође Hannibalsen да исплати заостале зараде госпођи Hansen, запосленој у кафани, која је тамо радила као конобарица од 12. маја до 19. августа 1983. године, односно након што је госпођа Hannibalsen преузела посао. Тужилац у главном поступку је тврдио да је зарада исплаћена госпођи Hansen нижа од износа који јој је требао бити исплаћен према колективном уговору (који се гђа Larsen обавезала да ће испунити и) који је преносом предузећа постао обавезујући за гђу Hannibalsen као послодавца следбеника. Пресуда у предмету C-287/86 (*Landsorganisationen i Danmark for Tjenerforbundet i Danmark v. Ny Mølle Kro*) од 17. децембра 1987. године (*European Court Reports* 1987, 573), параграфи 3-5.

уколико је дејство раскида уговора да купац престаје да буде послодавац, а власник поново стекне тај статус, то се, такође, мора сматрати преносом предузећа на другог послодавца као резултат правног преноса у смислу члана 1(1) Директиве 2001/23/ЕЗ.¹⁰¹¹

Сличан став Суд правде је заузео и предмету *Daddy's Dance Hall*, утврдивши да правни пренос у смислу Директиве 2001/23/ЕЗ може представљати и ситуација у којој власник предузећа, по истеку непреносивог уговора о закупу, даје предузеће у закуп новом закупцу који обавља посао без прекида, са истим особљем.¹⁰¹² Чињеница да се у таквом случају пренос врши у две фазе, тако што се предузеће прво преноси са првобитног закупца на власника предузећа, а затим са власника на новог закупца, не спречава примену Директиве, под условом да дотични економски ентитет задржава свој идентитет. То посебно важи када нови купац посао обавља без прекида, са истим особљем које је било запослено у предузећу пре преноса.¹⁰¹³

Готово исто становиште Суд правде заузео је и поводом разматрања могућности примене Директиве 2001/23/ЕЗ на пренос предузећа до кога је дошло на основу уговора о продаји са задржавањем права својине, којим се уговорне стране саглашавају да ће продавац задржати право својине и после предаје ствари купцу, све док купац не исплати купопродајну цену у целости.¹⁰¹⁴ Према оцени Суда, у мери у којој је купац предузећа постао одговоран за обављање пословања и, на основу те чињенице, преузео обавезе према запосленима, пренос се мора сматрати преносом предузећа у смислу члана 1(1) Директиве 2001/23/ЕЗ, без обзира на чињеницу што такав купац стиче власништво над предузећем тек када је купопродајна цена исплаћена у целости. Наведено важи и у случају када се пренето предузеће врати послодавцу претходнику, након раскида уговора о продаји са задржавањем права својине, било да је тај раскид резултат споразума уговорних страна, једностане изјаве воље или судске одлуке, како је било у конкретном случају.¹⁰¹⁵ У том смислу, може се закључити да је, по оцени Суда правде, у свим наведеним случајевима за примену Директиве 2001/23/ЕЗ од кључног значаја било да је дошло до промене у правном или физичком лицу које је одговорно за

¹⁰¹¹ *Ibid.*, параграфи 12-15.

¹⁰¹² Пресуда у предмету бр. 324/86 (*Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v. Daddy's Dance Hall A/S*) од 10. фебруара 1988. године (*European Court Reports* 1988, 72), параграф 7.

¹⁰¹³ *Ibid.*, параграфи 10.

¹⁰¹⁴ У холандском праву, у којем је и настао овај спор, наведени уговор се назива уговор о закупу-куповини. Према члану 1576 Холандског грађанског законика: „закуп-куповина је куповина и продаја уз одложено плаћање, којом се стране саглашавају да продати предмет не прелази у власништво купца пуким преносом“. Видети: Пресуда у здруженим предметима бр. C-144/87 и 145/87 (*Harry Berg* (Case 144/87) and *Johannes Theodoras Maria Busschers* (Case 145/87) v. *Ivo Martin Besselsen*) од 5. маја 1988. године (*European Court Reports*, 1988, 236), параграф 3.

¹⁰¹⁵ *Ibid.*, параграфи 17 и 18.

обављање посла, без обзира да ли је власништво над предузећем пренесено или не. Осим тога, да би се Директива 2001/23/ЕЗ применила, није потребно да постоји непосредан уговорни однос између закупаца предузећа, односно послодавца претходника и послодавца следбеника.

3.1.3.1.2. *Outsourcing, insourcing* и подуговарање предузећа

Одсуство захтева за постојањем директне уговорне везе између послодавца претходника и послодавца следбеника отворило је пут примени Директиве на *outsourcing*, односно подуговарање (енгл. *subcontracting, contracting-out*) предузећа. *Outsourcing* је, као што смо напред видели, поступак којим се део делатности (производње, пословања) коју је раније обављао (контролисао) сам послодавац, а често је помоћна уз главну делатност привредног субјекта (најчешће послови хигијене, обезбеђења и одржавања), нуди на тендерима трећој страни (подизвођачима) који су, по правилу, специјализовани за обављање те делатности.¹⁰¹⁶ Ова специјализација подизвођачима омогућава да исту обављају по знатно нижим трошковима,¹⁰¹⁷ делом због економије обима, а делом услед исплате нижих зарада запосленима. Подуговарање се, доста слично, дефинише као закључивање уговора са трећим лицем - подизвођачем, коме се поверава обављање посла које су до тада обављали запослени тог послодавца.¹⁰¹⁸ Оно што разликује *outsourcing* од подуговарања је чињеница да се помоћне привредне делатности преносе ван конкретног привредног субјекта, што не мора нужно бити случај са подуговарањем.¹⁰¹⁹ У сваком случају, послодавац више не обавља самостално дотичну делатност, јер је за послодавца обавља трећа страна - подизвођач. Са становишта радног права, послодавац отказује уговоре о раду запосленима, проглашавајући их вишком, и закључује грађанскоправни уговор са подизвођачем који ће за потребе послодавца обављати исте послове, али као независни уговарач. Уколико би се Директива 2001/23/ЕЗ о преносу предузећа примењивала на *outsourcing*, тада би подизвођачи били обавезни да преузму и целокупно особље које је претходно било запослено код послодавца претходника, и то под истим условима (укључујући зараду, договорену са послодавцем претходником) чиме би изгубили

¹⁰¹⁶ C. Barnard, *op. cit.*, 585.

¹⁰¹⁷ Gillian More, „The Acquired Rights Directive: Frustrating or Facilitating Labour Market Flexibility“, у: Jo Shaw, Gillian More (eds), *New Legal Dynamics of European Union*, Clarendon, Oxford, 1995, 138.

¹⁰¹⁸ Р. Лубарда, Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу, 322.

¹⁰¹⁹ M. Letica, *op. cit.*, 17.

важну димензију уштеде трошкова. Стога је питање примене Директиве 2001/23/ЕЗ на *outsourcing* било од фундаменталног економског значаја.¹⁰²⁰

Након горе поменутих случајева у којима је Суд правде у Луксембургу одлучио о постојању „правног преноса“ у случају преноса предузећа без преноса власништва над истим, није изненадило када је донео одлуку да правна трансакција у којој један привредни субјект на основу уговора повери одговорност за управљање једним делом свог предузећа другом привредном субјекту који тиме преузме обавезе послодавца према лицима запосленим у том делу предузећа, може спадати у подручје примене Директиве 2001/23/ЕЗ.¹⁰²¹ Према оцени Суда, чињеница да је у таквом случају пренесена делатност само помоћна делатност послодавца претходника, без неопходне везе са објектима његове компаније, не може имати за последицу искључивање те трансакције из подручја примене Директиве 2001/23/ЕЗ. Осим тога, ни околност да се споразум између послодавца претходника и послодавца следбеника односи на пружање услуга искључиво у корист послодавца претходника у замену за накнаду (чији су детаљи утврђени споразумом) не спречава примену ове Директиве.¹⁰²² Задатак је националног суда да утврди све чињенице конкретног случаја ради процене постојања преноса предузећа, при чему као одлучујући критеријум за наведену процену треба узети очување идентитета дотичног привредног ентитета (у овом случају дела

¹⁰²⁰ Ово питање је било и од великог политичког значаја, посебно у земљама, као што је Велика Британија, у којима је ради уштеде трошкова у јавном сектору, постојала законска обавеза локалних власти да пренесу одређене услуге на приватни сектор.

¹⁰²¹ Видети: Пресуда у предмету бр. С-209/91 (*Anne Watson Rask and Kirsten Christensen v. Iss Kantineservice A/S*) од 12. новембра 1992. године (*European Court Reports* 1992, 436), параграф 17. Тужиоци у овом предмету, госпођа Rask и госпођа Christensen, биле су запослене у једној од четири мензе компаније Philips, а од 1. јануара 1989. године у компанији ISS Kantineservice A/S, која је тог дана преузела управљање над четири мензе у складу са споразумом закљученим са Philips-ом. Наведени споразум предвиђао је да ISS преузима пуну одговорност за управљање Philips-овим кантинама, укључујући планирање менија, куповину, припрему, отпрему и све административне функције, заједно са регрутовањем и обуком особља. ISS се, такође, сложио да преузме Philips-ово особље запослено на неодређено време у мензи, под истим условима и одредбама у погледу зарада и радног стажа. На основу те обавезе ISS је запослио тужиоце у овом поступку. Заузврат, Philips се сложио да плати ISS-у фиксну месечну накнаду за покривање „свих уобичајених оперативних трошкова, као што су директне или индиректне накнаде, осигурање, радна одећа, трошкови управљања и надзора и администрације“, као и трошкове за разне предмете, као што су тањира и амбалажа за једнократну употребу, салвете и материјал за чишћење. Поред тога, Philips је ISS-у без накнаде одобрио продајне и производне просторије, потребну опрему за мензу, струју, грејање и телефоне, одржавање просторија и опреме и уклањање отпада. До судског поступка дошло је због промена које је једнострано извршио ISS: 1) у погледу дана исплате зарада преузетих запослених, који је померен са последњег четвртка у месецу на последњи радни дан у месецу, и 2) у ставкама које ће чинити зараде тих запослених, иако је укупан износ њихових зарада остао непромењен у складу са одредбама споразума. Госпођа Rask тражила је да јој се зараде исплаћују последњег четвртка у месецу, као што је то раније била пракса. Такође је тражила, заједно са госпођом Christensen, да јој се исплаћују различити додаци које је Philips раније исплаћивао. ISS није удовољио тим захтевима и отпустио је госпођу Rask, која је одбила да настави да ради под тим условима. *Ibid.*, параграфи 2-8.

¹⁰²² *Ibid.*, параграф 17.

предузећа), на шта указује, између осталог, чињеница да се његово пословање стварно наставља или обнавља.¹⁰²³

Напред наведени примери из праксе Суда правде односили су се на „први круг“ *outsourcing*-а (односно на случајеве када привредни субјект први пут пренесе неку своју помоћну делатност на треће лице) у којима је постојао уговор између послодавца претходника и послодавца следбеника. Током времена, међутим, појавило се питање примене Директиве 2001/23/ЕЗ на други (и наредни) круг *outsourcing*-а (односно на случајеве када након истека уговора са првим подизвођачем (Б), привредни субјект (А) поново објави тендер и затим склопи уговор са другим подизвођачем (Ц)), као и на случајеве *insourcing*-а, када након истека уговора са првим подизвођачем, привредни субјект поново преузме пренесени посао („врати га у кућу“) у којима постоји уговор између дотичног привредног субјекта и подизвођача, али не и између различитих подизвођача међусобно. Према ставовима Суда заузетим у већем броју случаја, да би Директива 2001/23/ЕЗ била примењива „нема потребе да постоји било какав непосредни уговорни однос између послодавца претходника и послодавца следбеника: пренос се, такође, може извршити у две фазе, преко трећег лица као посредника, као што је власник предузећа или лице које улаже капитал“.¹⁰²⁴ Слично томе, Директива се примењује и у ситуацији када један субјект који је уступио одређену пословну делатност другом субјекту одлучи да раскине свој уговор с њим и убудуће сам обавља ту делатност. Ово важи без обзира на чињеницу да ли се *outsourcing* врши између два субјекта приватног права или је „аутсорсовање“ одређених делатности извршио орган јавне власти, под условом да та делатност „не укључује вршење јавних овлашћења“.¹⁰²⁵

¹⁰²³ *Ibid.*, параграф 18.

¹⁰²⁴ Пресуда у здруженим предметима C-173/96 и C-247/96 (*Francisca Sánchez Hidalgo and Others and Asociación de Servicios Aser and Sociedad Cooperativa Minerva* (C-173/96), and *between Horst Ziemann v. Ziemann Sicherheit GmbH and Horst Bohn Sicherheitsdienst* (C-247/96) од 10. децембра 1998. године (*European Court Reports*, 1998, 595), параграф 23.

¹⁰²⁵ Предмети *Hernandez Vidal* и *Sanchez Hidalgo and Ziemann* тицали су се „*outsourcing*“ услуга, али и (по први пут у судској пракси) „*insourcing*“ услуга. У оба предмета, уговори о пружању услуга су додељени од стране државних институција, с тим да су исти окончани и додељени дугом пружаоцу услуга. Наведеним предметима покренуто је питање да ли одсуство уговорног односа између лица које преноси предузеће и лица које исто преузима искључује примену Директиве. Суд је закључио следеће: „одсуство уговорног односа између лица које преноси предузеће и лица које исто преузима може бити доказ да до преноса није дошло у смислу одредби ове Директиве, али никако не представља коначни став суда да се Директива не може примењивати и да се радници не могу заштити“. Видети: Пресуда у здруженим предметима бр. C-127/96, C-229/96 и C-74/97 (*Francisco Hernández Vidal SA v Prudencia Gómez Pérez, María Gómez Pérez and Contratas y Limpiezas SL* (C-127/96), *Friedrich Santner v. Hoechst AG* (C-229/96), and *Mercedes Gómez Montaña v. Claro Sol SA and Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (Renfe)* (C-74/97) од 10. децембра 1998. године (*European Court Reports*, 1998, 426) и Пресуда у здруженим предметима C-173/96 и C-247/96 (*Francisca Sánchez Hidalgo and Others v Asociación de Servicios Aser and Sociedad Cooperativa Minerva* (C-173/96), and *Horst Ziemann v Ziemann Sicherheit GmbH and Horst Bohn Sicherheitsdienst* (C-247/96) од 10. децембра 1998. године (*European Court Reports*, 1998, 595).

Енергичан, али неуспешан покушај да се преокрене све либералнији тренд судске праксе и да се у концепт „правног преноса“ „убризга“ захтев за већим уважавањем уговорног контекста, учинио је општи правобранилац Geelhoed у предмету *Temco Service Industries*.¹⁰²⁶ Према околностима конкретног случаја, компанија Volkswagen је поверила послове чишћења одређеног броја својих производних погона у Белгији компанији BMW, која је, уместо да сама изводи радове као првобитни носилац уговора, послове чишћења пренела (подуговорила) својој подружници GMC. Након раскида уговора са BMW-ом, компанија Volkswagen је уговорила да исте послове сада обавља компанија Temco Service Industries. Као спорно се, стога, поставило питање да ли се нови добитник уговора о чишћењу Volkswagen-ових погона (Temco Service Industries) може сматрати стицаоцем предузећа (послодавцем следбеником) у смислу Директиве 2001/23/ЕЗ с обзиром на чињеницу да наводни преносилац предузећа (GMC) никада није имао било какав уговорни однос са компанијом Volkswagen, првобитним уговарачем.¹⁰²⁷ Кључно је, дакле, било питање да ли је у конкретном случају дошло до правног преноса с обзиром на одсуство директне уговорне везе између наведеног послодавца претходника и послодавца следбеника. Према ставу општег правобраниоца Geelhoed-а - очигледно заснованом на тумачењу Директиве 2001/23/ЕЗ у њеној верзији на холандском језику - „потпуно напуштање захтева који се односи на уговорне односе између послодавца претходника и послодавца следбеника било би *contra legem*“.¹⁰²⁸ За општег правобраниоца, негирање од стране Суда потребе присуства било какве директне уговорне везе између преносиоца и стицаоца предузећа у двостепеним преносима („тзв. преноси у два корака“) би морало претпостављати, као у ранијим случајевима, извесну везу и посредовање посредничког привредног субјекта. У овом случају, према ставу правобраниоца, није било очигледно да је Volkswagen, као предузеће које уговара услуге чишћења, био активно укључен у однос између старе и нове уговорне стране.¹⁰²⁹

Какву год подршку у формулацијама Директиве 2001/23/ЕЗ налазио у покушају да постави рестриктивнији поглед на то шта подразумева израз „уговорни контекст или веза“, ставови општег правобраниоца нису били препоручљиви у политичком смислу будући да би њихово усвајање од стране Суда резултирало изузећем великог броја

¹⁰²⁶ Пресуда у предмету бр. C-51/00 (*Temco Service Industries SA v. Samir Imzilyen and Others*) од 24. јануара 2002. године (*European Court Reports* 2002, 48).

¹⁰²⁷ *Ibid.*, параграф 17.

¹⁰²⁸ Opinion of Advocate General Geelhoed, delivered on 27 September 2001, (*European Court Reports* 2001, 496), параграф 50.

¹⁰²⁹ *Ibid.*, параграф 61.

запослених из подручја њене примене. Стога, премда је прихватио да је један од услова применљивости Директиве 2001/23/ЕЗ био да пренос „мора бити резултат уговора“, ¹⁰³⁰ Суд је, на основу своје претходне судске праксе, изричито подржао идеју да се пренос „могао извршити у два узастопна уговора“. ¹⁰³¹ Штавише, у погледу овог случаја, посебно је приметио да „чињеница да је послодавац претходник само подизвођач првобитног уговарача нема утицаја на концепт правног преноса, јер је довољно да тај пренос буде део мреже уговорних односа, чак и ако су индиректни“. ¹⁰³² Дакле, Суд не само да није подржао рестриктивније становиште општег правобраниоца, већ је по први пут поменуо довољност да пренос буде „део мреже уговорних односа“, ублаживши тако захтев за чак и већи степен него раније, мада не идући тако далеко као што је то било у случају *Collino*, у којем се Суд одрекао елемента сагласности, наводећи да „околност да пренос произилази из једностраних одлука органа јавне власти, а не из уговора, не чини Директиву непримењивом“. ¹⁰³³

3.1.3.1.3. Пренос предузећа на основу одлука органа јавне власти

Приступ усвојен у случајевима закупа и *outsourcing*-а предузећа, Суд правде Европске уније је применио једнако и на ситуације када се пренос предузећа врши на основу одлуке органа јавне власти. Према чињеничном стању у познатом случају *Redmond*, у којем је Суд правде први пут одлучивао о оваквој правној ситуацији, фондација DR Sophie Redmond Stichting пружала је помоћ зависницима од дроге у Холандији, путем субвенција из грантова локалних власти. ¹⁰³⁴ Када су локалне власти одлучиле да укину бесповратна средства, запослено особље је отпуштено и фондација је затворена. Локална власт је затим пребацила грант на другу организацију која се бави пружањем помоћи зависницима од дрога (*Sigma Foundation*), која је одлучила да не преузме све бивше запослене фондације *Redmond*. Суд правде је заузео став да је таква ситуација у којој орган јавне власти одлучи да укине субвенције исплаћене једном правном лицу - због чега су активности тог правног лица у потпуности и дефинитивно укинуге - и да их пренесе на друго правно лице са сличним циљем“, обухваћена

¹⁰³⁰ Пресуда у предмету бр. C-51/00 (*Temco Service Industries SA v. Samir Imzilyen and Others*) од 24. јануара 2002. године (*European Court Reports* 2002, 48), параграф 21.

¹⁰³¹ *Ibid.*, параграфи 28-30.

¹⁰³² *Ibid.*, параграф 32.

¹⁰³³ Пресуда у предмету бр. C-343/98 (*Renato Collino och Luisella Chiappero v. Telecom Italia SpA*) од 14. септембра 2000. године (*European Court Reports* 2000, 441), параграф 34.

¹⁰³⁴ Пресуда у предмету C - 29/91 (*Dr. Sophie Redmond Stichting v. Hendrikus Bartol and others*) од 24. марта 1992. године (*European Court Reports* 1992, 144).

изразом „правни пренос“ у смислу члана 1(1) Директиве 2001/23/ЕЗ. Према оцени Суда, чињеница да је орган јавне власти једнострано донео одлуку о преносу, те да пренос није резултат споразума који је закључио са субвенционисаним телима - не чини Директиву непримењивом.¹⁰³⁵ На првом месту, постоји једнострана одлука како када власник предузећа одлучи да промени закупца, тако и када орган јавне власти мења своју политику субвенционисања. Иако је фондација Redmond оспоравала закључење било каквих споразума, холандски суд је приметио да су обе фондације изјавиле „да су спремне да активно сарађују у „премештању“ клијената/пацијената из једне у другу фондацију, те да је основана радна група за укључивање активности фондација Redmond у фондацију Sigma“.¹⁰³⁶ Штавише, чињеница да у овом случају порекло пословне операције лежи у додели субвенција фондацијама или удружењима чије се услуге пружају без накнаде не искључује ту операцију из подручја примене Директиве 2001/23/ЕЗ. Ово из разлога што је, према наводима Суда, „Директива створена да обезбеди заштиту права запослених и она покрива све запослене који уживају неку, иако ограничену, заштиту од отказа према националном законодавству“.¹⁰³⁷

На сличан начин, Суд је пресудио да и ситуације преузимања од стране једног привредног субјекта одређене делатности (попут пружања услуга јавног превоза и управљања редовним локалним аутобуским линијама), које је претходно обављало други привредни субјект, у складу са поступком за доделу уговора о јавној услузи према Директиви 92/50/ЕЕЗ,¹⁰³⁸ може пасти у оквир материјалног подручја примене Директиве 2001/23/ЕЗ, како је утврђено у члану 1(1) ове Директиве.¹⁰³⁹ Наиме, према тумачењу Суда, Директива 2001/23/ЕЗ се може применити на ситуацију у којој је орган јавне власти, који је уговорио или доделио обављање одређене услуге једном привредном субјекту, по истеку или након раскида уговора са тим субјектом, уговорио ту услугу или доделио тај уговор другом субјекту. Тај закључак не може се оспорити на основу чињенице да је предметни уговор додељен у поступку јавне набавке спроведеном у складу са Директивом 92/50/ЕЕЗ о усклађивању поступака доделе уговора о јавним услугама, будући да потоња Директива нема за циљ да изузме наручиоце и пружаоце услуга од примене закона и прописа у социјалној сфери или

¹⁰³⁵ *Ibid.*, параграф 15.

¹⁰³⁶ *Ibid.*, параграф 17.

¹⁰³⁷ *Ibid.*, параграф 18.

¹⁰³⁸ Council Directive 92/50/EEC of 18 June 1992 relating to the coordination of procedures for the award of public service contracts (*Official Journal* L 209, 24.07.1992, 1-24).

¹⁰³⁹ Пресуду у предмету бр. C-172/99 (*Oy Liikenne Ab v. Pekka Liskojärvi and Pentti Juntunen*) од 25. јануара 2001. године (*European Court Reports* 2001, 59), параграф 25.

области безбедности и здравља на раду, тако да понуде могу бити направљене без икаквих ограничења.¹⁰⁴⁰ Циљ Директиве 92/50/ЕЕЗ је да, у складу са тим законима и прописима и под условима које они предвиђају, привредни субјекти могу имати једнаке могућности, посебно за спровођење у дело својих права на слободу оснивања и слободу пружања услуга. У таквом контексту, подносиоци понуда задржавају простор за маневрисање, међусобно надметање и подношење различитих понуда. Премда одсуство било какве уговорне везе између два привредна субјекта којима се сукцесивно поверава обављање одређених услуга може указивати на одсуство правног преноса у смислу Директиве 2001/23/ЕЗ, то није одлучујући критеријум. Предметна Директива се примењује у свим случајевима у којима, у контексту уговорних односа, дође до промене физичког или правног лица одговорног за обављање послова и последичног преноса правног статуса послодавца према запосленима у предузећу. Она се, стога, може применити и у ситуацији где не постоји директна уговорна веза између два привредна субјекта са којима је орган јавне власти сукцесивно закључивао уговор о обављању одређених услуга након спроведеног поступка јавне набавке, под условом да је пружање предметних услуга било организовано у форми стабилног привредног ентитета чија делатност није ограничена на извођење једног одређеног уговора о раду.¹⁰⁴¹

Најзад, ваља поменути да је Суд правде донео одлуку да се „правним преносом“ у смислу Директиве може сматрати и поверавање обављања делатности од јавног интереса одређеним привредним субјектима, попут преноса регионалне здравствене установе која је чинила део (јавне) националне здравствене службе на приватну компанију,¹⁰⁴² затим пренос колеца који је био део (јавне) националне здравствене службе на приватни универзитет¹⁰⁴³ или пренос дела одговорности за стручно оспособљавање са државног Одељења за запошљавање (које је управљало програмима за обуку младих и незапослених одраслих) на приватне Савете за обуку и предузетништво.¹⁰⁴⁴ И супротно, правилна интерпретација члана 1(1), према оцени Суда, указује да се Директива 2001/23/ЕЗ примењује и у случају национализације јавног сектора „када општина, као правно лице јавног права, која делује у оквиру

¹⁰⁴⁰ *Ibid.*, параграф 22.

¹⁰⁴¹ *Ibid.*, параграфи 29-31.

¹⁰⁴² Пресуда у предмету бр. C-164/00 (*Katja Beckmann v. Dynamco Whichloe Macfarlane Ltd*) од 4. јуна 2002. године (*European Court Reports* 2002, 330).

¹⁰⁴³ Пресуда у предмету бр. C-4/01 (*Serene Martin, Rohit Daby and Brian Willis v. South Bank University*) од 6. новембра 2003. године (*European Court Reports* 2003, 594).

¹⁰⁴⁴ Пресуда у предмету бр. C-478/03 (*Celtec Ltd v. John Astley and Others*) од 26. маја 2005. године (*European Court Reports* 2005, 321).

посебних правила управног права, преузме активности у вези са промоцијом и информисањем о услугама које нуди јавности, при чему је такве активности претходно обављало, у интересу те општине, непрофитно удружење као правно лице приватног права, под условом да пренесени ентитет задржи свој идентитет“.¹⁰⁴⁵

3.1.3.1.4. Пренос предузећа у оквиру групе компанија

Последње питање које у вези са правним преносом треба анализирати јесте пренос предузећа који се одвија у оквиру групе компанија, имајући у виду да је „овде простор за манипулацију радним законодавством потенцијално велики“¹⁰⁴⁶. Као што је Collins приметно, „будући да власници капитала уживају неограничену слободу да одређују облик и величину правних лица која носе терет правне одговорности, они могу да остваре своју слободу предузетништва избегавајући обавезе или ограничавајући туђа права усвајањем образаца вертикалне дезинтеграције производне активности“.¹⁰⁴⁷ Из угла запослених, повезивање привредних друштава у групе може представљати вишеструки проблем. Пре свега, као што смо напред видели, постоји тешкоћа квалификације послодавца будући да се стварне економске границе предузећа не поклапају са правним субјективитетом привредних друштава, услед чега долази до раздавања послодавчевих овлашћења између више субјеката и, последично, разликовања „уговорног“ и „стварног“ послодавца. Друго, постоји проблем у погледу заступања запослених, било кроз колективно преговарање или савете запослених, имајући у виду да је „бескорисно разговарати са локалним менаџментом ако се све важне одлуке доносе у седишту холдинга, који је засебан корпоративни ентитет, али без својства правног лица“.¹⁰⁴⁸ И, треће, нама посебно значајно, питање тиче се правних импликација преноса предузећа у оквиру групе повезаних друштава. Заправо, ово треће у себи садржи два спорна питања: прво, пренос предузећа са једног привредног друштва у групи на друго друштво у истој групи, и, друго, пренос предузећа са једног привредног друштва у групи на треће лице, односно привредно друштво ван групе.

¹⁰⁴⁵ Пресуда у предмету бр. C-478/03 (*Didier Mayeur v. Association Promotion de l'information messine (APIM)*) од 26. септембра 2000. године (*European Court Reports* 2000, 505), параграф 57.

¹⁰⁴⁶ J. McMullen, „Atypical Transfers, Atypical Workers and Atypical Employment Structures - A Case for Greater Transparency in Transfer of Employment Issues“, 298.

¹⁰⁴⁷ H. Collins, „Ascription of Legal Responsibility to Groups in Complex Patterns of Economic Integration“, 731;

¹⁰⁴⁸ Hugh Collins, „Employment Rights in Connection with Transfers of Parts of Groups of Companies“, *Industrial Law Journal*, vol. 25, број 1/1996, 56.

Премда је наведена проблематика доста сложена, она није била предмет интезивних дискусија, а, упоредноправно посматрано, врло је мало одредби радног законодавства које се изричито баве овим питањем. Стога је задатак усклађивања пословне стварности са застарелим законодавним решењима препуштен судовима који су (доста креативно, али и бојажљиво) почели напуштати принципе строге формалноправно одвојености правних лица, квалификујући групу друштава као јединственог послодавца.¹⁰⁴⁹ Тако, Врховни суд Шпаније није оклевао да утврди да је дошло до преноса предузећа са групе повезаних друштава на новоосновано друштво, у ситуацији када је низ услуга које су се обављале децентрализовано у сваком привредном друштву из групе, попут људских ресурса, надзора над управљањем, административних и финансијских послова, заједно са материјалним (столовима, столицама, ормарима и сл.) и нематеријалним добрима (уговори пракси, привременом раду, административним услугама и сл.) и запосленима пребачен на новоосновано друштво.¹⁰⁵⁰ У образложењу своје одлуке, шпански Врховни суд је истакао три чињенице: прво, да је новоосновано привредно друштво наставило да обавља исте привредне активности које је претходно обављала група привредних друштава, односно свако друштво у групи; друго, да су привредне активности погођене преносом, иако су захтевале постојање одређене имовине, биле првенствено засноване на радној снази; и, коначно, да је нови послодавац преузео већину запослених који су наставили да обављају исте послове које су обављали и пре преузимања. Будући да наведени елементи доводе, ако не неизбежно, онда макар углавном, до последица преноса предузећа, нема разлога да то не буде случај и у ситуацији када се предузеће преноси са друштава у групи на новоосновано друштво које је део исте групе.¹⁰⁵¹

На нивоу Европске уније ово питање није привукло посебну пажњу, а Суд правде се само у пар случаја бавио тумачењем могућности примене Директиве 2001/23/ЕЗ на пренос предузећа који се одвија у оквиру групе повезаних друштава. Тако је у случају *Allen* одлучивао о примени Директиве 2001/23/ЕЗ у случају преноса предузећа између две компаније у истој корпоративној групи које имају исто власништво, исто руководство и исте просторије и које се баве истом пословном делатношћу. У току поступка пред Судом било је различитих мишљења и

¹⁰⁴⁹ О томе је више речи било у поглављу 1.2.1.3.2. овог рада.

¹⁰⁵⁰ Lourdes López Cumbre, „Transfers of undertakings between group undertakings“, *Volver al Listado de Publicaciones*, Gómez-Acebo&Pombo, Madrid, 2019, 2.

¹⁰⁵¹ *Ibid.*, 3-4.

аргумената.¹⁰⁵² Господин Allen и други подносиоци представке, Влада Француске, Влада Уједињеног Краљевства и Комисија предлагали су да се на ово питање одговори потврдно, тврдећи да иако припадају истој групи, две подружнице су, ипак, два различита правна лица која имају посебне обавезе према својим запосленима.¹⁰⁵³ С друге стране, тужена компанија је тврдила да се Директива 2001/23/ЕЗ не може применити на пренос између две компаније које имају исто власништво, руководеће и надзорно особље и које не уживају стварну независност једна од друге у одређивању начина деловања на тржишту. Таква предузећа се сматрају јединственим предузећем у праву конкуренције, а што потврђује пресуда Суда правде у предмету *Viho*.¹⁰⁵⁴ Стога, према мишљењу тужене стране, потреба да се узме у обзир економска стварност доводи до закључка да две подружнице ове врсте чине једног послодавца за потребе Директиве 2001/23/ЕЗ.¹⁰⁵⁵ Анализирајући овакве ставове, Суд правде је истакао да се Директивом жели обухватити свака правна промена у личности послодавца, ако су испуњени и други предвиђени услови и да се, стога, она може применити на пренос између два зависна друштва у истој групи, која представљају два различита правна лица, сваки са специфичним радним односима са запосленима. Чињеница да дотична друштва имају не само исто власништво, већ и исто руководство и исте просторије и да се баве истом делатношћу нема никакав утицај на другачије одлучивање. Осим тога, Суд је недвосмислено одбио да прихвати аналогију са пресудом у случају *Viho*, уз став да за потребе примене закона о заштити конкуренције, активности које матично привредно друштво и његова зависна друштва имају на тржишту имају приоритет у односу на формално раздвајање ових компанија.¹⁰⁵⁶ Такво тумачење је специфично за право конкуренције и одражава потребу спречавања анти-конкурентских споразума или усаглашене праксе између предузећа. Међутим, искључивање преноса предузећа између друштава у истој групи из подручја примене Директиве 2001/23/ЕЗ било би потпуно супротно циљу ове Директиве, а то је, према Суду, да се, колико је то могуће, осигурају права запослених у случају промене послодавца, тако што им се дозвољава да остану у радном односу код послодавца следбеника под условима договореним са послодавцем претходником. Закључак, стога, мора бити да се Директива 2001/23/ЕЗ

¹⁰⁵² Пресуда у предмету бр. C-234/98 (*G. C. Allen and Others v. Amalgamated Construction Co. Ltd*) од 8. јула 1999. године (*European Court Reports* 1999, 383).

¹⁰⁵³ *Ibid.*, параграф 13.

¹⁰⁵⁴ Пресуда у предмету бр. C-73/95 (*Viho Europe BV v. Commission of the European Communities*) од 24. октобра 1996. године (*European Court Reports* 1996, 405).

¹⁰⁵⁵ Пресуда у предмету бр. C-234/98 (*G. C. Allen and Others v. Amalgamated Construction Co. Ltd*) од 8. јула 1999. године (*European Court Reports* 1999, 383), параграф 14.

¹⁰⁵⁶ *Ibid.*, параграфи 17-18.

може применити на пренос између два предузећа у истој корпоративној групи која имају исто власништво, управу и просторије и која се баве истом делатношћу.

Много више дилема се јавља у ситуацији када се предузеће преноси са привредног друштва у групи на привредно друштво ван групе, и то посебно тамо где су запослени радноангажовани у привредном друштву које се у групи повезаних друштава бави снабдевањем радном снагом другог друштва (из исте групе) које је извршило пренос предузећа. Једина пресуда у којој је Суд правде о томе одлучивао била је у познатом случају *Albron*.¹⁰⁵⁷ Према чињеничном стању у наведеном предмету, холандска група повезаних друштава „Heineken International“ је целокупно особље унутар групе запошљавала преко компаније Heineken Nederlands Beheer BV (даље у тексту - HNB), која је обављала функцију централног послодавца и распоређивала запослене у различите оперативне компаније у групи. Господин Roest је двадесетак година био запослен у HNB-у, при чему је, заједно са још око 70 запослених, био распоређен у компанији Heineken Nederland BV која је пружала услуге кетеринга свим запосленима унутар групе. Када је „Heineken International“ одлучио да прода Heineken Nederland BV компанији Albron, запослени су тврдили да је дошло до преноса предузећа.¹⁰⁵⁸ Њихов интерес је био да се одрже услови рада које су уживали код послодавца претходника. Међутим, иако је компанија Heineken Nederland BV *de facto* обављала управљачка овлашћења послодавца, она формалноправно није била њихов послодавац. Стога се поставило питање да ли је (у случају преноса предузећа са привредног друштва које припада групи на привредно друштво изван те групе) могуће сматрати послодавцем претходником привредно друштво у групи у које су запослени распоређени на неодређено време, а да нису са њим повезани уговором о раду, с обзиром на то да унутар те групе постоји привредно друштво са којим су запослени били повезани таквим уговором? У тражењу одговора на ово питање, Суд правде је конструисао *концепцију вануговорног послодавца*. Пошао је од чињенице да из саме формулације члана 3(1) Директиве 2001/23/ЕЗ произилази да се заштита која се том Директивом пружа запосленима у случају промене послодавца тиче права и обавеза произашлих из уговора о раду или радног односа постојећих на дан преноса предузећа, при чему је само постојање уговора о раду или радног односа, сходно члану 2(2) Директиве, предмет оцене у складу са националним правом. Захтев да постоји уговор о

¹⁰⁵⁷ Пресуда у предмету бр. C-242/09 (*Albron Catering BV v. FNV Bondgenoten, John Roest*) од 21. октобра 2010. године (*Official Journal of the European Union* 2010, 625).

¹⁰⁵⁸ *Ibid.*, параграфи 10-16.

раду или, алтернативно, радни однос на дан преноса предузећа сугерише да, према законодавству Заједнице, уговорна веза са послодавцем претходником није потребна у свим околностима да би запослени могли да имају користи од заштите која му је дата Директивом 2001/23/ЕЗ. С друге стране, из Директиве 2001/23/ЕЗ није очигледно да је однос између уговора о раду и радног односа - однос супсидијарности и да се, према томе, тамо где постоји већи број послодаваца, уговорном послодавцу мора аутоматски дати већи значај.¹⁰⁵⁹ Стога, ако унутар групе повезаних друштава постоје два послодавца, један који има уговорне односе са запосленима у тој групи, а други вануговорне односе с њима, послодавцем претходником се може сматрати послодавац одговоран за привредну активност пренесеног предузећа који у том својству успоставља радне односе са запосленима тог предузећа, упркос одсуству уговорних односа са њима.¹⁰⁶⁰ Следствено томе, Суд је закључио да је у случају преноса предузећа које припада групи на предузеће ван те групе „могуће сматрати“ послодавцем претходником привредно друштво у групи у које су запослени били распоређени на неодређено време, али нису са њим закључили уговор о раду, иако постоји привредно друштво у истој групи са којим су запослени били повезани таквим уговором.¹⁰⁶¹ Овако тумачење Суда је похвално, а пресуда Суда правде у овом случају је једина пресуда у којој је Суд правде усвојио плуралну концепцију послодавца. Међутим, ваља приметити да Суд није заузео став да Директива 2001/23/ЕЗ налаже квалификацију вануговорног послодавца као послодавца претходника, већ само да је „могуће сматрати“. Осим тога, анализом ставова Суда може се закључити да оваква оцена Суда не би важила у ситуацији када су запослени били ангажовани преко агенције за привремени рад, већ само у случају када једно од друштава у групи практично врши улогу агента и снабдева друге компаније у групи радном снагом. У сваком случају, пренос предузећа у оквиру групе повезаних друштава захтева циљно тумачење како би се осигурало да запослени не буду лишени права гарантованих Директивом 2001/23/ЕЗ. Премда компанијско право није склоно посматрању групе повезаних друштава као јединственог ентитета, стварност радних односа показује да је неретко то потребно. Будући да се у пракси повезивања привредних друштава све чешће дешавају случајеви у којим се једно привредно друштво са којим запослени имају закључени уговор о раду у ствари понаша као агент привредног друштва које врши пренос предузећа и код кога

¹⁰⁵⁹ *Ibid.*, параграфи 23-25.

¹⁰⁶⁰ *Ibid.*, параграф 31.

¹⁰⁶¹ *Ibid.*, параграф 32.

су запослени у суштини били распоређени, стриктно поштовање начела одвојености правног субјективитета, без анализе правних односа на нивоу групе, може довести до изузетног неправичних решења по запослене. Судови, стога, морају бити „оштроумни“ како би осигурали да се одредбе Директиве 2001/23/ЕЗ и националног радног законодавства не заобилазе путем сложених структура групног повезивања. У том смислу, осим приступа који је Суд правде применио (а који све чешће и национални судови користе), алтернативно решење, у зависности од околности случаја, може бити увођење правне фикције да се друштво које је формалноправно послодавац сматра уговорном страном уговора о продаји предузећа, чак и ако то није изричито наведено у самом уговору. Или, с друге стране, закључак суда може бити да је запослени остао радноангажован код друштва са којим има закључен уговор о раду (иако је привредно друштво у којем је фактички био радноангажован пренесено на друго лице), ако оно није престало да постоји.

3.1.3.1.5. Закључна разматрања

Упркос значајном обиму судске праксе посвећеном анализи концепта правног преноса у смислу члана 1(1) Директиве 2001/23/ЕЗ, његово значење још увек није јасно. Досадашње пресуде Суда правде у Луксембургу сугеришу да је судско тумачење овог појма „толико широко да више не представља озбиљну препреку за примену Директиве 2001/23/ЕЗ“.¹⁰⁶² У највећем броју случајева Суд је наглашавао да „правни пренос“ постоји кад год се „у контексту уговорних односа“ промени физичко или правно лице одговорно за обављање послова. Па ипак, неспорно је да се концепт „правног преноса“ не своди само на пренос предузећа извршен уговором. И једнострана изјава воље (као што је изјава воље о раскиду уговора о закупу), која се према тумачењима Суда врши у контексту уговорних односа, може спадати у подручје примене Директиве 2001/23/ЕЗ.¹⁰⁶³ Затим, узајамно поравнање трошкова насталих преузимањем запослених које су послодавац претходник и послодавац следбеник постигли изменом споразума о заступништву,¹⁰⁶⁴ судска одлука којом се раскида уговор о закупу,¹⁰⁶⁵ одлука о избору

¹⁰⁶² С. Barnard, *op. cit.*, 588.

¹⁰⁶³ Видети, примера ради, пресуду у предмету C-287/86 (*Landsorganisationen i Danmark for Tjenerforbundet i Danmark v. Ny Mølle Kro*) од 17. децембра 1987. године (*European Court Reports*, 1987).

¹⁰⁶⁴ Пресуда у здруженим предметима бр. C-171/94 и бр. C-172/94 (*Albert Merckx and Patrick Neuhuys v. Ford Motors Company Belgium SA*) од 6. јула 1995. године (*European Court Reports* 1995, 227), параграф 30.

најповољније понуде и закључење уговора о јавној набавци након спроведеног поступка јавне набавке представљају, такође, правни пренос у смислу Директиве 2001/23/ЕЗ.¹⁰⁶⁶ Даље, случајеви *outsourcing*-а, *insourcing*-а, подуговарања, приватизације и неке врсте корпоративне реорганизације обухваћени су, према тумачењима Суда, овим концептом. Најзад, случај *Collino* показао је да се пренос предузећа може заснивати и на одлуци органа јавне власти. У овом случају Суд је, једноставним позивањем на своје раније одлуке, закључио да „околност да пренос предузећа произилази из једностраних правних аката органа јавне власти, а не из споразума, не чини Директиву 2001/23/ЕЗ непримењивом“.¹⁰⁶⁷ С тим у вези, међутим, Суд није доследан и с времена на време оживљава потребу за постојањем неког облика уговорне везе, мада најшире врсте, као услов за примену Директиве 2001/23/ЕЗ. Тако, примера ради, у случају *Temco* Суд говори о потреби да пренос „буде део мреже уговорних односа, чак и ако су индиректни“.¹⁰⁶⁸ Без обзира на чињеницу што се у овом, као и у већини других случајева, Суд држао, ма колико лабаво, потребе за постојањем неког уговорног елемента, у предметима који су до сада долазили пред Суд правде, концепт правног преноса није био препрека за примену Директиве 2001/23/ЕЗ, углавном због сталне воље Суда да прошири његово значење. Међутим, није тешко замислити ситуације у којима би захтев за постојањем уговорног контекста који Суд редовно наглашава (упркос ставу изнетом у случају *Collino*) као услов за примену Директиве 2001/23/ЕЗ, могао створити потешкоће запосленима који покушавају да уђу у оквир радноправне заштите коју пружа предметна Директива. Тако, примера ради, пре или касније, пред Суд може стићи питање примене Директиве 2001/23/ЕЗ у случајевима сукцесије предузећа када се догоди смрт његовог власника - где се, наравно, пренос предузећа врши без икаквог контекста уговорних односа.¹⁰⁶⁹ Питање за будућност биће да ли је Суд спреман да усвоји приступ који је предложио општи

¹⁰⁶⁵ Пресуда у здруженим предметима бр. С-144 и 145/87 (*Harry Berg v. Ivo Martin Besselsen (Case 144/87) and Johannes Theodoras Maria Busschers v. Ivo Martin Besselsen (Case 145/87)*) од 5. маја 1988. године (*European Court Reports*, 1988, 236).

¹⁰⁶⁶ Пресуда у предмету бр. С-172/99 (*Oy Liikenne Ab v. Pekka Liskojärvi and Pentti Juntunen*) од 25. јануара 2001. године (*European Court Reports* 2001, 59).

¹⁰⁶⁷ Пресуда у предмету бр. С-343/98 (*Renato Collino och Luisella Chiappero v. Telecom Italia SpA*) од 14. септембра 2000. године (*European Court Reports* 2000, 441), параграф 34.

¹⁰⁶⁸ Пресуда у предмету бр. С-51/00 (*Temco Service Industries SA v. Samir Imzilyen and Others*) од 24. јануара 2002. године (*European Court Reports* 2002, 48), параграф 32.

¹⁰⁶⁹ G. Barrett, „Light Acquired on Acquired Rights: Examining Developments in Employment Rights on Transfers of Undertakings“, 1083.

правобранилац Geelhoed у свом издвојеном мишљењу у предмету *Abler*,¹⁰⁷⁰ те да остави по страни потребу постојања уговорног контекста за квалификацију „правног преноса“. Према је и досадашње пресуде Суда правде у овој области карактерисала „ирелевантност начина преноса“,¹⁰⁷¹ неспорно је да се Суд трудио да овај приступ задржи у одређеним границама. Супротно овоме, међутим, мора се признати да судска елиминација захтева за постојањем контекста уговорних односа (колико год овај захтев постајао све више правна фикција) наилази на суочавање са неким - мада не са свим - језичким верзијама Директиве. Стога је тешко не саосећати са колебљивошћу Суда. Иронично, оптимално решење потешкоће - једноставно појашњење законодавца Заједнице како би се недвосмислено проширило подручје примене Директиве на преносе предузећа извршене „на основу уговора, закона, судске одлуке или управне мере“ - предложила је Комисија у свом нацрту Директиве од 1994. године, као и Ревидираном Предлогу за измену Директиве од 1997. године.¹⁰⁷² Измена се, међутим, није нашла у верзији Директиве 98/50/ЕЗ коју је на крају Савет усвојио 1998. године.¹⁰⁷³ Као последица наведеног, Суд је у тумачењу појма „правни пренос“ остварио своју добро познату улогу суочавања са последицама неуспеха законодавства Заједнице. Остаје да се надамо да ће у некој будућој верзији Директиве овај пропуст бити исправљен.

¹⁰⁷⁰ У свом издвојеном мишљењу у предмету *Abler* општи правобранилац Geelhoed осећао се спутаним праксом Суда правде у намери да промени савете (које је дао у предмету *Temco*) по овом питању. Ослањајући се на претходну праксу, а пре свега на пресуду Суда донету у предмету *Collino*, он је закључио да „када се пренос заснива на одлуци, без обзира да ли је у облику споразума, једностраног правног посла, судске одлуке или закона“, захтев за постојање правног преноса у смислу Директиве 2001/23/ЕЗ је задовољен (Мишљење општег правобраниоца Geelhoed-а у предмету *Carlito Abler and Others v. Sodexo MM Catering Gesellschaft mbH* од 19. јуна 2003. године (Opinion of Mr Advocate General Geelhoed delivered on 19 June 2003, *European Court Reports* 2003, 361), параграф 60). Такав закључак, да га је усвојио Суд правде, означио би велико ширење концепта правног преноса изван већ широких граница захтева за неким обликом уговорног контекста. Стога је Суд, без даљег осветљавања овог питања само поновио свој уобичајени став да је Директива 2001/23/ЕЗ примењива „у контексту уговорних односа“, додајући досад неконтроверзно запажање да је непосредан уговорни однос између послодавца претходника и послодавца следбеника непотребан. Пресуда у предмету бр. С-340/01 (*Carlito Abler and Others v. Sodexo MM Catering Gesellschaft mbH*) од 20. новембра 2003. године (*European Court Reports* 2003, 629), параграф 39.

¹⁰⁷¹ Opinion of Mr Advocate General La Pergola delivered on 15 October 1996 (*European Court Reports* 1996, 385), параграф 6.

¹⁰⁷² Видети: Commission of the European Communities „Proposal for a council directive on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses“, COM(94) 300 final, Brussels, 8.9.1994, члан 1(1); Commission of the European Communities, „Amended Proposal for a Council Directive amending Directive 77/187/EEC on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses“, COM (97) 60 final, Brussels, 24.2.1997, члан 1(1).

¹⁰⁷³ Новела Директиве 98/50/ЕЗ, члан 1(1).

3.1.3.2. Спајање

Према члану 1(1)(а), Директива 2001/23/ЕЗ се примењује на сваки пренос предузећа, пословања или дела предузећа или пословања на другог послодавца, који је последица не само правног преноса, већ и спајања предузећа. Концепт спајања предузећа није дефинисан у Директиви 2001/23/ЕЗ, али се одувек претпостављало да се тај израз односи на спајање у смислу тзв. Треће директиве компанијског права о националним спајањима,¹⁰⁷⁴ коју је касније заменила Директива (2011/35/ЕУ) о спајањима акционарских друштава.¹⁰⁷⁵ Да је тако, потврђују одредбе члана 12 обе наведене Директиве, према којима се „заштита права радника свих друштава укључених у поступак спајања уређује у складу са Директивом 2001/23/ЕЗ“. У међувремену, у праву Европске уније усвојена је Директива Савета 2017/1132/ЕУ о одређеним аспектима компанијског права,¹⁰⁷⁶ која је у потпуности преузела одредбе ранијих директива о домаћим спајањима и припајањима, о прекограничним спајањима и припајањима¹⁰⁷⁷ и о домаћим поделама и издвајањима.¹⁰⁷⁸ Важећа Директива, у својим члановима задржава решења претходних директива, те понавља да се „заштита права радника сваког од привредних друштва која се спајају уређује у складу са Директивом 2001/23/ЕЗ“.¹⁰⁷⁹ Будући да је појам и начин вршења спајања јасно дефинисан наведеним директивама, концепт преноса предузећа као резултат спајања није покренуо питања тумачења пред Судом правде, као што је то био случај са појмом „правног преноса“. Према одредбама Директиве 2017/1132/ЕУ о одређеним аспектима компанијског права, спајање (енгл. *merger* или *amalgamation*, фр. *lu fusion*, нем. *die Verschmelzung* или *die Fusion*)¹⁰⁸⁰ представља поступак којим једно или више друштава, престајући да постоји без ликвидације, преноси на друго, односно на новоосновано

¹⁰⁷⁴ Third Council Directive 78/855/EEC of 9 October 1978 based on Article 54 (3) (g) of the Treaty concerning mergers of public limited liability companies (*Official Journal* L 295, 20.10.1978, 36–43).

¹⁰⁷⁵ Directive 2011/35/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 concerning mergers of public limited liability companies (*Official Journal* L 110, 29.4.2011, 1–11).

¹⁰⁷⁶ Directive (EU) 2017/1132 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 relating to certain aspects of company law (*Official Journal* L 169, 30.6.2017, 46–127)

¹⁰⁷⁷ Directive 2005/56/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on cross-border mergers of limited liability companies (*Official Journal* L 310, 25.11.2005, 1–9)

¹⁰⁷⁸ Sixth Council Directive 82/891/EEC of 17 December 1982 based on Article 54 (3) (g) of the Treaty, concerning the division of public limited liability companies (*Official Journal* L 378, 31.12.1982, 47–54).

¹⁰⁷⁹ Directive (EU) 2017/1132 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 relating to certain aspects of company law, члан 98.

¹⁰⁸⁰ За операцију спајања се користи велики број термина, а у нашем језику доминирају термини спајање и припајање. Некада се први користи да опише и спајање припајањем и спајање оснивањем новог друштва, док се у другим случајевима под појмом спајања подразумева само операција којом се два друштва спајају у новоосновано друштво, док се за случај да припојено друштво преноси целокупну имовину на друштво стицаоца користи термин припајање.

друштво целокупну своју имовину (сву своју активу и пасиву), на основу које акционари припојеног или спојених друштава добијају издате акције друштва стицаоца или новог друштва, или евентуално исплату у готовини која не премашује 10% номиналне вредности тако издатих акција, односно у случају када акције немају номиналну вредност, њихове књиговодствене вредности.¹⁰⁸¹ Спајање, дакле, постоји у случају да једно или више друштава преносе своју имовину на друго, већ постојеће друштво („спајање преузимањем“ или „спајање припајањем“ - енгл. „*merger by acquisition*“) које издаје своје акције акционарима друштва или у случају да се два или више друштава спајају и оснивају ново друштво („спајање оснивањем новог друштва“ - енгл. „*merger by the formation of a new company*“), које издаје своје акције члановима друштва која су се спојила. Премда се, практично, ради о истој операцији, у литератури компанијског права се истиче да спајање оснивањем новог друштва представља компликованији процес будући да захтева примену како правила везаних за спајање, тако и правила у вези са оснивањем новог друштва. Осим тога, специфични проблеми код спајања оснивањем новог друштва су везани за усклађивање датума нестанка ранијих и настанка новог друштва, као и пренос имовине на ново друштво док оно још увек није постало правни субјект.¹⁰⁸² С друге стране, овај вид спајања има и одређених предности које се, пре свега, огледају у омогућавању једнакости друштава која су учествовала у поступку спајања и правичније поделе, будући да ће све акције друштва која се спајају бити замењене акцијама новог друштва. Без обзира на наведено, у регулисању питања спајања се, углавном, не праве битне разлике, те већина националних права, као и комунитарна регулатива, предвиђају правила за спајање припајањем (односно преузимањем) која се сходно примењују и на спајање оснивањем новог друштва.¹⁰⁸³ У том смислу, међу ауторима не постоји нарочити спор око тога да ли је неки елемент карактеристичан (или није) за спајање, већ који од елемената представља тачку раздвајања са осталим пословним операцијама, чинећи спајање специфичном. Тако се, као кључни елементи у дефинисању спајања најчешће наводе: 1) постојање више друштава од којих, као резултат спајања, настаје или опстаје само једно друштво; 2) пренос имовине (свих права и обавеза) припојеног, односно спојених друштава; 3) стицање акција, односно удела новооснованог, односно друштва

¹⁰⁸¹ Директива (ЕУ) 2017/1132, члан 89 и 90.

¹⁰⁸² Татјана Јевремовић-Петровић, *Прекогранична спајања друштава у праву ЕУ и упоредном праву*, докторска теза, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2007, 19.

¹⁰⁸³ *Ibid.*, 20.

стицаоца од стране акционара припојеног, односно спојених друштава.¹⁰⁸⁴ Притом, ваља нагласити, да је пренос имовине универзални, што значи да се по сили закона (*ipso iure*) преносе сва права и обавезе друштва које нестаје припајањем или оснивањем новог друштва на постојеће или новоосновано друштво, и то као целина (*en bloc*). Наведени пренос почива на јединственом правном основу (закону), а врши се једном правном радњом (*uno actu*) - концепт универзалне сукцесије.¹⁰⁸⁵

Међутим, кључни елемент спајања у сврху примене Директиве 2001/23/ЕЗ јесте промена правног идентитета послодавца. Сходно томе, каже се да је примена Директиве ограничена на „спајање имовине“, „под условом да послодавац претходник није задржан у неком номиналном својству, у ком случају се Директива неће примењивати“.¹⁰⁸⁶ „Продаја акција“ или преузимање привредног друштва стицањем акцијског капитала (енгл. *takeover, share deal*, фр. *acquisition de bloc de controle*) - где једно привредно друштво стиче контролу над другим без икаквих промена у правном идентитету послодавца - искључени су из подручја примене Директиве 2001/23/ЕЗ, будући да су правила која се односе на пренос предузећа намењена бављењу радноправним проблемима који настају када се промени правни идентитет послодавца. Код преузимања контроле, пак, друштво преузималац стиче довољан удео у капиталу другог (циљног) друштва, који му омогућује одлучујући утицај на његово управљање и пословање, али циљно друштво о(п)стаје као правни субјект.¹⁰⁸⁷ Дакле, за разлику од спајања чије је главно правно дејство гашење правне личности друштава која се спајају, односно друштва припојеника и *ex lege* прелаз свих његових права и обавеза на припојиоца, код преузимања контроле, преузето друштво опстаје као правно лице, уз

¹⁰⁸⁴ *Ibid.*, 16-17.

¹⁰⁸⁵ М. Радовић, „Универзална сукцесија код статусних промена привредних друштава“, 129-130.

¹⁰⁸⁶ С. Barnard, *op. cit.*, 589.

¹⁰⁸⁷ Небојша Јовановић, „Припајање акционарских друштава“, *Право и привреда*, број 11-12/99, 24. Преузимање привредног друштва означава укупност радњи које предузима једно лице (купац, преузималац, стицалац) ради прибављања довољног броја акција (удела у капиталу) са правом гласа у одређеном друштву, тако да може да одлучујуће утиче на доношење одлука у његовој скупштини. Тај број акција се назива контролни пакет (блок) акција (Видети више: Небојша Јовановић, „Преузимање контроле у акционарским друштвима“, *Правни живот*, број 9-10/1994, 1105-1106; Радивоје Петрикић, „Одбрамбене стратегије предузећа против тзв. „непријатељског преузимања“ – hostile takeover“, *Правни живот*, број 11/2000, 353; Радивоје Петрикић, „Правни режим преузимања друштава у Европи“, *Право и привреда*, број 5-8/2000, 206; Небојша Јовановић, „Мањкавости српског правног режима преузимања акционарских друштава“, *Право и привреда*, број 9-12/2004, 85-86; Вук Радовић, *Мере одбране акционарског друштва од преузимања контроле*, Правни факултет Универзитета у Београду, ЈП „Службени гласник“, Београд, 2008, 75). Последица преузимања, кад је преузималац привредно друштво, јесте стварање групе привредних друштава („повезана друштва“). То је често праћено стварањем владајућег (доминатног или монополског) положаја групе у одређеној привредној грани и на одређеном подручју (тзв. релевантно тржиште). Небојша Јовановић, *Берзанско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009, 494.

задржавање одвојености његовог правног субјективитета од преузимаоачевог.¹⁰⁸⁸ Стога, када стицањем контролног капитал-учешћа у акционарском друштву (циљном друштву) дође до промене власничке структуре, у правној теорији се сматра да постоји само промена правног идентитета власника акцијског капитала, али не и промена правног идентитета послодавца (постоји континуитет правног субјективитета), иако у стварности ова промена може бити подједнако важна за запослене, као и промена идентитета послодавца након преноса предузећа како је признато Директивом 2001/23/ЕЗ. Ово пре, свега, из разлога што се променом власничке структуре, по правилу, врши и замена постојеће управљачке структуре која може имати планове за велико реструктурирање предузећа са значајним утицајем на запослене. Да би у потпуности искористио све очекиване синергичне ефекте преузимања, преузималац ће неретко увести одговарајуће промене у начин пословања, организацију и статус циљног друштва (затварање неких погона, промена делатности, отпуштање једног броја запослених и др.).¹⁰⁸⁹ Стога је ранијим нацртима првобитне Директиве (77/187/ЕЕЗ) подручје примене начела очувања запослења било проширено и на случајеве промене власника капитала, али то је изостало из њене коначне верзије. Овај пропуст се може приписати, пре свега, односу напетости између радног права и права друштава капитала. Па ипак, искучење промене власништва над капиталом привредног друштва из подручја примене Директиве 2001/23/ЕЗ представља озбиљан пропуст који има негативне правне последице на многе запослене, посебно ако се има у виду да је пренос путем продаје основног капитала у многим државама најчешћи облик преноса предузећа.

С друге стране, у погледу подручја примене Директиве 2001/23/ЕЗ може се приметити да се она изричито не односи на поделу (и издвајање) предузећа, па се оправдано може поставити питање да ли су ове статусне промене изузете из њеног

¹⁰⁸⁸ Поред наведене, у односу на спајање разлика је најмање трострука. Прво, код спајања припојица је увек неко привредно друштво, док код преузимања контроле то може да буде и физичко лице. Друго, код спајања новоосновано друштво, односно припојица издаје акционарима своје акције у замену за њихове акције у друштвима која се спајају, односно припајају, осим несагласним акционарима, којима мора новцем да плати тржишну цену њихових акција. Обрнуто, код преузимања привредних друштава преузималац углавном купује акције сагласних акционара циљног друштва, исплаћујући им цену у новцу, док несагласним акционарима даје у замену своје акције, или акције неког другог друштва, које држи у својим рукама. Треће, спајање се увек обавља уз сагласност управе припојеног друштва, на основу уговора (о статусној промени) који је она закључила у име припојеног друштва са друштвом припојицом. Супротно томе, преузималац не закључује било какав уговор са циљним друштвом, већ купује акције непосредно од његових акционара, често и противно вољи управе циљног друштва (примера ради код „непријатљског“ преузимања). Н. Јовановић, „Припајање акционарских друштава“, 24-25.

¹⁰⁸⁹ Ненад Барош, *Преузимање акционарских друштава*, магистарски рад, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2008, 15.

делокруга. Према нашем мишљењу, иако није изричито предвиђено законодавним актом Заједнице, поделе предузећа спадају, такође, у њен делокруг. Ово, пре свега, из разлога што сама Директива 2017/1132/ЕУ о одређеним аспектима компанијског права (која је у потпуности преузела одредбе раније Шесте директиве (82/891/ЕЕЗ) о домаћим поделама и издвајањима¹⁰⁹⁰) предвиђа да је „заштита права радника у сваком од привредних друштава укључених у поделу предузећа уређена у складу са Директивом 2001/23/ЕЗ“. Систематским и телеолошким тумачењем наведене одредбе, те њеним упоређивањем са одредбама (члана 98) исте Директиве посвећеним заштити радника у случају спајања предузећа, може се закључити да је одсуство поделе предузећа из подручја примене Директиве 2001/23/ЕЗ само технички пропуст законодавца.¹⁰⁹¹ Тврдити супротно било би еквивалентно порицању уводних изјава преамбуле Директиве 2001/23/ЕЗ које говоре о мотивима ради којих је европски законодавац усвојио одредбе о заштити запослених. Поред тога, овакав став се ослања на правило логичке интерпретације *actus interpretandus est potius ut valeat quam ut pereat* (акт треба тумачити тако да он пре важи, него да не важи).¹⁰⁹² Другим речима, наведени прописи Заједнице морају се тумачити тако да постижу свој циљ, а не тако да постану непримењиви. Осим тога, подела предузећа представља пословноправну операцију која је симетрична у односу на спајање предузећа. Обе наведене операције представљају начин реструктурирања предузећа, с том разликом да код поделе једно привредно друштво престаје да постоји без ликвидације преносећи на два или више новооснованих („подела оснивање нових привредних друштава“ - енгл. *division by the formation of new companies*) или постојећих („подела с преузимањем“, „подела уз припајање“ - енгл. *division by acquisition*) привредних друштава сву своју активу и пасиву, у замену за доделу, акционарима привредног друштва које се дели, акција у привредним друштвима која примају улоге који су последица поделе, те евентуално исплату у готовини која не премашује 10 % номиналне вредности додељених акција, или ако немају номиналну вредност, њихове књиговодствене вредности.¹⁰⁹³ Будући да

¹⁰⁹⁰ Sixth Council Directive 82/891/EEC of 17 December 1982 based on Article 54 (3) (g) of the Treaty, concerning the division of public limited liability companies (*Official Journal* L 378, 31.12.1982, 47–54).

¹⁰⁹¹ Истог је мишљења и Вејан, која указује да „постоји правни идентитет између спајања и поделе, с изузетком посебности које генеришу специфичности сваке од две врсте операција“. Стога, према њеним речима „једини прихватљив закључак је да се правни текстови који се односе на заштиту запослених примењиви на спајања поеднако примењују на поделе“. Felicia Bejan, „Mergers' Implications for Employees under Romanian Law“, *AGORA International Journal of Juridical Sciences*, број 3/2013, 6-7.

¹⁰⁹² Felicia Bejan, „The European Law regarding the Impact of Merger on Employees' Rights“, *Romanian Journal of European Affairs*, vol. 13, број 2/2013, 30.

¹⁰⁹³ Директива (ЕУ) 2017/1132, члан 145.

код поделе предузећа (као и код спајања) долази до промене правног идентитета послодавца, разлози због којих је европски законодавац регулисао заштиту запослених у случају спајања предузећа постоје и у случају поделе. Најзад, ваља приметити да је Директива 2001/23/ЕЗ своје полазиште, између осталог, имала у Повељи Заједнице о основним социјалним правима радника од 1989. године, која предвиђа да се информисање и консултовање са запосленима мора развијати и правовремено спроводити, посебно у вези с поступцима реструктурирања у предузећима или у случајевима припајања или спајања предузећа који утичу на запослење радника.¹⁰⁹⁴ Имајући у виду да израз „реструктурирање“ обухвата и поделу предузећа, неспорно је да је намера европског законодавца била да одредбе Директиве 2001/23/ЕЗ важе и у случајевима преноса предузећа који је последица ове статусне промене. У том смислу, на основу свега напред наведеног, може се закључити да је формулација Директиве која дозвољава могућност њене примене само на пренос предузећа који је последица спајања предузећа ограниченија од стварне намере законодавца и да је неопходно да се допуни тако да изричито обухвати поделу предузећа.

За разлику од случајева спајања, припајања и поделе, у којима се начело очувања запослења неспорно примењује, код статусне промене издвајања се јављају одређене дилеме. Разлог томе лежи у чињеници да приликом издвајања друштво преносилац не престаје да постоји, већ само део своје имовине и обавеза преноси на једно или више друштава стичалаца. Другим речима, код ове статусне промене део имовине друштва преносиоца се преноси на друштво стичаоца као целина, *in o actu*, по сили закона, у тренутку регистрације статусне промене - тзв. *парцијална* („*делимична*“) *универзална сукцесија*,¹⁰⁹⁵ али друштво преносилац о(п)стаје као правни субјект. Међутим, упркос наведеној специфичности, ваља приметити да и код издвајања долази до промене правног идентитета послодавца, што је основни услов за покретање механизма заштите запослених у складу са Директивом 2001/23/ЕЗ. Ово стога што једно друштво са више организационих делова (погона, фабрика, сектора, радних или пословних јединица) преноси на друго друштво један свој део, због чега долази до промене послодавца запослених у делу друштва који је обухваћен преносом, док запослени који раде у преосталим деловима друштва остају у радном односу са

¹⁰⁹⁴ Community Charter of the fundamental social rights for workers, 09.12.1989, Strasbourg, France, чл. 7, 17 и 18.

¹⁰⁹⁵ М. Радовић, „Универзална сукцесија код статусних промена привредних друштава“, 126.

друштвом преносиоцем.¹⁰⁹⁶ Стога, и запослени у делу друштва који је обухваћен променом морају уживати гарантiju сигурности запослења. У прилог наведеном говори и чињеница да је одредбама Директиве 2001/23/ЕЗ пренос предузећа или посла изједначен са преносом дела предузећа или дела посла на другог послодавца, у погледу заштите запослених. Осим тога, издвајање је Директивом 2017/1132/ЕУ о одређеним аспектима компанијског права сврстано у „остале поступке који се сматрају поделама“, и то као „подела којом привредно друштво које се дели не престаје да постоји“, па се, у том смислу, и на ову статусну промену односе одредбе предметне Директиве посвећене заштити права радника у случају поделе предузећа. Сходно свему напред наведеном, сматрамо да је *de lege ferenda* потребно учинити измену и допуну члана 1(1)(а) Директиве 2001/23/ЕЗ, и то тако што ће се предвидети да се ова Директива примењује на сваки пренос предузећа, пословања или дела предузећа или пословања на другог послодавца, који су последица националног или прекограничног правног преноса предузећа или статусне промене (спајања, припајања, поделе или издвајања) предузећа.

3.1.4. Очување идентитета предузећа

Поред постојања стабилног економског ентитета (предузећа, пословања, дела предузећа или дела пословања) и промене правног идентитета послодавца као последице правног преноса или спајања предузећа, последњи услов који треба да буде испуњен да би се активирала заштита запослених коју пружа Директива 2001/23/ЕЗ јесте очување идентитета предузећа (без правног континуитета са ранијим носиоцем предузећа). Традиционални критеријуми који се користе за процену испуњености овог услова постављени су у чувеној пресуди Суда правде Европске уније донесеној у предмету *Spijkers*.¹⁰⁹⁷ У наведеној пресуди Суд је по први пут у својој пракси заузео

¹⁰⁹⁶ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, 480.

¹⁰⁹⁷ Према чињеничном стању у овом предмету, господин *Spijkers* је био запослен као помоћник менаџера у кланици *Gebroeders Colaris Abattoir Bv* (у Холандији), и то до 27. децембра 1982. године, када су пословне активности *Colaris*-а у потпуности престале, а читаву кланицу са бројним просторијама и канцеларијама, земљиштем и одређеном спецификованом робом купила је кланица *Benedik Abattoir*. Од наведеног датума (иако у стварности тек од 3. фебруара 1983. године) кланица *Benedik* управљала је кланицом *Colaris* преко заједничког рачуна. Све запослене у *Colaris*-у преузела је кланица *Benedik*, осим господина *Spijkers*-а и још једног запосленог. Пословна активност коју је кланица *Benedik* обављала била је исте врсте, као и активност коју је претходно обављао *Colaris*; пренос пословне имовине омогућио је кланици *Benedik* да настави активности компаније *Colaris*, иако кланица *Benedik* није преузела клијенте компаније *Colaris*. Дана 3. марта 1983. године, *Colaris* је проглашен инсолвентним. Писмом од 9. марта 1983. године, господин *Spijkers* позвао је кланицу *Benedik* и њеног оснивача да му исплате зараду почев

став да је очување идентитета предметног предузећа пресудни критеријум за утврђивање постојања преноса предузећа у сврху примене Директиве 2001/23/ЕЗ. Сходно томе, пренос предузећа се не догађа само зато што се располаже његовом имовином. Уместо тога, неопходно је, у сваком конкретном случају, размотрити да ли предузеће преноси као *континуирано пословање* (енгл. *going concern*), на шта, између осталог, може нарочито указивати чињеница да је послодавац следбеник наставио или обновио (након привременог прекида) обављање истих или сличних привредних активности.¹⁰⁹⁸ То, дакле, значи да се заштита запослених обезбеђује само у случају преноса предузећа, који је последица правног преноса или статусне промене, под условом да је послодавац следбеник задржао привредне делатности свог претходника, односно да постоји континуитет обављања привредне делатности. Да би се утврдила испуњеност наведених услова „неопходно је узети у обзир све чињенице које карактеришу предметну трансакцију“, укључујући: врсту предузећа или пословања; реализацију преноса имовине, као скупа имовинских права на материјалним добрима (зграде, покретна имовина и слично) предузећа (енгл. *tangible assets*); вредност имовине, као скупа имовинских права на нематеријалним добрима предузећа (*know-how, goodwill* и слично) у тренутку преноса (енгл. *intangible assets*); то да ли већину запослених у предузећу преузима нови послодавац; реализацију преноса базе клијената послодавца претходника; степен сличности између привредних делатности, које су обављане пре и после преноса предузећа; евентуални период током којег је обављање делатности било обустављено.¹⁰⁹⁹ Потоња процена препуштена је националним судовима при чему, према ставу Суда правде, ниједан наведени критеријум није

од 27. децембра 1982. године или барем од датума када сматрају да му иста припада, као и да му обезбеде посао у року од два дана од дана упућивања писма. У прилог својим наводима тврдио је да је дошло до преноса предузећа у смислу Директиве 77/187/ЕЕЗ и да је то, сходно њеним одредбама, подразумевало пренос права и обавеза које произлазе из уговора о раду са Colaris-а на кланицу Benedik. Пресуда у предмету C-24/85 (*Jozef Maria Antonius Spijkers v. Gebroeders Benedik Abattoir CV and Alfred Benedik en Zonen BV*) од 18. марта 1986. године (*European Court Reports* 1986, 127), параграф 3.

¹⁰⁹⁸ Тако је, примера ради, у случају *Ny Mølle Kro*, до преноса предузећа (ресторана) дошло у време када је исто било привремено затворено, а запослено особље одсутно. Суд је закључио да, иако је ово био релевантан критеријум, он није спречио примену Директиве 77/187/ЕЕЗ. Редовно сезонско затварање предузећа не значи да је предузеће прекинуло континуитет. Међутим, на националном суду је било да изврши релевантну чињеничну процену (Пресуда у предмету бр. C-287/86, *Landsorganisationen i Danmark for Tjenerforbundet i Danmark v. Ny Mølle Kro*, од 17. децембра 1987. године, *European Court Reports* 1987, 573). У случају *Bork*, пак, затварање се поклопило са божићним и новогодишњим празницима. Пресуда у предмету бр. C-101/87 (*P. Bork International A/S, in liquidation v. Foreningen af Arbejdsledere i Danmark, acting on behalf of Birger E. Petersen, and Jens E. Olsen and others v. Junckers Industrier A/S*) од 15. јуна 1988. године (*European Court Reports* 1988, 308).

¹⁰⁹⁹ Пресуда у предмету C-24/85 (*Jozef Maria Antonius Spijkers v. Gebroeders Benedik Abattoir CV and Alfred Benedik en Zonen BV*) од 18. марта 1986. године (*European Court Reports* 1986, 127), параграф 13.

пресудан.¹¹⁰⁰ То значи да се критеријуми морају процењивати на индивидуалној основи, у сваком конкретном случају, у светлу њиховог укупног броја и релативне тежине. Приликом процене треба узети у обзир специфичности дотичног предузећа или посла о коме је реч: појединачни критеријум може имати различиту тежину у зависности од активности које привредно друштво обавља и метода производње или пословања.

Позитивна страна оваквог става Суда правде у Луксембургу била је у томе што је његова ширина пружала довољно простора националним судовима са дугогодишњим искуством у тумачењу концепта преноса предузећа да наставе са применом сопствене судске праксе. Међутим, његов недостатак је био тај што је одсуство било каквог пондерисања *Spijkers*-ових критеријума створило низ проблема националним судовима. То је, на крају, навело Суд правде да се усредреди, али и колеба, између два елемента *Spijkers*-ове формуле: „привредне делатности“ и „привредног ентитета“. Ова два елемента заснивају се на два контрастна концепцијама предузећа које леже у средишту француске расправе о подручју примене правила о преноса предузећа: радноправна концепција предузећа као привредне делатности, односно предузетништва (фр. *entreprise-activité*), и привредноправна концепција предузећа као организације (фр. *entreprise-organisation*).¹¹⁰¹ У периоду пре доношења пресуде у предмету *Süzen*,¹¹⁰² „Суд је тежио да примени радноправни тест који се фокусира на „делатност“: да ли је нови послодавац преузео вођење истих или сличних привредних делатности, као и његов претходник?“¹¹⁰³ Након доношења пресуде у овом предмету, Суд је нагласио примену комерцијалнијег теста, усредсређујући се на то да ли је посао пренесен као привредни ентитет, у зависности од преноса имовине. У наведеном предмету, Суд је одбацио тест сличности привредних делатности: сама чињеница да су делатности које обавља послодавац претходник и послодавац следбеник „сличне, чак идентичне, не доводи до закључка да је привредни ентитет задржао свој идентитет“.¹¹⁰⁴ Како је Суд у потоњим случајевима објаснио, „ентитет се не може свести на делатност која му је поверена. Њен идентитет произлази из неколико неодвојивих фактора, као што су радна снага, руководеће особље, начин организације рада, оперативне методе или, по потреби,

¹¹⁰⁰ *Ibid.*

¹¹⁰¹ С. Barnard, *op. cit.*, 591.

¹¹⁰² Пресуда у предмету бр. C-13/95 (*Ayşe Süzen v. Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice*) од 11. марта 1997. године (*European Court Reports* 1997, 141).

¹¹⁰³ С. Barnard, *op. cit.*, 593.

¹¹⁰⁴ *Ibid.*, параграф 15.

оперативни ресурси“.¹¹⁰⁵ Према је вероватније да ће радноправни тест дати резултат да је дошло до преноса предузећа, што је у складу са циљевима Директиве 2001/23/ЕЗ, италијански и немачки судови преферирали су привредноправни приступ, а временом су га све више фаворизовали и француски судови.

3.1.4.1. Радноправни приступ: сличност привредних делатности

У првим случајевима посвећеним тумачењу појма преноса предузећа, Суд правде у Луксембургу своју пажњу претежно је усмеравао на питање промене правног идентитета послодавца. Ово је било пре чињенично него правно питање, и није зависило од промене власништва над предузећем. Према речима Суда у предмету *Ny Mølle Kro*: „Директива је [...] примењива када, након правног преноса или спајања, дође до промене у правном или физичком лицу које је одговорно за обављање посла и које на основу те чињенице преузима обавезе послодавца у односу на запослене у предузећу, без обзира на то да ли је власништво над предузећем пренесено или не“.¹¹⁰⁶ У потоњим случајевима, пак, Суд почиње померати фокус са питања промене послодавца на питање сличности између привредне делатности коју обавља нови послодавац у поређењу са оном коју је обављао његов претходник. Овај приступ је достигао зенит у контроверзном случају *Schmidt*¹¹⁰⁷ који се односио на *outsourcing* послова чишћења. У наведеном случају, Суд је нагласио да пресудни критеријум за утврђивање постојања преноса предузећа представља очување идентитета предметног привредног друштва, на шта, *inter alia*, указује стварни наставак обављања од стране новог послодавца истих или сличних привредних делатности (у конкретном случају послова чишћења). Суд је, стога, одбио аргументе немачке и британске владе да одсуство преноса имовине, као и чињеница да послови чишћења представљају споредну привредну делатност (коју обавља само један запослени) спречавају пренос предузећа у смислу Директиве 2001/23/ЕЗ. Тиме је у великој мери „дематеријализовао“ концепт преноса предузећа,¹¹⁰⁸ али и сугерисао да на централно питање - да ли

¹¹⁰⁵ Пресуда у предмету бр. С-13/95 (*Ayşe Süzen v. Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice*) од 11. марта 1997. године (*European Court Reports* 1997, 141), параграф 15; Пресуда у предмету бр. С-463/09 (*CLECE SA v. María Socorro Martín Valor, Ayuntamiento de*) од 20. јануара 2011. године (*European Court Reports* 2011, 24), параграф 39.

¹¹⁰⁶ Пресуда у предмету бр. С-13/95 (*Landsorganisationen i Danmark for Tjenerforbundet i Danmark v. Ny Mølle Kro*) од 17. децембра 1987. године (*European Court Reports* 1987, 573), параграф 12.

¹¹⁰⁷ Пресуда у предмету бр. С-392/92 (*Christel Schmidt v. Spar- und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen*) од 14. априла 1994. године (*European Court Reports* 1994, 61).

¹¹⁰⁸ К. Riesenhuber, *op. cit.*, 576.

престанак обављања одређене споредне привредне делатности у оквиру једног привредног друштва и последични пренос те делатности на специјализованог спољног партнера (*outsourcing*) треба сматрати преносом дела предузећа у смислу Директиве 2001/23/ЕЗ - треба одговорити потврдно. Међутим, у свом прибегавању радноправном приступу предузећу као привредној делатности (фр. *entreprise-activité*), Суд правде је разгневио националне судове (посебно немачки и француски суд) који су фаворизовали привредноправни приступ предузећа као организације (фр. *entreprise-organisation*). Стога је ова одлука, како је у претходном делу рада појашњено, привукла знатну количину негативних коментара, посебно у Немачкој и Француској, „где се сматрало да ће имати контрапродуктивне резултате стављањем претешког терета на послодавце“.¹¹⁰⁹ Према речима Rubinstein-а, *reductio ad absurdum* ове одлуке било је то што ће се Директива 2001/23/ЕЗ и национално имплементационо законодавство примењивати „када променим извођача који ми је покосио травњак“.¹¹¹⁰ Па ипак, упркос бројним критикама и негативним коментарима, чини се да је наведена одлука заправо погрешно схваћена, те да иста, у суштини, није била у супротности са концептом „привредног ентитета“, већ да је једноставно била резултат крајње необичног чињеничног стања. У том смислу, McMullen с правом поставља питање „зашто послови чишћења у конкретном случају не представљају привредни ентитет, а представљали би да је (рецимо) послове чишћења обављало 20 запослених или да је имовина предузећа пренесена?“¹¹¹¹

У светлу негативних коментара (и можда неспоразума) о дејствима пресуде у предмету *Schmidt*, Комисија је 8. септембра 1994. године поднела Предлог измене Директиве 77/187/ЕЕЗ.¹¹¹² Седма уводна изјава Предлога односила се на чињеницу да „разлози правне сигурности и транспарентности [...] захтевају, у светлу судске праксе Суда правде, да се направи јасна разлика између преноса предузећа и преноса саме привредне делатности“.¹¹¹³ Сходно томе, другим ставом члана 1(1) Предлога предвиђено је да „пренос саме делатности [...] сам по себи не представља пренос у смислу Директиве“. У том смислу, може се закључити да је Комисија намеравала да у сврху одређивања подручја примене Директиве 2001/23/ЕЗ уведе праг за раздвајање

¹¹⁰⁹ A. Garde, „Recent Developments in the Law Relating to Transfers of Undertakings“, 524–525.

¹¹¹⁰ Наведено према: C. Barnard, *op. cit.*, 594.

¹¹¹¹ J. McMullen, „Atypical Transfers, Atypical Workers and Atypical Employment Structures - A Case for Greater Transparency in Transfer of Employment Issues“, 291.

¹¹¹² COM(94) 300 final.

¹¹¹³ *Ibid.*

ситуација које потпадају, односно не потпадају под њен правни оквир.¹¹¹⁴ Међутим, ова дефиниција преноса преудзећа није добила подршку Европског парламента и Економског и социјалног комитета (ECOSOC), те је напуштена у фебруару 1996. године.¹¹¹⁵ Будући да се *outsourcing* неретко користи не само као начин реструктурирања преудзећа, већ и као техника за повремено отпуштање запослених од стране послодавца, и то мимо законских процедура које се примењују на колективно отпуштање,¹¹¹⁶ сматрало се да би његово изузимање из подручја примене Директиве 2001/23/ЕЗ могло знатно смањити степен заштите запослења. Стога Предлог Комисије није прихваћен, али је исти, упркос томе, знатно утицао на праксу Суда правде, који је већ следеће године, у случају *Rygaard*, сугерисао да разматра промену приступа.¹¹¹⁷ У наведеном предмету, у којем је требало да одлучи да ли се преносом предузећа у смислу члана 1(1) Директиве 2001/23/ЕЗ може сматрати преузимање двојице приправника и једног запосленог, заједно са грађевинским материјалом, извршено са циљем да се (уз сагласност доделиоца главног уговора о извођењу радова) заврше грађевински радови које је започело друго предузеће, Суд је одговорио негативно. Он није прихватио тужиочев аргумент да постоји сличност између привредних делатности које су обављали послодавац претходник и послодавац следбеник и да трајање радова не може бити пресудно за утврђивање постојања преноса предузећа у смислу Директиве 2001/23/ЕЗ. Према наводима Суда, претходна судска пракса претпоставља

¹¹¹⁴ Cornelis De Groot, „The Council Directive on the safeguarding of employees’ rights in the event of transfers of undertakings: an overview of recent case law“, *Common Market Law Review*, број 35/1998, 715.

¹¹¹⁵ European Parliament Plenary Session, 16 January 1996, followed by Commission meeting, 7 February 1996.

¹¹¹⁶ Giuseppe Santoro-Passarelli, „The Transfer of Undertakings: Striking a Balance Between Individual Workers’ Rights and Business Needs“, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 23, број 3/2007, 323.

¹¹¹⁷ Господин *Rygaard* је био запослен у *Pedersen*-у, тесарском предузећу, којем је компанија *SAS Service Partner A/S* поверила изградњу мензе. *Pedersen* је, дана 27. јануара 1992. године, обавестио компанију *SAS Service Partner A/S* да жели да део радова на плафонима и столарији изводи *Stro Molle*. Компанија *Stro Molle* се пријавила на тендер и са компанијом *SAS Service Partner A/S* закључила уговор о извођењу радова, према чијим одредбама је, поред осталог, било предвиђено да ће два приправника и један запослени у *Pedersen*-у наставити да раде за *Stro Molle*, те да ће *Stro Molle* преузети материјале на градилишту како би довршио уговорени посао, а да ће трошкови зарада, који су већ настали у вези са првом трансом радова у вези са плафонима и вратима, бити враћени *Pedersen*-у од стране компаније *Stro Molle*. Након тога, *Pedersen* је господину *Rygaard* послао отказ уговора о раду, са образложењем да ће компанија бити ликвидирана и да ће посао преузети *Stro Molle*. У писму се додаје да ће господина *Rygaard* преузети кооперантска компанија *Stro Molle*. Господин *Rygaard* је наставио да ради за *Stro Molle* до 26. маја 1992, када је добио обавештење о престанку радног односа. Над његовим послодавцем претходником отворен је поступак стечаја у марту 1992. године. Стога је господин *Rygaard* поднео тужбу са захтевом за накнаду штете због незаконитог отпуштања. Он је тврдио да је дошло до преноса предузећа јер су радови које је преузео *Stro Molle* били исти као они који су поверени *Pedersen*-у, те да њихово трајање не може бити пресудно за утврђивање да ли је дошло до преноса неког предузећа. Пресуда у предмету бр. C-48/94 (*Ledernes Hovedorganisation, acting for Ole Rygaard v. Dansk Arbejdsgiverforening, acting for Stro Mølle Akustik A/S*) од 19. септембра 1995. године (*European Court Reports* 1995, 290), параграфи 5-12.

да се „пренос односи на стабилни привредни ентитет чија делатност није ограничена на реализацију једног одређеног уговора о извођењу радова“.¹¹¹⁸ У конкретном случају, међутим, пренос се односио само на један одређени пројекат зграде. Да би такав пренос могао доћи у оквир Директиве 2001/23/ЕЗ било би потребно да обухвати пренос имовине која би омогућила да се одређене делатности послодавца претходника након преноса обављају на стабилан начин. До тога у овом предмету није дошло будући да је послодавац претходник послодавцу следбенику ставио на располагање само одређене раднике и материјал за извођење конкретних радова“.¹¹¹⁹ Имајући у виду овакве оцене Суда, чини се да је ова пресуда служила да подсети националне судове на важност постојања преноса имовине (иако то није било од пресудне важности), те да смањи утицај „дематеријализације“ концепта преноса предузећа успостављеног у предмету *Schmidt*. Осим тога, захтев за постојањем стабилног привредног ентитета потврдио је да постоји разлика између једнократног пројекта временски ограниченог трајања и „аутсорсовања“ континуиране привредне делатности. Концентришући се на потребу за постојањем стабилног привредног ентитета, чини се да је Суд померао фокус ка концепцији предузећа-организације, са намером да разбистри „мутне правне воде“ узбуркане све чешћом праксом *outsourcing*-а и подуговарања широм Европске уније.

Међутим, пресуда Суда у предмету *Rygaard* није у потпуности „сахранила“ радноправни приступ сличности привредне делатности „који би даље могао бити откривен у случају *Merckx*“.¹¹²⁰ У наведеном предмету, Суд је, цитирајући *Spijkers*-ове критеријуме, сматрао да ситуација у којој је једна компанија пребацила заступништво за продају возила са привредног друштва чији је била главни деоничар, на привредно друштво ван сопствене групе компанија, може представљати пренос предузећа у

¹¹¹⁸ *Ibid.*, параграф 19.

¹¹¹⁹ *Ibid.*, параграфи 20-22.

¹¹²⁰ Према чињеничном стању у наведеном предмету, господин *Merckx* и господин *Neuhuys* били су продавци компаније *Anfo Motors*, која је продавала моторна возила као заступник *Ford*-а, у бројним општинама у бриселској конурбацији, при чему је *Ford* био њен главни акционар. Дана 8. октобра 1987. године компанија *Anfo Motors* је обавестила господина *Merckx*-а и господина *Neuhuys*-а да ће прекинути све своје активности 31. децембра 1987. године и да ће од 1. новембра 1987. године *Ford* сарађивати са независним дилером *Novarobel* у општинама обухваћеним *Anfo Motors*-овим заступништвом. Осим тога, обавестио их је да ће *Novarobel* преузети 14 од 64 запослених у *Anfo Motors*-у, који ће задржати своје дужности, стаж и сва друга уговорна права. *Anfo Motors* је, такође, послао писмо својим клијентима како би их обавестио о престанку својих активности и препоручио им услуге новог дилера. Господин *Merckx* и господин *Neuhuys* одбили су да прихвате предложени трансфер, тврдећи да *Anfo Motors* не може захтевати да раде за другу компанију, у другом месту и под другачијим условима рада, без икаквих гаранција да ли је база клијената задржана и да ли ће бити остварен одређени промет. Стога су сматрали да је одлука *Anfo Motors*-а представљала једнострано кршење уговора о раду и тражили су отпремнине и износе који се доспевају у складу са другим уговорним одредбама. Пресуда у здруженим предметима бр. С-171/94 и бр. С-172/94 (*Albert Merckx and Patrick Neuhuys v. Ford Motors Company Belgium SA*) од 6. јула 1995. године (*European Court Reports* 1995, 227), параграфи 6-10.

смислу Директиве 2001/23/ЕЗ. До овог закључка Суд је дошао иако (као у случају *Schmidt*) није било преноса имовине предузећа. Према оцени Суда, та околност није таква да спречава примену Директиве 2001/23/ЕЗ, с обзиром на то да је природа делатности таква да пренос имовине није одлучујући у процени да ли привредни ентитет задржава свој идентитет. Суштина ексклузивног заступништва за продају моторних возила одређене марке у одређеном сектору остаје иста, чак и ако се обавља под другим именом, из различитих просторија и са различитим објектима.¹¹²¹ Такође, ирелевантна је чињеница да се главно место пословања налази у другом подручју истог региона, под условом да уговорна територија остаје иста.¹¹²² Суд је, стога, закључио „да се члан 1(1) Директиве 2001/23/ЕЗ мора тумачити тако да се примењује када привредно друштво које има заступништво за одређена подручја на одређеној територији прекине своје активности и заступништво се затим пренесе на друго привредно друштво које преузима део запослених и базу клијената, без икаквог преноса имовине“.¹¹²³

3.1.4.2. Привредноправни приступ: привредни ентитет

Упркос пресуди Суда правде у предмету *Merckx*, случај *Rygaard* је у основи утврдио пут новом, строжијем приступу тумачења концепта преноса предузећа. Бројне критике, негативни коментари, Предлог Комисије од 1994. године (премда није прихваћен) подстакли су Суд правде да преиспита своју позицију. У низу пресуда које су уследиле, Суд правде је почео да ограничава подручје примене Директиве 2001/23/ЕЗ (тада Новеле Директиве 98/50/ЕЗ). То је кулминирало у случају *Süzen*,¹¹²⁴ у којем се Суд први пут одлучно обавезао на примену привредноправног теста предузећа-организације, држећи да се „појам ентитета [...] односи на организовано груписање лица и имовине који олакшавају вршење привредне делатности која тежи одређеном циљу“.¹¹²⁵ Ова пресуда Суда је, стога, означила прекретницу у развоју концепта предузећа у сврху примене Директиве 2001/23/ЕЗ. Од њеног доношења, лакмус папир за утврђивање постојања преноса предузећа у смислу Директиве постало је преношење не само одређене привредне делатности, већ и лица и средстава неопходних за обављање те делатности.

¹¹²¹ *Ibid.*, параграф 21.

¹¹²² *Ibid.*, параграф 26.

¹¹²³ *Ibid.*, параграф 32.

¹¹²⁴ Пресуда у предмету бр. C-13/95 (*Ayşe Süzen v. Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice*) од 11. марта 1997. године (*European Court Reports* 1997, 141).

¹¹²⁵ *Ibid.*, параграф 13.

Случај *Süzen* се, иначе, тицао послова чишћења (као и случај *Schmidt*), при чему је задатак Суда био да одлучи да ли се ситуација у којој једна компанија (А), након што је чишћење својих просторија поверила спољнем партнеру (Б), раскинула овај уговор и, за извођење истих послова, склопила нови уговор са другим спољним партнером (Ц), без било каквог истовременог преноса пословне имовине, може сматрати преносом предузећа у смислу Директиве 2001/23/ЕЗ.¹¹²⁶ У одговору на питање, Суд је започео на уобичајен начин, позивајући се на циљ Директиве (да се осигура непрекидност радних односа у оквиру привредног субјекта, без обзира на било какву промену власништва) и на *Spijkers*-ове критеријуме.¹¹²⁷ Међутим, следећи пресуду у предмету *Rygaard*, Суд је оценио да би Директива 2001/23/ЕЗ била применљива, пренос мора да се односи на стабилан привредни ентитет чија делатност није ограничена на реализацију једног одређеног уговора о извођењу радова. Израз „ентитет“ се, према томе, односи на „организовано груписање лица и имовине које олакшава вршење привредне активности која тежи одређеном циљу“.¹¹²⁸ Нагласивши важност теста „привредног ентитета“, Суд је одбацио - или барем смањивши важност - радноправног теста сличности привредне делатности прихваћеног у случају *Schmidt*. Према његовим речима, „сама чињеница да је услуга коју пружају стари и нови добитници уговора слична не иде у прилог закључку да је привредни ентитет пренесен. Ентитет се не може свести на делатност која му је поверена. Његов идентитет произилази и из других фактора, као што су „радна снага, руководеће особље, начин организације рада, оперативне методе или, по потреби, оперативни ресурси који су му на располагању“.¹¹²⁹ Стога, губитак посла пружања услуга од конкурента сам по себи не може указивати на постојање преноса у смислу Директиве 2001/23/ЕЗ. У таквим околностима, спољни партнер коме је претходно поверен уговор (Б) није, изгубивши клијента, у потпуности престао да постоји, а предузеће или део предузећа који му припада не може се сматрати пренетим на новог добитника уговора (Ц).¹¹³⁰ Поред наведеног, значајно је да је Суд у случају *Süzen*, супротно савету који је дао општи правобранилац *La Pergola*, одбио предлог да пренос имовине представља *sine qua non* услов за квалификацију било којег преноса као преноса предузећа у смислу Директиве 2001/23/ЕЗ. Уместо тога, Суд је напоменуо да, иако је пренос имовине један од критеријума који национални суд мора узети у

¹¹²⁶ Пресуда у предмету бр. C-13/95 (*Ayşe Süzen v. Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice*) од 11. марта 1997. године (*European Court Reports* 1997, 141), параграф 9.

¹¹²⁷ *Ibid.*, параграф 10-14.

¹¹²⁸ *Ibid.*, параграф 13.

¹¹²⁹ *Ibid.*, параграф 15.

¹¹³⁰ *Ibid.*, параграф 16.

обзир приликом одлучивања да ли је неко предузеће у ствари пренесено, одсуство такве имовине не искључује нужно постојање преноса предузећа.¹¹³¹ Национални суд, оцењујући чињенице које карактеришу предметну трансакцију, мора, између осталог, узети у обзир врсту предузећа или посла о којем је реч. Из тога произилази да ће степен важности који се придаје сваком критеријуму за утврђивање да ли је дошло до преноса у смислу Директиве 2001/23/ЕЗ или не, нужно варирати у зависности од делатности која се обавља, или пак од начина производње или рада који се користе у одговарајућем предузећу. Тамо где је конкретни привредни ентитет у одређеним секторима привредних делатности способан да функционише без значајних материјалних или нематеријалних улагања, одржавање његовог идентитета након трансфера не може логично да зависи од преноса такве имовине.¹¹³² Поред тога, Суд је оценио да у одређеним „радно интензивним секторима“, група запослених која се бави заједничком делатношћу на трајној основи може чинити привредни ентитет. Такав ентитет способан је да одржи свој идентитет након што је извршен пренос тамо где се нови послодавац не бави само дотичном делатношћу, већ и преузима већину запослених, у смислу њиховог броја и вештина, које је његов претходник посебно распоредио на том задатку.¹¹³³ На основу свега наведеног, Суд је закључио да у случајевима попут овог у предмету *Süzen* (који су подразумевали замену спољног партнера који пружа специјализовану услугу) да би дошло до преноса мора бити присутан један од два фактора: истовремени пренос значајног дела имовине из једног у друго привредно друштво или преузимање од стране послодавца следбеника већине запослених, у смислу њиховог броја и вештина, које је његов претходник распоредио за вршење одређене делатности.¹¹³⁴

Можда помало изненађујуће, наде су, наизглед, остале живе након случаја *Süzen*, да се два фактора која је Суд поменуо (значајна имовина и већи део радне снаге) могу сматрати алтернативама без обзира на природу предузећа.¹¹³⁵ Суд је, међутим, сваки такав утисак распршио у првом следећем (финском) случају *Oy Liikenne*.¹¹³⁶ Овај случај се односио на додељивање од стране локалних органа власти компанији *Oy Liikenne* права да управља са седам локалних аутобуских линија - права које је раније уживала

¹¹³¹ *Ibid.*, параграф 17.

¹¹³² *Ibid.*, параграф 18.

¹¹³³ *Ibid.*, параграф 21.

¹¹³⁴ *Ibid.*, параграф 22.

¹¹³⁵ У вези са таквим надама видети: Paul Davies, „Transfers - The UK Will Have to Make Up Its Own Mind“, *Industrial Law Journal*, vol. 30, број 2/2001, 233.

¹¹³⁶ Пресуда у предмету бр. C-172/99 (*Oy Liikenne Ab v. Pekka Liskojärvi and Pentti Juntunen*) од 25. јануара 2001. године (*European Court Reports* 2001, 59).

друга компанија. Након спроведеног тендерског поступка, компанија која је претходно вршила то право (послодавац претходник) отпустила је 45 возача, од којих је њих 33 (односно све оне који су се пријавили) компанија *Oy Liikenne* (послодавац следбеник) поново ангажовала, али у складу са условима рада лошијим од оних који су важили код послодавца претходника. Ниједно возило или друга имовина повезана са функционисањем аутобуских линија није пренесена на *Oy Liikenne*.¹¹³⁷ Упитан да ли би такав трансфер могао представљати пренос предузећа, Суд је донекле изменио језик који се користио у *Süzen-y-* ако ништа друго, онда дајући му рестриктивније значење.¹¹³⁸ Тако, Суд је сада оценио да „у одређеним секторима у којима су привредне делатности углавном засноване на радној снази, група запослених који се баве заједничком активношћу на трајној основи може представљати привредни ентитет“.¹¹³⁹ Такав ентитет је способан да одржи идентитет након преноса када нови послодавац не само да се бави дотичном привредном делатношћу, већ преузима и већи део запослених, у смислу њиховог броја и вештина, и то оних запослених које је његов претходник посебно распоредио за обављање те делатности. У тим околностима, нови послодавац преузима организацију предузећа или, како је сам Суд рекао, „организовано тело имовине која му омогућава редовно обављање одређених активности његовог претходника“.¹¹⁴⁰ Међутим, Суд је порекао да је аутобуски превоз делатност која се „у основи заснива на радној снази, будући да захтева значајна постројења и опрему“,¹¹⁴¹ сматрајући да у сектору као што је редовни јавни превоз аутобусом, где је материјална имовина значајно доприноси обављању делатности, одсуство преноса са послодавца претходника на послодавца следбеника такве имовине (која је била неопходна за правилно функционисање ентитета) мора довести до закључка да ентитет није задржао свој идентитет.¹¹⁴² Тако је, према *Süzen* тесту протумаченом у случају *Oy Liikenne*, пренос имовине недвосмислено постао предуслов за пренос предузећа, осим у једној ситуацији - када су активности привредног субјекта „у основи засноване на радној снази“, а ентитет је у стању да функционише без значајних материјалних или нематеријалних улагања.

¹¹³⁷ *Ibid.*, параграфи 8-10.

¹¹³⁸ Суд је цитирао своје пресуде у случају *Süzen, Hernández Vidal* и *Sánchez Hidalgo and Ziemann*. У све ове три пресуде Суд је употребио израз „у одређеним радно интензивним секторима“.

¹¹³⁹ *Ibid.*, параграф 38.

¹¹⁴⁰ *Ibid.*

¹¹⁴¹ *Ibid.*, параграф 39.

¹¹⁴² *Ibid.*, параграф 42.

3.1.4.2.1. Разликовање привредних делатности претежно заснованих на имовини и привредних делатности претежно заснованих на радној снази - немогућа разлика?

У пракси, главна потешкоћа са *Oy Liikenne* тестом за утврђивање да ли је неко предузеће пренесено јесте разликовање делатности заснованих на имовини (за потребе теста) и делатности које се у основи заснивају на радној снази. У том циљу, предложени су различити начини повлачења демаркационе линије. Тако су, примера ради, Комисија и општи правобранилац Léger у случају *Oy Liikenne* били јединствени у ставу да би одговарајуће питање било - да ли је радна снага „кључни“ или „суштински“ елемент услуге коју предузеће нуди.¹¹⁴³ Међутим, потешкоће у примени таквог теста показала је чињеница да су Комисија и општи правобранилац дошли до различитих резултата примењујући га у истом случају.¹¹⁴⁴ Сам Суд правде је у овом случају применио непосреднији, али недвојбено мање прикладан тест. Суд је сматрао да би у било ком сектору где „имовина значајно доприноси обављању делатности, одсуство преноса имовине у значајној мери са старог на новог уговарача (спољног партнера - М.Д.) довело до закључка да ентитет није задржао свој идентитет“.¹¹⁴⁵ Нето ефекат овог приступа је да трансфер имовине учини предусловом за примену Директиве 2001/23/ЕЗ у сваком случају у којем имовина игра чак и малу (али не и безначајну) улогу у функционисању предузећа.¹¹⁴⁶ Очигледно је, међутим, да што је мања улога коју имовина игра у пословању, то је овакав тест мање прикладан. Категоризација послова транспорта као оних које се у основи не заснивају на радној снази значила је да запослени које је преузео нови пружалац услуге нису имали право на правни лек у погледу лошијих услова рада које им је он понудио, једноставно зато што имовина предузећа није променила власника. Оваквим тумачењем, дакле, Суд правде је оставио изван оквира радноправне заштите велики број запослених будући да је довољно да послодавац следбеник одбије да преузме већи део имовине свог правног претходника да би избегао примену Директиве 2001/23/ЕЗ. Ово је посебно значајно ако се има у

¹¹⁴³ Opinion of Mr Advocate General Léger delivered on 12 October 2000, (*European Court Reports* 2000, 563).

¹¹⁴⁴ Комисија је заузела став да је радна снага кључни елемент понуђене услуге, односно аутобуског превоза (Opinion of Mr Advocate General Léger delivered on 12 October 2000, параграф 67), док је општи правобранилац Léger, насупрот томе, сматрао да се „суштински елемент без којег такав привредни субјект није способан да функционише, у принципу састоји у његовој флоти - камионима, аутомобилима, аутобусима - а не у његовој радној снази“ (Opinion of Mr Advocate General Léger delivered on 12 October 2000, параграф 69).

¹¹⁴⁵ Пресуда у предмету бр. C-172/99 (*Oy Liikenne Ab v. Pekka Liskojärvi and Pentti Juntunen*) од 25. јануара 2001. године (*European Court Reports* 2001, 59), параграф 42.

¹¹⁴⁶ G. Barrett, „Light Acquired on Acquired Rights: Examining Developments in Employment Rights on Transfers of Undertakings“, 1060.

виду да је заиста мали број привредних делатности за које се може рећи да у њиховом обављању имовина не доприноси на „значајан“ начин. Тако су у досадашњој пракси Суда правде само послови чишћења¹¹⁴⁷ и обезбеђења (или „надзора“, како их је Суд назвао¹¹⁴⁸) квалификовани као делатност „у основи заснована на радној снази“. Међутим, с обзиром на казуистичку природу доступне судске праксе, чини се бесмисленим покушај састављања списка сектора привредних делатности у којима је радна снага главни фактор производње и списак сектора у којима то није, будући да главни производни фактор може бити различит за свако предузеће у оквиру истог сектора.¹¹⁴⁹ Тако, примера ради, једна компанија за чишћење може већину послова чишћења обављати помоћу једноставних средстава за рад, као што су канта и моп, док би друга могла користити напредне машине за чишћење. У другом случају, мање је вероватно да ће се радна снага сматрати главним производним фактором. Осим тога, ништа једноставније није ни поуздано прављење разлике између појединих сектора привредне делатности који су радно-интензивни и оних који то нису. Тако је, примера ради, угоститељску делатност (услуге кетеринга), Суд правде сврстао у радно-интензивну привредну делатност „јер захтева значајну количину опреме“, ¹¹⁵⁰ а могућа је и другачија линија размишљања која би довела до закључка да је радна снага заиста била главни производни фактор: примера ради, уколико би запослени морали да имају посебно знање о исхрани. Уопштено посматрано, ниво стручних квалификација запослених може бити изузетно значајан за квалификовање предузећа као радно интензивног или заснованог на имовини: што је ниво обуке запослених виши, то је њихов значај као производног фактора већи, што, опет, не важи у сваком случају. Како лепо примећује Beltzer, висок ниво обучености пилота авио-компаније не мора бити пресудан, будући да је имовина (авиони и слотови) подједнако важна. Супротно томе, релативно низак ниво стручних квалификација потребан за већину послова чишћења не

¹¹⁴⁷ Пресуда у здруженим предмету бр. C-127/96, C-229/96 и C-74/97 (*Francisco Hernández Vidal SA v. Prudencia Gómez Pérez, María Gómez Pérez and Contratas y Limpiezas SL* (C-127/96), *Friedrich Santner v. Hoechst AG* (C-229/96), and *Mercedes Gómez Montaña v. Claro Sol SA and Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (Renfe)* (C-74/97)) од 10. децембра 1998. године (*European Court Reports* 1998, 594).

¹¹⁴⁸ Пресуда у здруженим предметима бр. C-173/96 и C-247/96 (*Francisca Sánchez Hidalgo and Others v. Asociación de Servicios Aser and Sociedad Cooperativa Minerva* (C-173/96), and *Horst Ziemann v. Ziemann Sicherheit GmbH and Horst Bohn Sicherheitsdienst* (C-247/96)) од 10. децембра 1998. године (*European Court Reports* 1998, 595).

¹¹⁴⁹ R. M. Beltzer, *op. cit.*, 145.

¹¹⁵⁰ Пресуда у предмету бр. C-340/01 (*Carlito Abler and Others v. Sodexho MM Catering Gesellschaft mbH*) од 20. новембра 2003. године (*European Court Reports* 2003, 48), параграф 36.

представља препреку да се радна снага сматра главним производним фактором, посебно у ситуацијама у којима се користи релативно мало материјалних средстава.¹¹⁵¹

1) Привредни субјекти који се баве привредним делатностима заснованим (у значајној мери) на имовини

Из перспективе заштите запослења може се поставити питање смисла постојања правила да, само зато што се имовина (у значајној мери) користи у обављању одређене привредне делатности, она мора да се пренесе како би дошло до преноса привредне делатности у смислу Директиве 2001/23/ЕЗ. Чини се да наведени критеријум није повезан са интересима и бригама запослених у предузећу чије радно место може, заједно са преносом предузећа, бити пренесено на послодавца следбеника, без обзира на то што нови послодавац није преузео имовину коју је користио његов претходник. Друга потешкоћа са *Oy Liikenne* правилом да мора постојати пренос имовине како би пренос предузећа заснованог на имовини ушао у подручје примене Директиве 2001/23/ЕЗ - је та што оно јасно отвара врата значајном избегавању њене примене. Будући да било који привредни субјект чија делатност није заснована искључиво на радној снази може избећи примену Директиве 2001/23/ЕЗ једноставним одбијањем да прихвати пренос имовине, ово правило чини радноправну заштиту коју пружа ова Директива илузорном у погледу запослених у таквим субјектима.

Међутим, ваља напоменути да, сходно пракси Суда правде у Луксембургу, захтев за преносом имовине, чак и ако се тиче предузећа која се у значајној мери заснивају на имовини, подлеже једном важном изузетку, који је први пут установљен у случају *Allen*.¹¹⁵² У наведеном случају, који се тичао привредних друштава (подизвођача) која се баве возњом подземних тунела за потребе власника рудника (наручиоца радова), Суд је оценио да се таква делатност не може сматрати у основи заснованом на радној снази, будући да њено обављање захтева значајну количину постројења и опреме.¹¹⁵³ Како у конкретном случају није дошло до преноса просторија, управљања, инфраструктуре, материјала и друге имовине између послодавца претходника и послодавца следбеника, први утисак, заснован на претходној пракси Суда правде, био би да није дошло до преноса предузећа у смислу Директиве

¹¹⁵¹ R. M. Beltzer, *op. cit.*, 145.

¹¹⁵² Пресуда у предмету бр. C-234/98 (*G. C. Allen and Others v Amalgamated Construction Co. Ltd*) од 8. јула 1999. године (*European Court Reports* 1999, 383), параграф 30.

¹¹⁵³ *Ibid.*

2001/23/ЕЗ. Међутим, Суд је ваљано приметио да је у рударском сектору уобичајено да основну имовину потребну за обављање радова обезбеди сам власник рудника (наручилац радова), а не подизвођачи. У таквим околностима, према оцени Суда „чињеница да власништво на имовини потребној за вођење предузећа није прешло на послодавца следбеника не спречава пренос предузећа“.¹¹⁵⁴ У конкретном случају, наведена чињеница није била „од пресудне важности“.¹¹⁵⁵

Овакав став, Суд је даље разрадио у случају *Abler*¹¹⁵⁶ који се односио на подуговарање угоститељске делатности (услуга кетеринга) од стране једне болнице. Послодавац следбеник (други подизвођач) је одбио да преузме запослене послодавца претходника (првог подизвођача), али је преузео опрему коју је претходник користио, а која је припадала болници за чије потребе су услуге кетеринга и уговоране (наручилац услуге). Послодавац следбеник је покушао да се одупре примени Директиве 2001/23/ЕЗ тврдећи да су услуге кетеринга „у основи засноване на радној снази“ и да, сходно томе, непреузимање запослених (послодавца претходника) само по себи спречава било какав пренос предузећа који задржава свој идентитет у смислу Директиве 2001/23/ЕЗ.¹¹⁵⁷ Међутим, помало изненађујуће, Суд је закључио да се „услуге кетеринга не могу сматрати делатношћу која се у основи заснива на радној снази, јер захтевају значајну количину опреме“.¹¹⁵⁸ Пренос (овлашћења употребе - М. Д.) имовинских добара потребних за обављање предметне делатности — просторија, воде, електричне енергије и опреме (без обзира што су власништво болнице) — довољан је, у датим околностима, да би био квалификован као пренос предузећа у смислу Директиве 2001/23/ЕЗ.¹¹⁵⁹

Имајући у виду наведено, пресуда Суда правде у случају *Abler* представља ауторитет за тврдњу да пренос имовинских права на материјалним и нематеријалним добрима предузећа није потребан да би дошло до његовог преноса на другог послодавца. Само овлашћење употребе од стране послодавца следбеника „значајних делова имовинске целине које је претходно користио (послодавац претходник - М. Д.), а које му је накнадно ставио на располагање наручилац услуге“ биће довољно.¹¹⁶⁰ Осим

¹¹⁵⁴ *Ibid.*

¹¹⁵⁵ *Ibid.*

¹¹⁵⁶ Пресуда у предмету бр. С-340/01 (*Carlito Abler and Others v. Sodexho MM Catering Gesellschaft mbH*) од 20. новембра 2003. године (*European Court Reports* 2003, 48).

¹¹⁵⁷ *Ibid.*, параграф 19.

¹¹⁵⁸ *Ibid.*, параграф 36.

¹¹⁵⁹ *Ibid.*

¹¹⁶⁰ *Ibid.*, параграф 27. Недавно се Суд ЕФТА-е изричито ослонио на случај *Abler* у доношењу закључака у норвешком случају *Rasmussen* који је се односио на подуговарање услуга одржавања и подршке од стране оператора подморског гасног поља. Позивајући се директно на пресуду Суда правде у случају *Abler*, Суд Европске асоцијације за слободну трговину (енгл. *European Free Trade Association (EFTA)*) је

тога, значај ове пресуде у погледу предузећа која се баве делатностима заснованим на имовини је у чињеници да она ограничава ситуације у којима ће бити могуће избећи примену Директиве 2001/23/ЕЗ. Свака ситуација у којој наручилац радова/услуге обезбеђује имовину (широко дефинисана тако да укључује, примера ради, просторије) и у којој су привредне делатности другог подизвођача исте, као и привредне активности његовог претходника, сматраће се преносом предузећа у смислу Директиве 2001/23/ЕЗ. Једино када наручилац радова/услуге не обезбеди имовину, подизвођачи/спољни партнери ће моћи да избегну примену Директиве 2001/23/ЕЗ одбијањем да преузму имовину од претходника. Стога су ефекти који су произишли из пресуде у *Abler* добродошло смањење броја случајева (не и њихово потпуно елиминисање) у којима ће захтев Суда за преносом имовине са послодавца претходника на послодавца следбеника важити као *sine qua non* за утврђење постојања преноса предузећа. Тамо где се и даље примењује, захтев за преносом имовине остаје мало више од прилично сировог критеријума који ће често бити неприкладан за одређивање ситуација у којима треба применити заштиту понуђену Директивом 2001/23/ЕЗ.

2) Привредни субјекти која се баве делатностима „у основи заснованим на радној снази“

Општи правобранилац у случају *Süzen* заговарао је став да би до преноса предузећа у смислу Директиве 2001/23/ЕЗ могло да дође само ако је једно привредно друштво пренело на друго скуп имовинских права на материјалним и нематеријалним добрима која чине предузеће.¹¹⁶¹ Суд правде је, како је напред објашљено, овај приступ одбацио у корист ширег приступа предузећа-организације. Према оцени Суда, „у одређеним секторима који су у основи засновани на радној снази“, предузеће може бити способно да задржи свој идентитет након што је пренесено, уколико је послодавац следбеник преузео већи део радне снаге, посебно распоређене, у смислу њиховог броја

оценио да се Директива „може применити у ситуацији преноса послова одржавања на подморској инсталацији за производњу плина, када је значајан део радне снаге, у смислу броја и квалификација, који обављао наведене послове, преузео послодавац следбеник који наставља да извршава ове на истој инсталацији. Примена Директиве није искључена самом чињеницом да власништво на алатима и инструментима - које је запослено особље користило за послове одржавања пре предметног трансфера, а које је наставило да користи и касније - није пренесено на послодавца следбеника. Пресуда Суда ЕФТА-е у предмету Е-2/04 (*Reidar Rasmussen, Jan Rossavik, and Johan Kåldman v. Total E&P Norge AS, v/styrets formann*) од 10. децембра 2004. године, параграф 43, <https://eftacourt.int/cases/e-02-04/>, 10.4.2021.

¹¹⁶¹ Opinion of Mr Advocate General La Pergola delivered on 15 October 1996 (*European Court Reports*, 1996, 385)

и вештина, на пословима везаним за обављање те привредне делатности - предузећа (и, уз то, наставио да се бави истим делатностима).¹¹⁶² Овакво тумачење Суда било је донекле разумљиво, имајући у виду да би приступ општег правобраниоца у великој мери искључио преносе предузећа у радно-интензивним сектору привредних делатности из подручја примене Директиве 2001/23/ЕЗ. Радно-интензивни карактер привредне делатности се управо и објашњава чињеницом да у структури укупно ангажованих елемената процеса рада преовлађује живи људски рад, услед чега су могућности замене човека машинама веома мале. Одсуство преноса имовине, стога, не може у свим случајевима чинити Директиву 2001/23/ЕЗ непримењивом. Међутим, постоји неколико разлога због којих, по нашем мишљењу, (шири) привредноправни приступ предузећа-организације представља погрешни метод за утврђивање да ли је дошло до преноса предузећа.

На првом месту, ако неко просуђује да ли је дошло до преноса предузећа управо у сврху утврђивања да ли послодавац следбеник треба да преузме запослене, питање да ли је наводни послодавац следбеник већ преузео већину запослених представља очигледно неодговарајући критеријум. Ефекат примене оваквог теста је да у радно интензивним секторима привреде један од главних резултата који се желе постићи Директивом - *ex lege* пренос уговора о раду на послодавца следбеника - „постаје услов који одређује да ли ће (Директива - М.Д.) бити примењена“.¹¹⁶³ Овакво тумачење је, стога, у литератури лепо описано као „окретање Директиве наглавчке“.¹¹⁶⁴ Стога, како лепо закључује општи правобранилац Cosmas у случају *Hernández Vidal* „у активностима заснованим на радној снази одлучујући критеријум за примену Директиве 2001/23/ЕЗ би требало да буде „присуство групе запослених који су трајно

¹¹⁶² Пресуда у предмету бр. С-13/95 (*Ayşe Süzen v Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice*) од 11. марта 1997. године (*European Court Reports* 1997, 141), параграф 21. Овај приступ Суд је касније модификовао, користећи знатно рестриктивније формулације, у смислу налажења да „у одређеним секторима у којима су делатности у основи засноване на радној снази, група радника ангажованих за обављање одређене активности на трајној основи може представљати привредни ентитет“. Пресуда у предмету бр. С-172/99 (*Oy Liikenne Ab v. Pekka Liskojärvi and Pentti Juntunen*) од 25. јануара 2001. године (*European Court Reports* 2001, 59), параграф 38.

¹¹⁶³ *Joined opinion of Mr Advocate General Cosmas delivered on 24 September 1998 (European Court Reports 1998, 426), параграф 80.* Општи правобранилац је даље крутиковао овакво тумачење као „апсурдни закључак или зачарани круг [...] очигледно супротан намери законодавца Заједнице“ да заштити запослене приликом преноса предузећа или његовог дела. *Ibid.*

¹¹⁶⁴ Vivien Shruballs, „Competitive Tendering, Out-Sourcing and the Acquired Rights Directive“, *The Modern Law Review*, vol. 61, број 1/1998, 85-87.

укључени у заједничку активност (...) уместо неважног питања да ли је (или није) нови послодавац поново ангажовао одређени број, па чак и већину запослених.¹¹⁶⁵

Друго, тест „већег дела радне снаге“ је приступ који олакшава избегавање Директиве 2001/23/ЕЗ, одузимајући јој већину регулаторне снаге у секторима привредних делатности које се заснивају на радној снази, будући да утврђивање постојања преноса предузећа у тим секторима зависи од нечега што је под контролом наводног послодавца следбеника. Како послодавац следбеник може одбити да преузме „већи део радне снаге“ у циљу избегавања обавеза наметнутих Директивом 2001/23/ЕЗ, примена предметне Директиве у суштини зависи од његове воље,¹¹⁶⁶ те постаје „добровољна обавеза“¹¹⁶⁷.

Треће, новим подизвођачима у радном интензивним секторима привредних делатности који желе да преузму неке (али не све) запослене својих претходника, сада се даје разлог да буду опрезни. Ако преузму „већи део радне снаге“, они ће бити „кажњени“ применом Директиве 2001/23/ЕЗ, те ће морати да преузму све запослене послодавца следбеника који су распоређени на одређеним пословима у том предузећу, и то по условима рада који су важили код њихових претходника.

Четврта мана теста јесте неизвесност која постоји у погледу утврђивања чињенице да ли је послодавац следбеник преузео већину (у смислу њиховог броја и вештина) запослених, које је послодавац претходник распосредио за обављање предметне привредне делатности. Осим тога, помињање „вештина“ од стране Суда јасно говори да је процена компликованија од једноставног пребројавања запослених које је преузео нови послодавац.¹¹⁶⁸ Укратко, нето ефекат теста „већег дела радне снаге“ је да ће запослене у привредним делатностима који се не темеље на имовини, а нарочито запослене у услужном сектору,¹¹⁶⁹ учинити правно непривилегованом групом. Будући да послодавци који послују у овим секторима могу лако заобићи обавезу

¹¹⁶⁵ Joined opinion of Mr Advocate General Cosmas delivered on 24 September 1998 (*European Court Reports* 1998, 426), параграф 84.

¹¹⁶⁶ Видети више: M. Jeffery, *op. cit.*, 669, 691; P. Davies, „Transfers - The UK Will Have to Make Up Its Own Mind“, 231, 234; J. McMullen, „Note. TUPE - Sidestepping Süzen“, 360-364; P. Davies, „Taken to the Cleaners? Contracting Out of Services Yet Again - Case C-13/95, Süzen v Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice“, 193-197.

¹¹⁶⁷ C. Barnard, *op. cit.*, 595.

¹¹⁶⁸ V. Shruballs, „Competitive Tendering, Out-Sourcing and the Acquired Rights Directive“, 91-92.

¹¹⁶⁹ Иронично, чини се да су такви радници они којима је најпотребнија заштита коју Директива 2001/23/ЕЗ нуди. У том контексту, не треба заборавити да је у многим државама чланицама тенденција да сектор услуга буде слабо синдикализовано поље запошљавања, са претежно женском радном снагом (S. O'Leary, *op. cit.*, 280). У пољу услужних радника, неквалификовани радници су највише погођени овим недостатком заштите, јер је вероватније да ће послодавац следбеник преузети квалификоване раднике, с обзиром на то да они неће бити доступни другде.

примене Директиве 2001/23/ЕЗ, њихови запослени ће вероватно бити отпуштени сваки пут када они (послодавци) одлуче да „аутсорсују“ неку своју помоћну делатност или промене подизвођача. Ако нови послодавац и одлучи да задржи неке запослене свог претходника, врло је вероватно да услове рада неће одржати на истом (високом) нивоу.

И најзад, последњи аргумент који говори у прилог мањкавости привредноправног приступа концепцији предузећа као привредне организације огледа се у неадекватности његове примене у случају када се предузеће након преноса реорганизује или „распрши“. Наиме, до сада разматрани случајеви односили су се на уобичајену ситуацију када се предузеће (односно његов део) преноси као целина са једног на другог привредног субјекта. Али, шта ће се догодити, ако се предузеће „утопи“ у пословање послодавца следбеника? Ово питање је узнемирило немачке судове који су заузели став да ако пренесени делови предузећа изгубе своју аутономију и буду у потпуности интегрисани у посао послодавца следбеника, онда се не може сматрати да је дошло до преноса предузећа. Међутим, Суд правде је у случају *Klarenberg*¹¹⁷⁰ одбацио ово гледиште. Према његовој оцени, сама промена у организационој структури пренесеног ентитета не спречава примену Директиве 2001/23/ЕЗ. Свако супротно тумачење би значило да се само због чињенице да је послодавац следбеник одлучио да „рашчлани“ део предузећа који је на њега пренесен и да га integriше у своју организациону структуру, Директива 2001/23/ЕЗ не може применити на тај део предузећа, чиме се дотични запослени лишавају заштите коју пружа Директива.¹¹⁷¹ Штавише, члан 1(1)(b) Директиве 2001/23/ЕЗ дефинише идентитет привредног ентитета позивајући се на „организовано груписање ресурса које има за циљ обављање привредне делатности, без обзира да ли је та делатност главна или помоћна“, наглашавајући тако не само организациони елемент пренесеног ентитета, већ и елемент обављања привредне делатности.¹¹⁷² Имајући у виду наведено, „тај услов треба тумачити не као захтев за очувањем одређене организације коју је предузеће наметнуло на различитим елементима производње који се преносе, већ као захтев очувања функционалне везе међузависности и комплементарности између тих елемената“.¹¹⁷³ Задржавање такве функционалне везе између различитих пренесених елемената омогућава послодавцу следбенику да их користи, чак и ако су након преноса

¹¹⁷⁰ Пресуда у предмету бр. C-466/07 (*Dietmar Klarenberg v. Ferrotron Technologies GmbH*) од 12. фебруара 2009. године (*Official Journal of the European Union* 2009, 82).

¹¹⁷¹ *Ibid.*, параграф 43.

¹¹⁷² *Ibid.*, параграф 45.

¹¹⁷³ *Ibid.*, параграф 47.

интегрисани у нову и другачију организациону структуру, да би обављао идентичну или аналогну привредну делатност.¹¹⁷⁴ Премда се наведено тумачење Суда правде може оценити као његов покушај ширег тумачења захтева за очувањем идентитета пренесеног предузећа и, последично, проширења заштите запослених, чини се да је јако компликовано и да оставља превише простора за диференцирану примену права.

Да би избегла неизвесност и смањила незадовољство оваквом ситуацијом, Велика Британија је у својој верзији имплементационог законодавства од 2006. године донела политичку одлуку да Уредбу о преносу предузећа (заштити запослења) („TUPE“) - а самим тим и Директиву 2001/23/ЕЗ - примењује не само на стандардне ситуације преноса предузећа утврђене одредбама Директиве (на које ће се примењивати *Spijkers*-ова формула), већ и на промене пружаоца услуге (енгл. *service provision changes*) (*SPCs*), на које се *Spijkers*-ова формула неће примењивати, јер се сматра да промене у пружању услуга спадају у подручје примене Уредбе. Иначе, промене у пружању услуга (*SPCs*) покривају *outsourcing*, подуговарање „у два корака“, као и *insourcing* (повратак посла у компанију).¹¹⁷⁵ Иако је британска коалициона влада била мишљења да би ова „лабуристичка иновација могла представљати позлаћивање примене Директиве 2001/23/ЕЗ, многи подизвођачи су је подржали, јер пружа правну сигурност и обезбеђује једнаке услове свим подизвођачима који подносе понуде за закључивање уговора“.¹¹⁷⁶ Осим тога, предности оваквог законског решења из угла положаја запослених, у односу на приступ Суда правде Европске уније, могу се јасно видети у случају *CLECE*.¹¹⁷⁷ Случај се односио на другу фазу подуговарања послова чишћења, класичан пример промене пружаоца услуге према закону Велике Британије на који би се, сходно имплементационим правилима од 2006. године, примењивала радноправна заштита запослених. Међутим, Суд правде је утврдио да се „идентитет привредног ентитета [...] који се у основи заснива на радној снази, не може очувати ако

¹¹⁷⁴ *Ibid.*, параграф 48.

¹¹⁷⁵ Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations, 2006 (SI 2006/246), члан 3: „Ова Уредба се примењује: 1) на пренос предузећа, пословања, дела предузећа или дела пословања који се налази непосредно пре преноса у Великој Британији на друго лице у случају преноса привредног субјекта који задржава свој идентитет; 2) на промену пружања услуга, а то је ситуација у којој - а) привредне активности престаје да обавља лице („клијент“) у своје име, а уместо њих обавља их друго лице у име клијента („извођач радова“); б) извођач радова у име наручиоца престаје да обавља привредне активности (без обзира да ли их је претходно обављао клијент у његово име), а уместо њих обавља друго лице („накнадни уговарач“) у име клијента; или б) извођач или наредни извођач у име клијента престаје да обавља привредне активности (без обзира да ли је те активности претходно обављао клијент у своје име), а уместо њих их клијент врши у своје име“.

¹¹⁷⁶ С. Barnard, *op. cit.*, 597.

¹¹⁷⁷ Пресуда у предмету бр. С-463/09 (*CLECE SA v. María Socorro Martín Valor, Ayuntamiento de*) од 20. јануара 2011. године (*European Court Reports* 2011, 24).

наводни послодавац следбеник не преузме већину својих запослених“, услед чега је закључио да се Директива 2001/23/ЕЗ не примењује у конкретном случају.¹¹⁷⁸

3.1.4.3. Закључна разматрања

Судска пракса Суда правде у Луксембургу о преносу предузећа уопштено, а посебно његова пракса о очувању идентитета пренесеног предузећа, може се оценити као незадовољавајућа. Иако је ревизија из 1998. године ускладила Директиву 77/187/ЕЕЗ са тумачењима Суда правде, то је учињено по цену стварања нормативне основе са којом је тешко радити. Као последица тога, судска пракса је углавном непредвидива, што доводи до високих трансакцијских трошкова и правне несигурности. Чињеница да је после више од петнаест година након пресуде у предмету *Schmidt*, Суд и даље морао да одговара на питања у вези са пословима чишћења (са неизвесним исходом!) је довољан доказ те непредвидивости. Ово се, пре свега, односи на тумачење захтева за очувањем идентитета пренесеног предузећа који је Суд правде, за разлику од појма „правног преноса“, током времена различито тумачио. Ранија судска пракса одражавала је прилично широко разумевање појма пренесеног предузећа, будући да се Суд фокусирао првенствено на то да ли су привредне делатности које су обављане пре и након преноса биле сличне. То је, углавном, значило да ће запослени уживати заштиту у широком спектру пословних операција, попут оних које су се тичале промене пружаоца услуге. Од 1995. године па надаље, Суд је почео да утврђује строже услове и критеријуме за утврђивање карактеристика које пренесено предузеће мора имати. Најважније ограничење концепције преноса предузећа постављено је у случају *Süzen*, у којем је Суд правде доделио кључну важност преносу имовине или већине запослених у предузећу, у зависности од сектора привредне делатности којем припада предметно предузеће. Тиме је отворен широк простор за манипулације од стране послодавца следбеника који би могао да избегне примену Директиве 2001/23/ЕЗ запошљавањем мањег (од већине) броја запослених (у радно интензивним предузећима) или непреузимањем већег дела материјалних добара (у предузећима заснованим на имовини). Стога се условљавање заштите права запослених очувањем привредног идентитета предузећа с правом критикује, као решење, које није подобно да запосленима обезбеди потпуну и

¹¹⁷⁸ *Ibid.*, параграф 41.

адекватну заштиту. Ово, пре свега, из разлога што послодавцу, који наставља или обнавља делатност свог претходника, отвара могућност да изигра своје обавезе.¹¹⁷⁹ Довољно је, наиме, да послодавац следбеник на други начин организује одређену привредни активност, па, да се сматра да не постоји пренос предузећа, и да последично нема места примени начела очувања запослења. „Недопустиво је“, како пише Pélissier, „да једно лице, само зато што тако жели, може да се једнострано ослободи обавеза које га терете“.¹¹⁸⁰ Послодавац следбеник у суштини испуњава обавезу из комунитарног правила о преносу уговора о раду, ако су у тренутку преноса предузећа (само у том тренутку) очувано пословање претходника. Стога, његова одлука да измени начин организовања пословања, након преноса предузећа, не би требало да производи никакве последице по пренос уговора о раду и очување радних односа запослених, мада може да утиче на давање отказа уговора о раду због вишка запослених.¹¹⁸¹ У литератури се, у том смислу, оправдано истиче да би адекватна и потпуна заштита запослених у случају промене правног идентитета послодавца могла да буде обезбеђена само ако би подручјем примене начела очувања запослења били обухваћени сви случајеви преноса предузећа, независно од промена које уводи послодавац следбеник и без обзира на тренутак увођења промена.¹¹⁸² Уколико такву измену регулативе не учини европски законодавац, државе чланице могу саме надокнадити овај дефицит усвајањем ширег концепта преноса предузећа по узору на, примера ради, британско решење које изричито укључује промену пружаоца услуге у оквир важења начела очувања запослења или решење српског законодавца које, као што ћемо касније видети, гарангију очувања запослења везује за све случајеве промене послодавца, без обзира да ли је у одређеној ситуацији очуван идентитет пренесеног предузећа или не.

3.2. Пренос предузећа у јавном сектору

Не тако давне 1974. године, општи правобранилац Маугас у случају *Reyners*¹¹⁸³ навео је да је јавна власт „она која произлази из суверенитета и величанства државе; за онога ко је врши подразумева моћ уживања прерогатива мимо општих правила,

¹¹⁷⁹ J. Kenner, *EU employment law: From Rome to Amsterdam and Beyond*, 28-29.

¹¹⁸⁰ Jean Pélissier, „Les restructurations d'entreprises et leur effets sur l'emploi“, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 42, број 1/1990, 154. Наведено према: Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, 483.

¹¹⁸¹ *Ibid.*

¹¹⁸² *Ibid.*

¹¹⁸³ Пресуда у предмету бр. C-2/74 (*Jean Reyners v. Belgian State*) од 21. јуна 1974. године (*European Court Reports* 1974, 68).

привилегије службене моћи и овлашћења принуде над грађанима“.¹¹⁸⁴ Наводе из овог цитата, који има „укус“ XVIII века, врло је тешко прилагодити комплексном правном и привредном систему модерне државе, посебно имајући у виду да су многе делатности које су традиционално биле резервисане за државу и јавну власт почели обављати приватноправни субјекти.¹¹⁸⁵ Према јединствена дефиниција појмова јавни сектор и приватни сектор није усвојена у модерној правној теорији,¹¹⁸⁶ неспорно је да је први (оличен у држави и њеним различитим еманицијама) „својом структуром и начином функционисања усмерен ка заштити, остваривању и развијању општег (јавног) интереса“.¹¹⁸⁷ Привредна делатност јавног сектора разликује се од других облика државне интервенције у општем интересу (вршења јавних овлашћења), посебно од интервенције усмерене на осигурање уравнотежене економије и помоћи привредним секторима у тешкоћама.¹¹⁸⁸ С друге стране, јавни сектор се разликује од приватног сектора, првенствено по интересу који штити. Док је приватни сектор утемељен на приватној иницијативи усмереној ка остваривању добити,¹¹⁸⁹ јавни сектор је подручје од општег интереса и њега дефинишу, стварају и контролишу органи јавне власти. Ова разлика која се, *prima facie*, чини фундаменталном, све више бледи. Број „додирних тачака“ између јавног и приватног сектора се константно повећава, најчешће као последица немогућности или нецелисходности државе да прибави кредитни капитал намењен изградњи и развоју одрживог система обављања делатности од јавног

¹¹⁸⁴ Opinion of Mr Advocate General Mayras delivered on 28 May 1974 (*European Court Reports* 1974, 59), 664.

¹¹⁸⁵ Осим тога, правни и привредни системи држава чланица Европске уније се, већ дуги низ година, суочавају с огромним променама које је донела „европеизација вршења јавних услуга“ стварањем нових дефиниција, организација, политиком либерализације, отварањем тржишта, те проширењем Европске уније. Све то је резултирало проширењем надлежности Европске уније на многе делатности које су уобичајено припадале држави. Обим ове надлежности илуструје разлику између онога што би се могло сматрати вршењем јавног овлашћења и онога што би се могло сматрати обављањем привредне делатности. A. Garde, „The Public Sector as a Good Employer: The Application of the Acquired Rights Directive to Public Authorities“, 153.

¹¹⁸⁶ Као основни разлог непостојања јединствене дефиниције јавног и приватног права у литератури се најчешће наводи нејасан критеријум поделе, што је водило појави великог броја теорија (теорија интереса, теорија субјекта, теорија субјекције, теорија нужног субјекта и др.). В. В. Водинелић, *op. cit.*, 51-52.

¹¹⁸⁷ Предраг Цветковић, „Јавно-приватно партнерство као метод реструктурирања јавног сектора: Правни аспекти“, у: Александра Прашчевић, Гаљина Огњанов, Милојко Арсић (ур.), *Реструктурирање јавних предузећа у условима институционалних ограничења*, Економски факултет у Београду, Београд, 2015, 176.

¹¹⁸⁸ Јавни сектор је структуриран у оквиру неколико подсистема: 1) органи јавне власти (државни, покрајински и локални органи власти и организације којима је поверено вршење јавних овлашћења); 2) установе и друге јавне службе (култура, образовање, здравство и сл.); 3) нефинансијска јавна предузећа и друга правна лица са већинским државним капиталом или са јавним овлашћењима, и 4. финансијска друштва (централна банка, монетарне и немонетарне финансијске институције).

¹¹⁸⁹ П. Цветковић, *op. cit.*, 176.

интереса.¹¹⁹⁰ Тако се делатности јавног сектора (инфраструктурне делатности, делатности од тзв. општег интереса), поред директног обављања од стране државе или територијалне јединице (град, јединица локалне самоуправе), могу обављати путем различитих правних форми, као што су: закључивање уговора о концесији између државе или територијалне јединице и неког правног или физичког лица; поверавање обављања делатности од јавног интереса одређеним предузећима, предузетницима или привредним друштвима од стране надлежног државног органа у посебном правном поступку; оснивањем друштава капитала од стране државе или територијалних јединица; оснивање мешовитих друштава капитала (јавно-приватно партнерство); оснивање тзв. јавних предузећа, путем закона или одлука владе или органа територијалне јединице; национализација јавног сектора (која је све мање на дневном реду савремених тржишно оријентисаних држава) одређених приватних друштава од јавног интереса, уз плаћање накнаде у новцу или обвезницама и уз очување форме привредног друштва национализованог предузећа, чији је једини акционар (носилац удела) држава.¹¹⁹¹ Из тих разлога, упркос низу подела и тумачења критеријума поделе, у модерно доба јавни и приватни сектор се у практичном смислу не могу сагледавати као супротстављени делови привредноправног система једне државе, већ је њихов међусобни однос употпуњујући.¹¹⁹² Па ипак, премда партнерски постављени, јавни и приватни интерес и даље остају у латентној конкуренцији која се реализује у правним оквирима неке од наведених форми повезивања.¹¹⁹³ Једно од подручја у којима је њихово разграничење посебно значајно је заштита права запослених у случају преноса предузећа, сходно правилима Директиве 2001/23/ЕЗ. Подручје примене наведене Директиве је веома контроверзно и предмет је многобројних критика научне и стручне јавности. Радноправна литература се углавном фокусира на значење термина „пренос предузећа“, иако је једнако важно позабавити се питањем да ли се Директива 2001/23/ЕЗ може применити само на приватноправне послодавце који послују у циљу стицања добити или је треба применити на све послодавце, јавноправне или приватноправне, без обзира на природу делатности којом се баве. Осим тога, посебно значајно питање представљају последице промене послодавца на континуитет радног

¹¹⁹⁰ *Ibid.*, 177.

¹¹⁹¹ М. Васиљевић, *Компанијско право – Право привредних друштава*, 483-485.

¹¹⁹² Горан Милојевић, „Однос приватног и јавног права“, *Право - теорија и пракса*, vol. 37, број 1/2020, 51.

¹¹⁹³ Чак и када органи јавне власти не пружају сами јавну услугу, него исту преносе на неку организацију (јавно предузеће или друштво капитала), они задржавају одговорност за њено постојање и пословање, будући да је могу укинути кад одговарајућа потреба за њом престане.

односа у ситуацијама када послодавац претходник и послодавац следбеник припадају различитим секторима националне привреде, имајући у виду да упркос јединствености система радних односа, највећи број националних радних законодавстава и даље познаје разлике у погледу специфичног правног режима радног односа државних службеника.

3.2.1. Еволуција праксе Суда правде у Луксембургу

У складу са чланом 1(1)(с) Директиве 2001/23/ЕЗ, ова Директива се „примењује на јавна и приватна предузећа која се баве привредним делатностима без обзира на то раде ли за добит или не“. Овоме се, међутим, додаје упозорење да „административна реорганизација органа јавне власти, или пренос управних функција између органа јавне власти, не сматра се преносом у смислу ове Директиве“.¹¹⁹⁴ Оба дела овог става су законодавне формулације правних ставова до којих се први пут дошло у пракси Суда правде у Луксембургу, а тек касније их је законодавац Заједнице уметнуо у текст Новеле Директиве 98/50/ЕЗ.¹¹⁹⁵ Наиме, у оригиналној верзији Директиве 77/187/ЕЕЗ, члан 1(1) предвиђао је да ће се Директива примењивати „на пренос предузећа, пословања или дела пословања на другог послодавца као резултат правног преноса или спајања“, без било каквог даљег прецизирања.¹¹⁹⁶ Сувишност потребе да предузеће послује у циљу стицања добити како би ушло у делокруг Директиве 77/187/ЕЕЗ први пут је јасно утврђено у предмету *Redmond Stichting*, у којем је Суд правде, између осталог, оценио да се одредбе Директиве могу применити упркос чињеници да

¹¹⁹⁴ Директива 2001/23/ЕЗ, члан 1(1)(с). Наведену одредбу су све готово државе чланице Европске уније имплементирале у своје радно законодавство. Изузетак чине Аустрија и Португалија чије радно законодавство не садржи одредбе о имплементацији члана 1(1)(с) предметне Директиве, према португалски радноправни систем осигурава примену начела очувања запослења на јавна и приватна предузећа, али не и на административну реорганизацију органа јавне управе. У највећем броју држава које су имплементирале члан 1(1)(с) Директиве, радно законодавство се примењује на преносе предузећа у приватном и јавном сектору, са изузетком административне реорганизације органа јавне управе или пренос административних функција између органа јавне управе (Данска, Немачка, Грчка, Француска, Италија, Кипар, Летонија, Луксембург, Малта, Холандија, Словенија и др.). Од овог правила одступа Белгија, чије се одредбе о очувању запослења не примењују на пренос предузећа у јавном сектору (уз ограничен број изузетака). Најзад, постоје земље, попут Шведске, Пољске и Естоније у којима се не прави изузетак предвиђен чланом 1(1)(с) Директиве, те се начело очувања запослења односи и на административну реорганизацију органа јавне управе или пренос административних функција између органа јавне управе. Наведено на основу: М. Sargeant, *Implementation Report Directive 2001/23/EC on the approximation of laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event, of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses*, 9-20.

¹¹⁹⁵ Новела Директиве 98/50/ЕЗ, члан 1(2).

¹¹⁹⁶ Директива 77/187/ЕЕЗ, члан 1(1).

фондације представљају непрофитне организације.¹¹⁹⁷ Сличан став Суд је заузео и у предмету *Commission v. United Kingdom*,¹¹⁹⁸ у којем је Велика Британија критикована за ограничавање примене законодавства којим се имплементира Директива 77/187/ЕЕЗ на привредноправне субјекте. Према оцени Суда, чињеница да се неки привредни субјект бави непрофитним делатностима сама по себи није довољна да такве делатности лиши њиховог привредног карактера или да их уклони из делокруга Директиве. Сходно томе, подручје примене Директиве не може бити ограничено на привредне субјекте који послују у циљу стицања добити,¹¹⁹⁹ тј. Директива се може применити и на непрофитне делатности, под условом да су економске природе.

Међутим, непримењивост Директиве 77/187/ЕЕЗ на „административну реорганизацију органа јавне власти или пренос административних функција између органа јавне власти“ је став Суда нешто каснијег датума, а произашао је из кратке пресуде у случају *Henke*.¹²⁰⁰ Овакав став, који је касније практично дословно преузет у члану 1(1)(с) Новеле Директиве, почивао је на два суштинска аргумента. Као прво, један од основних циљева Директиве је заштита запослених од могућих неповољних последица промена структуре предузећа која проистичу из економских кретања на националном нивоу и на нивоу Заједнице, путем, између осталог, преноса предузећа, пословања или делова пословања на друге послодавце као резултат правног преноса или спајања. Сходно томе, реорганизација структуре јавне управе или пренос административних функција између органа јавне управе не представља пренос предузећа у смислу Директиве.¹²⁰¹ Као друго, Суд је извршио поређење језика на које је Директива преведена. Терминологија која се користи на већини језика држава Европске

¹¹⁹⁷ У наведеном предмету, како је напред већ објашњено, локална холандска власт је престала да субвенционира фондацију која је пружала помоћ зависницима од наркотика пореклом из Суринама и са Антила и пренела субвенције на другу фондацију која пружа помоћ зависницима од наркотика који потичу из свих земаља света. Ове две фондације су касније извршиле делимично спајање, а одређени број запослених је прешао из једне фондације у другу. Пресуда у предмету бр. С-29/91 (*Dr. Sophie Redmond Stichting v. Hendrikus Bartol and others*) од 24. марта 1992. године (*European Court Reports* 1992, 144).

¹¹⁹⁸ Пресуда у предмету бр. С-382/92 (*Commission of the European Communities v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*) од 8. јуна 1994. године (*European Court Reports* 1994, 233).

¹¹⁹⁹ *Ibid.*, параграфи 45-46.

¹²⁰⁰ Госпођа Henke је две године радила као секретарица у кабинету градоначелника немачке општине Schierke, након чега је општина формирала административну јединицу Brocken. Општина је пренела одређени број радних места на административну јединицу и притом госпођи Henke понудила да почне да ради у административној јединици. Госпођа Henke је одбила са објашњењем да жели да води рачуна о свом детету и да не жели да се сели из општине Schierke. Општина је касније окончала њен уговор о раду, након чега је госпођа Henke поднела тужбу тврдећи да је отпуштена супротно немачком законодавству које примењује Директиву 77/187/ЕЕЗ. Пресуда у предмету бр. С-298/94 (*Annette Henke v. Gemeinde Schierke and Verwaltungsgemeinschaft Brocken*) од 15. октобра 1996. године (*European Court Reports* 1996, 382).

¹²⁰¹ *Ibid.*, параграфи 13-14.

заједнице у вези са предметом преноса, односи се на привредне ентитете, а не на реорганизацију државне администрације.¹²⁰² Сходно наведеном, закључак Суда је био да се у конкретном случају пренос извршен између општине и административне јединице односио само на делатности које укључују *вршење јавних овлашћења*. „Чак и ако се претпостави да су те делатности имале аспекте економске природе, оне би могле бити само помоћне“,¹²⁰³ те зато не улазе у подручје примене Директиве 77/187/ЕЕЗ. Овај аргумент није био превише убедљив, посебно ако се има у виду да Суд у пресуди није навео никакве специфичне критеријуме на основу којих би се могло утврдити да ли је орган јавне власти пренео делатност економске природе или је посреди јавно овлашћење.

Међутим, имајући у виду да је у овом случају учињен изузетак од правног правила којим се запосленима додељују права, он је у наредним одлукама био уско тумачен. Тако је у случају *Sánchez Hidalgo*¹²⁰⁴ Суд правде оценио да то што је услуга (делатност) „аутсорсована“ од стране органа јавне власти не може искључити примену Директиве, ако предметне услуге не укључују вршење јавних овлашћења.¹²⁰⁵ У нешто новијем случају *Collino*,¹²⁰⁶ који се односио на приватизацију јавне службе одговорне за пружање јавних телекомуникационих услуга у Италији, Суд правде је поново потврдио да се изузеће утврђено у случају *Henke* односи на трансфере повезане са вршењем јавних овлашћења.¹²⁰⁷ Позивајући се на судску праксу у области права конкуренције, Суд је закључио да управљање јавном телекомуникационом опремом и стављање такве опреме на располагање корисницима уз плаћање накнаде представља привредну делатност. Чињеница да је пренесена делатност била предмет концесије (органа) јавне власти не може искључити примену Директиве ако дотична делатност не укључује вршење јавних овлашћења. Другим речима, „околност да је управљање јавном телекомуникационом мрежом било поверено телу које чини део јавне управе не може спречити да то тело буде класификовано као јавно предузеће“.¹²⁰⁸

¹²⁰² *Ibid.*, параграф 15.

¹²⁰³ *Ibid.*, параграф 17.

¹²⁰⁴ Пресуда у здруженим предметима бр. C-173/96 и C-247/96 (*Francisca Sánchez Hidalgo and Others v. Asociación de Servicios Aser and Sociedad Cooperativa Minerva* (C-173/96), and *Horst Ziemann v. Ziemann Sicherheit GmbH and Horst Bohn Sicherheitsdienst* (C-247/96) од 10. децембра 1998. године (*European Court Reports* 1998, 595).

¹²⁰⁵ *Ibid.*, параграф 24.

¹²⁰⁶ Пресуда у предмету бр. C-343/98 (*Renato Collino och Luisella Chiappero v. Telecom Italia SpA*) од 14. септембра 2000. године (*European Court Reports* 2000, 441).

¹²⁰⁷ *Ibid.*, параграф 31.

¹²⁰⁸ *Ibid.*, параграф 33.

Обе наведне пресуде (у случају *Hidalgo* и *Collino*) односиле су се на примену Директиве у ситуацијама када су делатности јавног сектора прешле у приватни сектор. У скорије време, међутим, ситуацију мање уобичајену у ери приватизације - преузимање од стране јавног сектора делатности које је обављао приватноправни субјект - испитао је Суд правде у случају *Mayeur*.¹²⁰⁹ Према чињеничним стању у овом случају, господин *Mayeur* је био запослен у непрофитном удружењу које је промовисало француски град Мец. У циљу промоције самог града, удружење је публиковало и дистрибуирало магазин (*Vivre à Metz*) за који је господин *Mayeur* прикупљао финансијска средства. Активности удружења су пренесене на град Мец, а господин *Mayeur* је био отпуштен, те је од Суда захтевао да се изјасни да ли се Директива може применити у конкретној ситуацији.¹²¹⁰ Влада Републике Француске је сматрала да, без обзира на то што је удружење основано и делује у складу са правилима приватног права, оно обавља услуге од општег интереса. Такође, Влада Француске је навела да је удружење основано на иницијативу градоначелника града Мец, да удружењем управљају делегирани представници града, те да се удружење финансира из буџета града. Стога, дакле, преношење делатности удружења на град Мец представља реорганизацију структуре државне управе.¹²¹¹ Суд се, међутим, врло жустро успротивио оваквој аргументацији, правећи разлику између чињеничног стања у случају *Mayeur* од оног у случају *Henke*. У његовом резонувању постоје три фазе. Прво, он је потврдио да се Директива 98/50/ЕЗ може применити на јавноправне и приватноправне ентитете, без обзира на њихов правни статус или начин на који се финансирају. Сходно томе, „[Директива не] дозвољава да се пренос привредне делатности са правног лица приватног права на правно лице јавног права искључи из подручја примене Директиве само на основу тога што је лице коме је делатност пренесена орган јавне власти“.¹²¹² Свако другачије тумачење би осујетило главни циљ предметне Директиве да се осигура континуитет радних односа. Друго, Суд је, супротно тврдњи Владе Француске, сматрао да пренос делатности у овом случају не представља реорганизацију структуре јавне управе или пренос административних функција између органа јавне власти, већ пренос делатности оглашавања и

¹²⁰⁹ Пресуда у предмету бр. С-175/99 (*Didier Mayeur v. Association Promotion de l'information messine (APIM)*) од 26. септембра 2000. године (*European Court Reports* 2000, 505).

¹²¹⁰ *Ibid.*, параграфи 10-17.

¹²¹¹ *Ibid.*, параграф 24-27.

¹²¹² *Ibid.*, параграф 33.

информисања између два лица која су имала одвојен правни субјективитет.¹²¹³ Делатност ове врсте, која се састоји у пружању услуга, „економске је природе и не може се сматрати произашлом из вршења јавних овлашћења“.¹²¹⁴ И, најзад, у трећој фази свог образложења, Суд је сматрао да је потребно утврдити да ли је предметни ентитет задржао свој идентитет након преноса. У том смислу, Суд се сложио са ставом општег правобраниоца да се не може пренебрегнути чињеница да у одређеним околностима фактори попут организације, пословања, финансирања, управљања и важећих законских правила идентификују привредни ентитет на такав начин да свака промена ових фактора може довести до промене његовог идентитета.¹²¹⁵ Међутим, Суд је оценио да то није била ситуација у конкретном предмету, и то, пре свега, из разлога што је Град Мец у целини преузео и спроводио активност непрофитног удружења, настављајући, у истом облику, да производи и дистрибуира магазин.¹²¹⁶ Сходно свему наведеном, Суд је закључио да се Директива 98/50/ЕЗ примењује у случају када општина која је правно лице јавног права преузима делатности информисања јавности које су раније, у интересу те општине, обављане од стране непрофитног удружења са статусом правног лица, основаног у складу са правилима приватног права.¹²¹⁷

За разлику од пресуде у случају *Collino* која је илустровала да предузеће у смислу Директиве 98/50/ЕЗ може постојати у оквиру јавног сектора и постати предмет преноса са јавноправног на приватноправног послодавца, пресуда у случају *Mayeur* је показала да се предузеће из приватног сектора може пренети на послодавца у јавном сектору, а да његово постојање и континуитет не буду прекинути тим поступком.¹²¹⁸ Стога се чини логичним, и у складу са праксом Суда правде, закључити да до преноса предузећа у смислу Директиве 2001/23/ЕЗ може доћи и између два органа јавне власти (два јавноправна послодавца), под условом да су у питању делатности економске природе, а не пука реорганизација јавне управе. Прави узрок несигурности, међутим, биће у томе шта представља вршење јавних овлашћења, а шта привредну делатност.¹²¹⁹

¹²¹³ *Ibid.*, параграфи 35-37.

¹²¹⁴ *Ibid.*, параграф 53.

¹²¹⁵ *Ibid.*, параграфи 37-38.

¹²¹⁶ *Ibid.*, параграф 54.

¹²¹⁷ *Ibid.*, параграф 57.

¹²¹⁸ Видети: Пресуда у предмету бр. C-175/99 (*Didier Mayeur v. Association Promotion de l'information messine (APIM)*) од 26. септембра 2000. године (*European Court Reports* 2000, 505), параграфи 53-54; *Opinion of Mr Advocate General Léger delivered on 13 June 2000 (European Court Reports* 2000, 313), параграфи 65-67 и 78-106.

¹²¹⁹ Ако је, примера ради, у једној држави чланици делатност јавног градског превоза под јавном контролом, да ли би се квалификовала као административна функција или привредна делатност, као што

3.2.2. Вршење јавних овлашћења и/или привредне делатности - могућа аналогија са правом конкуренције?

У извештају Комисији од 1990. године, Hepple је тврдио да би дефиницију „предузећа“, у смислу чланова 81, 82 и 86 Уговора о оснивању Европске заједнице, требало проширити и на околности преноса предузећа, будући да су судови већ препознали потребу креирања аналогије између случајева преноса предузећа и предмета који се тичу заштите конкуренције, како би се прецизније дефинисала могућност примене одредби Директиве 2001/23/ЕЗ на органе јавне власти.¹²²⁰ Премда наведена тврдња може, свакако, бити корисно полазиште, она је, ипак, од ограничене користи. Ово пре свега из разлога што је појам „предузећа“ у Уговору остао недефинисан, те га је Суд правде у Луксембургу широко протумачио као „сваки ентитет који се бави привредном делатношћу, без обзира на правни статус његовог носиоца или начин на који се финансира“.¹²²¹ Последица оваквог приступа Суда је закључак да се одређени ентитет може сматрати предузећем уколико обавља привредну делатност. У контексту закона о заштити конкуренције, то је значило „подељену личност“ органа јавне власти, у мери у којој се прави разлика између ситуација у којима врше јавна овлашћења и ситуација у којима обављају привредне делатности индустријске или комерцијалне природе нуђењем робе или услуга на одређеном тржишту.¹²²² У том смислу, уколико орган јавне власти обавља активност „у вршењу јавне власти“ закон о заштити конкуренције се не примењује,¹²²³ па самим тим не би требало ни Директива 2001/23/ЕЗ.

Међутим, овакав функционални приступ, премда примењиван од стране Суда правде, није адекватан у контексту утврђивања подручја примене Директиве

је то (рецимо) случај у држави чланици која је ту делатност приватизовала. Malcolm Sargeant, „Transfers of undertakings a new meaning?“, *Local Government Studies*, vol. 25, број 3/1999, 74.

¹²²⁰ Bob Hepple, Report for the Commission of the European Communities Directorate-General Employment, Industrial Relations and Social Affairs - Main shortcomings and proposals for revision of Council Directive 77/187/ЕЕС, Commission, ООРЕС, 1990.

¹²²¹ Пресуда у предмету бр. С-41/90 (*Klaus Höfner and Fritz Elser v. Macrotron GmbH*) од 23. априла 1991. године (*European Court Reports* 1991, 161), параграф 17.

¹²²² Amandine Garde, „The Public Sector as a Good Employer: The Application of the Acquired Rights Directive to Public Authorities“, 158.

¹²²³ Тако је, примера ради, у предмету *Cali*, јавно предузеће поверило обављање услуга надзора загађења у луци Ђенова правном субјекту који је основан у складу са правилима приватног права. Без обзира на ту чињеницу, Суд је навео да: „надзор загађења представља активност од јавног значаја, те самим тим чини једну од основних функција државе у смислу заштите животне средине у приморској области. Природа и циљеви оваквих активности су директно повезани са заштитом животне средине за коју су задужени држава и државни органи, па се самим тим не може сматрати активношћу која може бити повезана са економским аспектима“. Пресуда у предмету бр. С-343/95 (*Diego Cali & Figli Sri v. Servizi Ecologici Porto di Genova SpA (SEPG)*) од 18. марта 1997. године (*European Court Reports* 1997, 160), параграфи 22-23.

2001/23/EЗ, и то из више разлога. Прво, судови не би требало да се систематски ослањају на судску праксу која се односи на заштиту конкуренције да би дефинисали концепт преноса предузећа будући да право конкуренције и социјална политика имају сасвим различите циљеве.¹²²⁴ Основни циљ Директиве 2001/23/EЗ је заштита права запослених у случају преноса предузећа, те би у фокусу тумачења њених одредаба требало да буду правне последице преноса предузећа на запослене, које су идентичне без обзира на то да ли се пренос предузећа врши између субјеката приватног права и/или јавног права. Друго, у одређеним околностима је веома тешко разлучити да ли орган јавне власти врши јавно овлашћење или обавља привредну делатност. Тако, примера ради, у случају *Henke*, једина дефинитивна и чињеницама потврђена ствар је да је једна општина постала део веће административне јединице. Међутим, ни пресуда Суда, ни мишљење општег правобраниоца нису садржали детаље о тачној природи делатности које су пренесене на административну јединицу. Општи правобранилац је навео да делатности економске природе могу бити предмет преноса, али се Суд успротивио оваквом ставу, тврдећи да „чак и да се претпостави да су пренесене делатности имале аспекте економске природе, исте се могу сматрати помоћним, а не основним делатностима“.¹²²⁵ Овај аргумент није био превише убедљив, јер је у већини случајева вероватније да ће органи јавне власти обављати делатности које имају и аспект вршења јавних овлашћења и привредни карактер. Треће, критеријум „вршење јавних овлашћења“ је веома тешко утврдити, јер је подложен променама. „Оно што се данас сматра искључиво јавним, приватноправни субјект може, чак и у блиској будућности, обављати у циљу стицања профита. И обрнуто, може бити да се делатности које сада обавља један приватноправни субјект касније сматрају делатностима од јавног интереса. Стога, једва да је могуће оправдати да су запослени

¹²²⁴ Тако је, примера ради, у предмету *Allen* постављено питање примене Директиве на две подружнице које припадају истој корпорацији, те самим тим имају истог власника, управу, канцеларије и основну делатност. Ове две подружнице нису желеле да прихвате да се њихови запослени могу позвати на права загарантована Директивом 98/2/50/EЗ у случају преноса радних места са једне на другу подружницу, јер је, у сврху примене Директиве, свака подружница морала бити посматрана као појединачно предузеће. Овај аргумент је заснован на аналогiji са предметом *Viho* у којем је Суд сматрао да уговор о дистрибуцији који су потписале две компаније које припадају истој корпоративној групацији не може бити посматран у светлу примене члана 81 Уговора о оснивању Европских заједница. Међутим, Суд је недвосмислено одбио да прихвати аналогiju између предмета *Viho* и предмета *Allen* уз став да „за потребе примене одредби закона о заштити конкуренције, делатности које мајка компанија и њене филијале имају на тржишту имају приоритет у односу на формално раздвајање ових компанија“. Пресуда у предмету бр. C-234/98 (*G. C. Allen and Others v. Amalgamated Construction Co. Ltd*) од 8. јула 1999. године (*European Court Reports* 1999, 383); Пресуда у предмету бр. C-73/95 (*Viho Europe BV v. Commission of the European Communities*) од 24. октобра 1996. године (*European Court Reports* 1996, 405).

¹²²⁵ Пресуда у предмету бр. C-298/94 (*Annette Henke v. Gemeinde Schierke and Verwaltungsgemeinschaft Brocken*) од 15. октобра 1996. године (*European Court Reports* 1996, 382), параграф 17.

који обављају ове делатности заштићени Директивом, а затим, након промене погледа на јавни карактер делатности, више не уживају ту заштиту“.¹²²⁶ Коначно, упитно је какав би био правни положај запослених у случају да се све делатности органа јавне власти - и административне и економске - пренесу на други субјект. Пример који је општи правобранилац Lenz навео тиче се приватизације затвора.¹²²⁷ Приватизација одређених услуга у оквиру затворског система није новост, имајући у виду да су неки затвори и раније потписивали уговор са предузећима која пружају медицинске, саветодавне или услуге у области образовања. Међутим, приватизација целокупне затворске установе представља потпуну новину у модерном затворском систему, а чињеница да неке затворе данас граде приватне корпорације изазвала је забринутост.¹²²⁸ Узевши у обзир да затвори представљају установе које врше јавна овлашћења, врло је вероватно да се, на основу постојеће судске праксе, Директива 2001/23/ЕЗ не би примењивала уколико би државни орган пренео управљање затвором на приватноправни субјект. Међутим, став научне и стручне јавности је да би одредбе Директиве 2001/23/ЕЗ требало примењивати и у овом случају, јер је примарни циљ ове Директиве заштита права запослених у случају промене послодавца.¹²²⁹ Стога би подручје њене примене требало одредити без обзира на правну природу субјектата који врше пренос предузећа - јавноправну или приватноправну - и без обзира на то да ли обављају привредну делатност или врше јавна овлашћења, јер је то једини начин да се у потпуности заштите права запослених. Ово посебно из разлога што се стриктна подела на приватни и јавни сектор не може извршити, поготово ако се узме у обзир временска димензија. Ове две теоријски подељене сфере се константно преплићу, а садржаји појмова и института који су из различитих области друштвеног живота се временом мењају. Осим тога, аргумент да разлика у природи радног односа оправдава став да се Директива 2001/23/ЕЗ не може примењивати на запослене у јавном сектору није прихватљив. Специфичност правног режима радних односа у органима јавне власти не би требало да за последицу има то да лица која су запослена лица у њима буду мање

¹²²⁶ Opinion of Mr Advocate General Lenz delivered on 11 June 1996 (*European Court Reports* 1996, 230), параграф 29.

¹²²⁷ *Ibid.*, параграфи 25-26 и 28.

¹²²⁸ Norval Morris, „The Contemporary Prison“, у: David Rothman, Norval Morris (eds), *The Oxford History of the Prison: the Practice of Punishment in Western Society*, Oxford University Press, Oxford, 1998, 227. Наведено према: A. Garde, „The Public Sector as a Good Employer: The Application of the Acquired Rights Directive to Public Authorities“, 161.

¹²²⁹ Видети, примера ради: A. Garde, „The Public Sector as a Good Employer: The Application of the Acquired Rights Directive to Public Authorities“, 162; A. Garde, „Recent Developments in the Law Relating to Transfers of Undertakings“, 536; Opinion of Mr Advocate General Lenz delivered on 11 June 1996 (*European Court Reports* 1996, 230).

заштићена од лица која су запослена у приватном сектору. Такође, ова специфичност (у односу на општи режим радних односа) није довољно оправдање за непримењивање начела очувања запослења у случајевима када се пренос предузећа врши између послодаваца који припадају различитим секторима, посебно ако се има у виду да су радни односи у већини земаља јединствени, „без обзира на то о којој врсти радних односа је реч и код ког послодавца се посао извршава“.¹²³⁰ Суд је управо то и потврдио својим ставом да правна форма носиоца предузећа није релевантна приликом доношења одлуке о томе да ли ће се Директива 2001/23/ЕЗ примењивати или не. Имајући у виду наведено, мишљења смо да би требало уважити алтернативни приступ који је предложио општи правобранилац Lenz у случају *Henke*,¹²³¹ а према којем би основни критеријум приликом доношења одлуке о томе да ли ће се одредбе Директиве 2001/23/ЕЗ примењивати на јавни сектор требало да буде примарни циљ Директиве, а то је заштита права запослених у случају промене послодавца. Овакав приступ би, уосталом, био у складу са оригиналним чланом 1(1) Директиве 77/187/ЕЕЗ који није правио никакву разлику између јавноправних и приватноправних послодаваца, као ни разлику између вршења јавних овлашћења и обављања привредне делатности. Уосталом, то је приступ које су неке државе чланице Европске уније, попут Шведске,¹²³² Чешке¹²³³ и Естоније,¹²³⁴ већ примениле у свом законодавству. Искључење примене Директиве 2001/23/ЕЗ би, дакле, било оправдано једино у случају реорганизације органа јавне власти (државних органа, органа аутономне покрајине и локалне самоуправе) и преноса јавних функција међу њима, будући да органи јавне власти немају статус правног лица, па самим тим ни статус послодавца, услед чега (у овом случају) и не може доћи до промене правног идентитета послодавца што је примарни услов за активирање заштите запослених у складу са одредбама Директиве 2001/23/ЕЗ.

¹²³⁰ Радоје Брковић, Бојан Урдаревић, *Радно право са елементима социјалног права*, ЈП „Службени гласник“, Београд, 2020, 78.

¹²³¹ Opinion of Mr Advocate General Lenz delivered on 11 June 1996 (*European Court Reports* 1996, 230), параграф 30.

¹²³² Шведски Закон о заштити запослења (Lag (1982:80) om anställningsskydd, LAS), члан 6б.

¹²³³ Чешки Законик о раду (Zákoník práce, Zákon č. 262/2006 Sb.), чланови 343-345а.

¹²³⁴ Естонски Закон о уговорима о раду (Töölepingu seadus, RT I 2009, 5, 35), члан 6.

3.3. Пренос предузећа у стечајном поступку

Директива 77/187/ЕЕЗ о приближавању закона држава чланица у вези са заштитом права запослених у случају преноса предузећа, пословања или делова пословања представљала је законодавни одговор на забринутост због утицаја реструктурирања предузећа - које се одвијало крајем седамдесетих година на целој територији Заједнице - на погођене запослене. Примарна сврха ове Директиве, као што смо напред видели, била је „да се осигура заштита запослених у случају промене послодавца, посебно [...] заштита њихових права“.¹²³⁵ Поред тога, она је осмишљена да постигне одређени економски циљ који је, како је Barnard утврдио, „помагао процес реструктурирања, омогућавајући да се појаве конкурентнија и ефикаснија предузећа. Због тога, управљачко право (послодавца - М. Д.) на реструктурирање и отпуштање запослених никада није доведено у питање“,¹²³⁶ али је Директивом, ипак, било спутано, и то, пре свега, увођењем правила о *ex lege* преносу са послодавца претходника на послодавца следбеника свих права и обавеза послодавца претходника који произилазе из уговора о раду или из радних односа постојећих на дан преноса. Питање важења овог правила у случају преноса предузећа инсолвентног послодавца није, међутим, било регулисано Директивом 77/187/ЕЕЗ, иако представља једно од најпроблематичнијих питања материјалног подручја њене примене. Проблем који настаје у контексту преноса предузећа инсолвентног привредног субјекта је успостављање равнотеже између стечених права запослених у инсолвентној компанији и интереса других поверилаца. С једне стране, правна позиција запослених у инсолвентној компанији је, вероватно, најугроженија. С друге стране, увођење заштите запослених у случају преноса предузећа са инсолвентног послодавца на треће лице у литератури је доста критиковано са образложењем да подрива стечајни поступак и омета процес „корпоративног спашавања“.¹²³⁷ Тако, према наводима Collins-а, могућност преузимања обавеза повезаних са уговорима о раду (попут новчаних накнада у виду компензације за незаконите отказе и друга стечена права запослених или задржавање запослених са постојећим нивоом зараде) може или одвратити потенцијалне купце од куповине инсолвентног предузећа или учинити да продавац снизи цену коју би потенцијални

¹²³⁵ Директива 77/187/ЕЕЗ, уводна изјава 5 преамбуле.

¹²³⁶ С. Barnard, *op. cit.*, 577.

¹²³⁷ Hugh Collins, „Transfer of Undertakings and Insolvency“, *Industrial Law Journal*, vol. 18, број 3/1989, 144-158.

купци били спремни да плате.¹²³⁸ У првом случају, уколико се не нађе купац, повериоци би вероватно преферирали да се имовина предузећа прода у деловима, а не као континуирано пословање. Као последица тога, целокупна радна снага би била отпуштена, а примена Директиве 77/187/ЕЕЗ имала би супротан ефекат од оног ради којег је усвојена. У другом случају, у којем купац плаћа мање за пренесено предузеће, имовина у рукама продавца била би умањена на штету његових поверилаца.¹²³⁹ Имајући у виду наведено, улога Суда правде у Луксембургу је у овој првој фази, пре доношења релеватних законских одредаба, била кључна. На позив држава чланица да одлучи да ли се подручје примене Директиве 77/187/ЕЕЗ може проширити на ситуацију у којој је послодавац претходник проглашен инсолвентним, Суд је покушао да (заједно са националним судовима) детаљно протумачи Директиву како би обезбедио, или бар покушао да обезбеди, да се равнотежа између интереса запослених и осталих поверилаца одмери у корист заштите права запослених. У другој фази, национални судови су морали да примене принципе утврђене у пракси Суда правде у домаћим стечајним поступцима, при чему су то чинили на различите начине. Тако су, примера ради, италијански судови водили директан дијалог са Судом правде. Они су се често обраћали Суду за претходне пресуде и чинили значајне напоре да протумаче постојеће национално законодавство у светлу пресуда Суда правде. Британски судови, пак, нису упућивали никаква питања Суду правде у циљу доношења прелиминарне одлуке, али су тумачили национално право у складу са праксом овог Суда, прилагођавајући је националним специфичностима.¹²⁴⁰ Резултат оваквог дијалога националних суда и Суда правде била је Новела Директиве 98/50/ЕЗ. Њоме је модификована Директива 77/187/ЕЕЗ, тако што је уведена доста флексибилна одредба о примени предметне Директиве на преносе предузећа у стечајном поступку. Касније су обе Директиве консолидоване у Директиву 2001/23/ЕЗ, без икаквих суштинских измена у односу на измене уведене 1998. године, а државе чланице су (услед велике дискреције која им је остављена по овом питању) увеле националне имплементационе мере које се међусобно значајно разликују. Имајући у виду наведено, у наставку рада говорићемо о преносу предузећа у стечајном поступку, управо пратећи ове фазе легислативне историје правила о заштити запослених у случају промене инсолвентног послодавца.

¹²³⁸ H. Collins, „Transfer of Undertakings and Insolvency“, 157-158.

¹²³⁹ G. S. Massara, *op. cit.*, 8.

¹²⁴⁰ *Ibid.*, 4.

3.3.1. Примена Директиве 77/187/ЕЕЗ на преносе предузећа инсолвентних послодаваца у пракси Суда правде у Луксембургу

Будући да Директива 77/187/ЕЕЗ није садржала ниједну одредбу која би изричито регулисала положај запослених у случају преноса предузећа са инсолвентног послодавца на друго лице, Суд правде је, у неколико својих пресуда, покушао да дефинише подручје примене Директиве у стечајном поступку. Тако је, најпре, у случају *Abels* позван да одлучи да ли се делокруг Директиве може проширити на ситуацију у којој је послодавац претходник инсолвентан или му је одобрена судска обустава исплате дугова (хол. *surseance van betaling*) у складу са холандским законодавством. Суд је, најпре, нагласио да се концепт „правног преноса“ разликује у стечајном законодавству различитих држава чланица.¹²⁴¹ Тако, док поједине државе чланице сматрају да је у одређеним околностима продаја извршена у контексту стечајног поступка уобичајена уговорна продаја, чак и ако је судска интервенција прелиминарни услов за закључење таквог уговора, у другим правним системима продаја се сматра мером коју је одобрио орган јавне власти. С обзиром на те разлике, Суд је оценио да се обим концепта „правног преноса“ не може проценити само на основу језичког тумачења Директиве 77/187/ЕЕЗ. Његово значење мора бити разјашњено у светлу циљева ове Директиве и њеног места у правном систему заједнице у односу на правила о инсолвентности.¹²⁴² У том смислу, Суд је приметио да за разлику од Директиве 77/187/ЕЕЗ, чији је циљ да обезбеди да реструктурирање предузећа на заједничком тржишту не штети запосленима у дотичним предузећима, стечајно законодавство карактеришу посебни поступци који имају за циљ одмеравање различитих укључених интереса, посебно интереса различитих класа поверилаца. Сходно томе, у свим државама чланицама, као и у самој Заједници, постоје посебна правила стечајног поступка којима се може, барем делимично, одступити од других одредби опште природе, укључујући и одредбе радног и социјалног права. Поред тога, правила о поступцима банкротства и аналогним поступцима веома се разликују у различитим државама чланицама.¹²⁴³ Из тих разлога, Суд је закључио да „ако је Директива имала за циљ да у своје подручје примене укључи и преносе предузећа у контексту таквих

¹²⁴¹ Пресуда у предмету бр. С-135/83 (*H. B. M. Abels v. The Administrative Board of the Bedrijfsvereniging voor de Metaalindustrie en de Electrotechnische Industrie*) од 7. фебруара 1985. године (*European Court Reports* 1985, 55).

¹²⁴² *Ibid.*, параграфи 10-13.

¹²⁴³ *Ibid.*, параграфи 14-15.

поступака, у њен текст би била унесена изричита одредба о томе“.¹²⁴⁴ Поред тога, Суд је признао да није јасно да ли би примена Директиве 77/187/ЕЕЗ на поступак банкротства или сличне поступке била повољна или штетна за интересе запослених. С једне стране, запослени чији је послодавац проглашен инсолвентним су управо они којима је заштита најпотребнија. С друге стране, такво проширење подручја примене Директиве могло би одвратити потенцијалног купца од куповине предузеће под условима прихватљивим за његове повериоце, који би у таквом случају радије продали имовину предузећа одвојено. То би значило губитак свих радних места у предузећу, што умањује корисност Директиве. Стога, по оцени Суда, Директива 77/187/ЕЕЗ не намеће државама чланицама обавезу да прошире правила о преносу предузећа на стечајне поступке покренуте са циљем ликвидације имовине послодавца претходника под надзором надлежног судског органа. Ипак, како је појаснио Суд, државе чланице су слободне да у тој ситуацији примене принципе Директиве 77/187/ЕЕЗ, у потпуности или делимично, на основу свог националног законодавства.¹²⁴⁵

У погледу примене Директиве 77/187/ЕЕЗ на поступке реорганизације, попут холандског судског допуштења обуставе исплате дугова („*surseance van betaling*“), Суд је приметио да овакви поступци имају одређена заједничка обележја са поступцима банкротства, посебно што су оба судске природе. Они се, међутим, разликују од поступка банкротства утолико што је надзор који суд врши над покретањем и током овог поступка ограниченији. Штавише, поступци реорганизације, према мишљењу Суда, имају за циљ заштиту имовине инсолвентног предузећа и, тамо где је то могуће, наставак пословања предузећа путем колективне обуставе исплате дугова у циљу постизања нагодбе која ће осигурати да предузеће настави са радом у будућности. Тек када такав наставак није могућ, поступци ове врсте могу довести до тога да стечајни дужник оде у банкротство. Из тих разлога, по оцени Суда, Директива 77/187/ЕЕЗ се примењује када се предузеће, посао или део посла пренесе на другог послодавца током поступка као што је „*surseance van betaling*“.¹²⁴⁶

Свој став изнет у случају *Abels*, Суд је потврдио у још три пресуде донесене истог дана.¹²⁴⁷ Након тих пресуда, владајуће уверење било је да су сви преноси који се

¹²⁴⁴ *Ibid.*, параграф 17.

¹²⁴⁵ *Ibid.*, параграфи 20-24.

¹²⁴⁶ *Ibid.*, параграфи 25-30.

¹²⁴⁷ Пресуда у предмету бр. C-19/83 (*Knud Wendelboe and others v. L.J. Music ApS, in liquidation*) од 7. фебруара 1985. године (*European Court Reports* 1985, 54); Пресуда у предмету бр. C-179/83 (*Industriebond FNV and Federatie Nederlandse Vakbeweging (FNV) v. The Netherlands State*) од 7. фебруара 1985. године

односе на стечајне поступке изузети из подручја примене Директиве 77/187/ЕЕЗ, будући да обим изузећа није био довољно прецизан и јасан. Ту нејасноћу, Суд је разјаснио у случају *D'Urso*,¹²⁴⁸ у којем је требало да одлучи о примени Директиве 77/187/ЕЕЗ на преносе предузећа који су подвргнути италијанском поступку „посебне управе“. У анализи овог питања, Суд се позвао на своју ранију пресуду у случају *Abels*, извлачећи као закључак да је пресудни тест за утврђивање да ли се Директива 77/187/ЕЕЗ примењује или не, била сврха предметног стечајног поступка. У том смислу, по оцени Суда, „ако се о наставку пословања не донесе одлука или ако је истекао период важења одлуке којом се предузећу дозвољава да настави пословање, поступак стечаја се спроводи продајом целокупне имовине стечајног дужника, како би се остварило најповољније намирење поверилаца“, а „трансфери извршени према овом законском оквиру су последично изузети из подручја примене Директиве“. ¹²⁴⁹ С друге стране, када стечајно законодавство овлашћује предузеће да настави пословање под надзором ревизора, примарна сврха тог поступка је дати предузећу одређену стабилност што омогућава заштиту његовог будућег пословања. Будући да тако остварени социјални и економски циљеви не могу објаснити нити оправдати губитак сигурности запослења, Суд је закључио да се Директива 77/187/ЕЕЗ у овом случају примењује.¹²⁵⁰

Оваквим тумачењем, Суд је, дакле, јасно ставио до знања да није степен контроле коју спроводи судска или управна власт над стечајним поступком оно што одређује да ли се Директива 77/187/ЕЕЗ примењује или не, већ је то сврха предметног стечајног поступка. Када се стечајни поступак спроводи у правцу банкротства стечајног дужника продајом целокупне имовине ради задовољења поверилаца, Директива 77/187/ЕЕЗ се не примењује. Такав поступак генерално карактерише врло широка судска контрола, која спречава дужника да врши овлашћење управљања својом имовином у циљу њене заштите и заштите интереса поверилаца. Међутим, када се стечајним поступком настоје решити привремене финансијске потешкоће како би се предузећу омогућило да настави пословање, Директива се примењује. Уопштено говорећи, у поступцима реорганизације, судска контрола је ограничена по обиму, без спречавања дужника да управља својом имовином. И поступак реорганизације може

(*European Court Reports* 1985, 57); Пресуда у предмету бр. C-186/83 (*Arie Botzen and others v. Rotterdamsche Droogdok Maatschappij BV*) од 7. фебруара 1985. године (*European Court Reports* 1985, 58).

¹²⁴⁸ Пресуда у предмету бр. C-362/89 (*Giuseppe d'Urso, Adriana Ventadori and others v. Ercole Marelli Elettromeccanica Generale SpA and others*) од 25. јула 1991. године (*European Court Reports* 1991, 326).

¹²⁴⁹ *Ibid.*, параграф 31.

¹²⁵⁰ *Ibid.*, параграф 32 и 34.

резултирати ликвидацијом имовине послодавца претходника, али та околност, према ставу Суда, није довољна да искључи примену Директиве 77/187/ЕЕЗ. Имајући у виду наведено, не би било тачно закључити да је Суд само потврдио свој претходни приступ заузет у случају *Abels*. Уместо тога, случај *D'Urso* се може сматрати „јачањем његове претходне позиције“.¹²⁵¹ Суд је, како наводи Leccese, „предузео (нечујно) још један корак ка проширењу подручја примене Директиве“.¹²⁵²

У истом дискурсу је била још једна одлука Суда правде, донесена у белгијском случају *Déthier Equipment*,¹²⁵³ у којој је Суд био дужан да пружи аргументе о (не)примени Директиве 77/187/ЕЕЗ у случају преноса предузећа у поступку судске ликвидације, али и о природи разлике између стечајног поступка (који се спроводи банкротством) и поступка ликвидације солвентног привредног друштва.¹²⁵⁴ Из информација које је белгијски суд доставио Суду правде, било је јасно да је циљ белгијског поступка судске ликвидације, престанак солвентног привредног друштва продајом његове имовине у корист самог друштва и, супсидијарно, било ког повериоца. Иако ликвидација може бити фаза која претходи инсолвентности, она се, такође, може догодити, како наводи белгијска Влада, када чланови више не желе да сарађују. У том смислу, иако циљеви судске ликвидације понекад могу бити слични циљевима стечајног поступка, то није нужно случај, јер се ликвидациони поступак може користити кад год се жели привести крају пословање привредног субјекта.¹²⁵⁵ Према референци белгијског суда, у случају судске ликвидације, ликвидациони управник је (иако именован од стране суда) орган привредног друштва, који продаје његову

¹²⁵¹ Vito Leccese, „Italian Courts, the ECJ and Transfers of Undertakings: A Multi-Speed Dialogue?“, *European Law Journal*, vol. 5, број 3/1999, 315-320.

¹²⁵² *Ibid.*

¹²⁵³ Пресуда у предмету бр. C-319/94 (*Jules Dethier Équipement SA v. Jules Dassy and Sovam SPRL*) од 12. марта 1998. године (*European Court Reports* 1998, 99).

¹²⁵⁴ О примени Директиве 77/187/ЕЕЗ на пренос предузећа у поступку добровољне ликвидације Суд правде је, пак, одлучивао у предмету *Europièces*. У овом случају, национални суд упутио је Суду правде питање да ли се Директива примењује када је компанија у поступку добровољне ликвидације пренела целокупну или део своје имовине на другу компанију. Као што је Суд нагласио, добровољна ликвидација је у суштини слична судској ликвидацији, осим чињенице да акционари, а не суд, доносе одлуку о ликвидацији предузећа, именују ликвидационог управника и утврђују његова овлашћења. Према томе, по мишљењу Суда, барем у неким процедуралним аспектима, добровољна ликвидација има још мање заједничког са поступком банкротства него судска ликвидација. Према томе, разлози због којих је Суд у *Dethier Équipement* сматрао да се Директива примењује на трансфере који су се догодили када је суд ликвидирао неко предузеће били су утолико релевантнији када је предузеће које је пренесено добровољно ликвидирао. У светлу горе наведеног, Суд је закључио да се Директива 77/187/ЕЕЗ примењује на пренос предузећа који се догоди у поступку добровољне ликвидације, према релевантном белгијском закону. Пресуда у предмету бр. C-399/96 (*Europièces SA v. Wilfried Sanders and Automotive Industries Holding Company SA*) од 12. новембра 1998. године (*European Court Reports* 1998, 532).

¹²⁵⁵ Пресуда у предмету бр. C-319/94 (*Jules Dethier Équipement SA v. Jules Dassy and Sovam SPRL*) од 12. марта 1998. године (*European Court Reports* 1998, 99), параграф 26-27.

имовину под надзором скупштине друштва, при чему не постоји посебан судски поступак за утврђивање обавеза друштва, а поверилац може, по правилу, принудно извршити свој дуг према предузећу и добити пресуду против њега. Супротно томе, у случају инсолвентности, стечајни управник је трећа страна у односу на компанију, а имовину продаје под надзором суда. Осим тога, обавезе предузећа утврђују се у посебном судском поступку и појединачна извршења су забрањена.¹²⁵⁶ Стога је, по оцени Суда, очигледно да је ситуација предузећа које је суд ликвидирао значајно различита од ситуације предузећа које је предмет стечајног поступка, а разлози због којих је Суд у ранијим предметима донео пресуду о непримењивању Директиве 77/187/ЕЕЗ у последњој ситуацији могу бити одсутни у случају преноса предузећа који се догоди у току поступка судске ликвидације. То ће бити случај када послодавац претходник послује за време трајања поступка ликвидације све до његовог окончања и, након тога, односно прода предузеће као континуирано пословање трећем лицу. У таквим околностима осигурава се континуитет пословања приликом преноса предузећа.¹²⁵⁷ Стога, нема оправдања за лишавање запослених права која им Директива 77/187/ЕЕЗ гарантује, односно нема разлога за искључење примене Директива у случају преноса предузећа које је суд ликвидирао, под условом да настави да послује.

3.3.2. Регулисаност преноса предузећа у стечајном поступку у Новели Директиве 98/50/ЕЗ

Након наведених пресуда Суда правде у Луксембургу, било је мало консензуса. Приступ који је Суд заузео у случају *Abels* у литератури је описан као „крајње незадовољавајући и чак нескладан“,¹²⁵⁸ а образложење које стоји иза закључка „прилично слаби“. ¹²⁵⁹ Будући да је сам Суд признао да постоји неизвесност у вези са ефектима примене Директиве у случају инсолвентности послодавца, онда је, самим тим, постојао ризик да Суд својим тумачењем, супротно Уговору о оснивању Европске заједнице, лиши заштите оне којима је она најпотребнија. У том смислу, посебно је критикована разлика коју је Суд повукао између стечаја који се спроводи

¹²⁵⁶ *Ibid.*, параграф 29.

¹²⁵⁷ *Ibid.*, параграф 31.

¹²⁵⁸ Paul Davies, „Acquired Rights, Creditors’ Rights, Freedom of Contract and Industrial Democracy“, *Yearbook of European Law*, vol. 9, број 1/1989, 45.

¹²⁵⁹ *Ibid.*, 46.

реорганизацијом и стечаја који се спроводи банкротством инсолветног друштва.¹²⁶⁰ Аргумент за непримењивање Директиве 77/187/ЕЕЗ у потоњем случају је био тај што би обавезан пренос уговора о раду могао потенцијалног купца одвратити од куповине предузећа и довести до продаје имовине у деловима. Међутим, избор између продаје предузећа као континуираног пословања или његове продаје у деловима лежи на стечајном управнику, и не зависи од правца у којем се стечајни поступак води. Стечајни управник ће одабрати начин уновчења којим се остварује најповољније колективно намирење повериоца, без обзира да ли се стечајни поступак креће у правцу банкрота или реорганизације. Другим речима, и у поступку банкрота може доћи до продаје предузећа као континуираног пословања, као што и поступак реорганизације може бити окончан продајом имовине у деловима. Стога је тешко разумети зашто аргумент за примену Директиве 77/187/ЕЕЗ важи у случају реорганизације или ликвидације солвентног друштва, а не важи у случају банкрота, и обрнуто. Осим тога, према наводима критичара, широко тумачење подручја примене Директиве 77/187/ЕЕЗ је у пракси резултирао ситуацијом у којој је Директива која је осмишљена да делимично олакша пренос предузећа, деловала као одвраћање од таквих преноса.¹²⁶¹ Коначно, овакво тумачење Суда правде се сматрало супротном тренутним захтевима политике запошљавања за већом флексибилношћу рада.

Критике Директиве 77/187/ЕЕЗ и протекционистички приступ који је усвојио Суд - чије су одлуке учиниле Директиву још контроверзнијом - довеле су до другог и

¹²⁶⁰ *Ibid.*

¹²⁶¹ Критике су нарочито долазиле од италијанских писаца, који су приметили да је поступак „посебне управе“ врло сличан поступку банкрота. Његова сврха је спасавање делова дотичног предузећа који су у основи здрави, и то преносом власништва на имовини предузећа - али не и његових дугова - са инсолвентног преносиоца на стицаоца. Као и у поступку банкрота, поступак се заснива на немогућности подмиривања обавеза и укључује пренос имовине. Пре него што се донесе одлука о покретању поступка, суд мора прогласити стање инсолвентности или неисплаћивања зарада. И у овом поступку се врши велика јавна контрола над почетком и током поступка. Једина разлика је у томе што у поступку банкрота контролу врши суд, а у поступку „посебне управе“ управни орган. Међутим, у посебном управном поступку, у првој фази је неопходна и судска интервенција. Овлашћења располагања и управљања стечајним дужником који су предмет поступка „посебне управе“ слична су овлашћењима управника у случају кад се над предузећем спроводи банкротство. То значи да стечајни дужник губи сва овлашћења располагања и управљања предузећем која се преносе на ревизора. Стога је, по мишљењу италијанских писаца, поступак „посебне управе“ требало третирати као поступак банкрота, чак и ако је предузеће под „посебном управом“ имало овлашћење да настави пословање. У прилог својих ставаова, они су навели да је италијански Врховни суд (*Corte Costituzionale*), у неколико наврата, заузимао став да је поступак „посебне управе“ аналоган поступку банкрота и признао да су ефекти у погледу поверилаца исти у оба поступка. Ако се „посебна управа“ не би третирао на начин аналоган поступку банкрота, тада би дужници тражили примену поступка банкрота, уместо поступка „посебне управе“, како би избегли примену Директиве 77/187/ЕЕЗ. То би штетило радницима, јер поступак „посебне управе“, а не поступак банкрота, има за циљ очување радних места. Видети: Roberto Romei, „Il trasferimento dell'azienda in crisi dinanzi alla Corte di Giustizia delle Comunità europee“, *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 1995, 492.

тешког процеса њене ревизије. Након жестоких критика почетних предлога од стране Европског парламента, Новела Директиве 98/50/ЕЗ је коначно усвојена 1998. године. Новела Директиве није тежила радикалној промени подручја примене и сврхе првобитне Директиве 77/187/ЕЕЗ, већ је настојала да консолидује праксу Суда правде.¹²⁶² Међутим, једно од подручја у којем су извршене значајне промене био је пренос предузећа инсолвентног послодавца. Пре свега, уведен је нови члан (4а), којим је прихваћена разлика која је у пракси Суда правде повучена између ликвидације инсолвентних привредних друштава и других начина престанка њиховог постојања. Будући да наведени члан (4а) у садржинском смислу није мењан ни каснијом Директивом 2001/23/ЕЗ, већ је само извршена пренумерација чланова (сада члан 5), он и сада представља део позитивног радног права Европске уније. Наведени члан омогућава државама чланицама да искључе примену (чланова 3 и 4) Директиве 2001/23/ЕЗ, осим ако не одлуче другачије, у случајевима преноса предузећа, пословања или дела предузећа или пословања „кад послодавац претходник подлеже стечајном или сличном поступку у случају инсолвентности који је покренут с циљем ликвидације имовине послодавца претходника и под надзором је надлежног јавног тела (које може бити стечајни управник овлашћен од стране надлежног јавног тела)“.¹²⁶³ То практично значи да се примена Директиве може искључити уколико се стечајни поступак креће у правцу банкротства инсолвентног послодавца, али не и уколико је циљ стечајног поступка његова реорганизација, односно наставак пословања. Тешкоћа оваквог разликовања је у томе што се „фокусира на крајњу судбину послодавца претходника, а не на положај запослених и послодавца следбеника у случају када се продају одрживи делови пословања, што је централна карактеристика сваког поступка за решавање инсолвентности, било банкротством или на други начин“.¹²⁶⁴ Осим тога, постоји и проблем уређивања правног положаја запослених за време док се не утврди у ком ће се правцу стечајни поступак спроводити, будући да то не мора увек бити познато у тренутку његовог отварања. Као резултат таквог приступа, послодавци ће имати подстицај да покрену поступак банкротства уместо других поступака чији је циљ спасавање предузећа. Ефекат примене наведеног члана, стога, може бити потпуно супротан основном циљу Директиве 2001/23/ЕЗ да се осигура заштита запослења.

¹²⁶² G. S. Massara, *op. cit.*, 43.

¹²⁶³ Новела Директиве 98/50/ЕЗ, члан 4а(1). У консолидованој верзији Директиве 2001/23/ЕЗ, члан 5(1).

¹²⁶⁴ Paul Davies, „Amendments to the Acquired Rights Directive Council Directive 98/50/EC amending Directive 77/187/EEC on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses (OJ 1998 L 201/88, 17.7.1998)“, *Industrial Law Journal*, vol. 27, број 4/1998, 365–368.

Међутим, искључење примене Директиве 2001/23/ЕЗ на пренос предузећа кад је послодавац претходник предмет стечајног поступка није обавезно, већ је ствар избора сваке државе чланице. Уколико се државе чланице одреде за примену Директиве 2001/23/ЕЗ на пренос предузећа за време стечајних поступака (без обзира јесу ли (или нису) ти поступци покренути с циљем ликвидације имовине послодавца претходника), Директива пружа две могућности. Прво, државе чланице могу одредити да се „дугови послодавца претходника на темељу уговора о раду или радног односа, који су били плативи пре преноса или пре почетка стечајног поступка, не преносе на послодавца следбеника“.¹²⁶⁵ Да би искористиле такву могућност, државе чланице морају обезбедити да тај поступак буде „темељ за заштиту која је најмање једнака оној која је предвиђена за ситуације на које се односи Директива Савета 80/987/ЕЕЗ од 20. октобра 1980. године о усклађивању законодавстава држава чланица о заштити запослених у случају инсолвентности послодавца“.¹²⁶⁶ То, у суштини значи, да се предузеће може ослободити дугова који произилазе из уговора о раду, па ће послодавац претходник моћи да га прода по вишој цени у корист својих поверилаца. Стога се ова опција сматра „једноставним преносом богатства са запослених на повериоце послодавца претходника“.¹²⁶⁷ Захтев за поштовањем Директиве 80/987/ЕЕЗ не помаже много, јер је ниво заштите загарантован овом Директивом изузетно низак.¹²⁶⁸

Поред или уместо ове опције, Директива 2001/23/ЕЗ пружа државама чланицама још једну могућност, а то је да одреде да „послодавац следбеник, послодавац претходник или лице или лица у функцији послодавца претходника на једној страни, и представници запослених на другој страни могу договорити, у оној мери у којој то допушта важеће законодавство или пракса, измене одредаба и услова запослења запослених којима је циљ заштита могућности запошљавања, тако да се осигура опстанак предузећа, пословања или дела предузећа или пословања“.¹²⁶⁹ Наведену могућност државе чланице могу искористити и у случају „кад је послодавац претходник у стању озбиљне економске кризе како је одређује национално право, под

¹²⁶⁵ Новела Директиве 98/50/ЕЗ, члан 4а(2). Ваља приметити да се у овом члану употребљава реч „дугови“, за разлику од члана 3(1) који користи термин „обавезе“, што сугерише да се из *ex lege* преноса могу искључити само доспели и обрачунати износи, као што су неисплаћене зараде или накнаде зарада за годишњи одмор. G. G. S. Massara, *op. cit.*, 44-45.

¹²⁶⁶ Новела Директиве 98/50/ЕЗ, члан 4а, параграф 2(а); у консолидованој верзији Директиве 2001/23/ЕЗ, члан 5, параграф 2(а).

¹²⁶⁷ P. Davies, *op.cit.*, 368.

¹²⁶⁸ Према Директиви 80/987/ЕЕЗ о инсолвентности послодавца, државе чланице могу ограничити обавезе фонда и у погледу времена и у погледу нивоа исплате.

¹²⁶⁹ Новела Директиве 98/50/ЕЗ, члан 4а, параграф 2(б); у консолидованој верзији Директиве 2001/23/ЕЗ, члан 5, параграф 2(б).

условом да је такво стање објавило надлежно јавно тело и да је омогућен судски надзор“.¹²⁷⁰ Ово решење изненађује, будући да се њиме модификује принцип обавезног преноса уговора о раду, под постојећим условима и одредбама. Осим тога, могућност измене уговорених услова рада одлучно је одбацио Суд правде Европске уније,¹²⁷¹ оценивши „да се запослени не може одрећи права која су му додељена обавезним одредбама Директиве 77/187/ЕЕЗ чак и ако су недостаци који настану због његовог одрицања надокнађени таквим предностима да, узимајући ствар у целину, он не буде доведен у лошији положај“.¹²⁷² Слично овоме, британски судови су утврдили да, ако постоји пренос предузећа и запослени буду премештени, њихови услови рада се не могу мењати законито из разлога повезаних са преносом, чак и ако запослени пристану на измену и без обзира на то колико дуго након преноса се врши измена.¹²⁷³ Нова одредба члана 4а Новеле Директиве 98/50/ЕЗ (сада члана 5 Директиве 2001/23/ЕЗ) одступа о општег правила од *ex lege* преносу свих права и обавеза које произилазе из уговора о раду, односно радних односа постојећих на дан преноса предузећа, са циљем уношења одређене флексибилности и олакшавања спашавања привредних субјеката који су у финансијским тешкоћама. Притом, ваља нагласити да су споразумне измене уговора о раду, сходно наведеној одредби, дозвољене само у случајевима када је предузеће већ предмет стечаја или је у стању озбиљне економске кризе, при чему сврха измена мора бити осигуравање опстанка предузећа. Па ипак, у литератури је изражена забринутост због великог степена флексибилности и преговарачке моћи послодавца који могу произаћи из ове одредбе.¹²⁷⁴ Да је ту забринутост осетио и европски законодавац указује нам и посебна одредба садржана у члану 5, став 4 Директиве 2001/23/ЕЗ која предвиђа да „државе чланице имају обавезу да предузимају примерене мере с циљем спречавања злоупотребе поступака у случају инсолвентности ради којих би запослени били ускраћени за права која им припадају по овој Директиви“.

¹²⁷⁰ Новела Директиве 98/50/ЕЗ, члан 4а, параграф 3; у консолидованој верзији Директиве 2001/23/ЕЗ, члан 5, параграф 3.

¹²⁷¹ Видети, примера ради, пресуду у предмету бр. С-324/86 (*Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v. Daddy's Dance Hall A/S*) од 10. фебруара 1988. године (*European Court Reports* 1988, 72) и пресуду у предмету бр. С-209/91 (*Anne Watson Rask and Kirsten Christensen v. Iss Kantineservice A/S*) од 12. новембра 1992. године (*European Court Reports* 1992, 436).

¹²⁷² Пресуда у предмету бр. С-324/86 (*Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v. Daddy's Dance Hall A/S*) од 10. фебруара 1988. године (*European Court Reports* 1988, 72), параграф 18.

¹²⁷³ Vivien Shruballs, „Employment Rights and Business Transfers - Changes to the Acquired Rights Directive“, *Web Journal of Current Legal Issues*, 1998; http://webjcli.ncl.ac.uk/1998/issue5/maps/bar-bar.map.shruballs5_files/bar.gif, 15.03.2021.

¹²⁷⁴ Stephen Hardy, Richard W. Painter, „New Acquired Rights Directive and Its Implications for European Employee Relations in the Twenty-First Century“, *Maastricht Journal of European and Comparative law*, vol. 6, број 4/1999, 378.

3.3.3. Утицај Новеле Директиве 98/50/ЕЗ на права запослених и процес њене имплементације у национална законодавства

Иако је Новела Директиве 98/50/ЕЗ увела добродошла појашњења у вези са преносима предузећа у контексту стечајног поступка, у њеним одредбама је остало много сивих зона. Ни у међувремену усвојена Директива 2001/23/ЕЗ није исправила овај пропуст, већ је једноставно кодификовала - у интересу јасноће и рационалности - одредбе две раније верзије Директиве (из 1977. и 1998. године). Тако је, упркос бројним критикама, задржала разлику коју је Суд правде повукао између поступка банкротства (намирења поверилаца продајом целокупне имовине стечајног дужника, односно стечајног дужника као правног лица) и поступка реорганизације. Европска Комисија је пропустила да у интересу сигурности, како је то предлагао Дом лордова још 1996. године, поброји (наведе) стечајне поступке сваке државе чланице на које се Директива примењује.¹²⁷⁵ Стога је флексибилност која карактерише Директиву 2001/23/ЕЗ изнедрила веома различите коментаре. С једне стране, тврдило се да она мало доприноси унапређењу заштите запослења у контексту стечајног поступка, јер државама чланицама даје широк степен дискреције у погледу врсте и степена заштите запослења коју могу да понуде.¹²⁷⁶ С друге стране, било је мишљења да ће Директива 2001/23/ЕЗ „помоћи конкурентности и флексибилности запошљавања, помажући тржишту рада да се прилагоди структурним променама у економији без ходања преко глава запослених“.¹²⁷⁷ Без обзира на овако опречне ставове, нема сумње да Директива 77/187/ЕЕЗ након извршених измена 1998. године има за резултат смањење законских права запослених. Да ли запослени заузврат могу очекивати већу материјалну заштиту запослења још увек није решено питање. Нове одредбе су у основи дерегулативне и њихов крајњи утицај ће у великој мери зависити од избора сваке државе чланице.¹²⁷⁸ У том смислу, ваља напоменути да већина држава чланица Европске уније има посебна правила која се баве ситуацијама у којима је потенцијални послодавац претходник

¹²⁷⁵ Parliament, House of Lords, Select Committee on the European Communities, 5th Report, Session 1995-1996, *Transfer of Undertakings, Acquired Rights* (with evidence), House of Lords Papers 38, 21.

¹²⁷⁶ S. Hardy, R. W. Painter, „New Acquired Rights Directive and Its Implications for European Employee Relations in the Twenty-First Century“, 378.

¹²⁷⁷ Ian McCartney, државни министар у британском Министарству трговине и индустрије, саопштење дато за штампани лист „DTI Press Release P/98/430“, 4. јуна 1998. године.

¹²⁷⁸ P. Davies, „Amendments to the Acquired Rights Directive Council Directive 98/50/EC amending Directive 77/187/EEC on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses (OJ 1998 L 201/88, 17.7.1998)“, 372.

предмет стечајног поступка. Међутим, међу државама чланицама постоје значајне разлике по питању примене правила о *ex lege* преносу уговора о раду (са послодавца претходника на послодавца следбеника) и забрани отказа из разлога промене послодавца (члан 3 и 4 Директиве) на преносе предузећа у којима је послодавац претходник предмет стечајног поступка или било којег другог сличног поступка покренутог због његове инсолвентности. Тако, једну групу чине државе (попут Грчке,¹²⁷⁹ Ирске,¹²⁸⁰ Италије,¹²⁸¹ Кипра,¹²⁸² Летоније,¹²⁸³ Литваније,¹²⁸⁴ Малте,¹²⁸⁵

¹²⁷⁹ Грчка Председничка уредба (гр. Προεδρικό Διάταγμα 178/2002 (ФЕК 162/Α΄ 12.7.2002), N. 4532/2018, (ФЕК 63/Α/5.4.2018)) из свог подручја примене искључује преносе предузећа када је послодавац претходник предмет стечајног поступка усмереног на ликвидацију његове имовине и под надзором је надлежног органа. Међутим, стечајни управник може да пренесе уговоре о раду на послодавца следбеника, ако се настави пословање предузећа, у којем случају се преносе сва права и обавезе.

¹²⁸⁰ Ирска Уредба о заштити запослених при преносу предузећа (European Communities (Protection of Employees on Transfer of Undertakings) Regulations 2003, Statutory Instrument No. 131/2003) је имплементирала члан 5(1) Директиве 2001/23/ЕЗ. Међутим, у ирском законодавству није предвиђена ниједна одредба за спровођење необавезујућих одредби које се тичу непреношења дугова и/или могућности договора о измени уговорених услова запослења.

¹²⁸¹ Италијански Закон бр. 428 од 1990. године (Legge 29 dicembre 1990, n. 428 „Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee (legge comunitaria per il 1990)“, *Gazzetta Ufficiale* n. 10, 12 gennaio 1991) којим је имплементирана Директива 77/187/ЕЕЗ, у члану 47(5) предвиђа да се начело очувања запослења не примењује у случају када се пренос односи на предузећа код којих је утврђен статус кризе у складу са законом, отворен поступак банкротства или други сличан поступак у складу са законом, осим ако из уговора о преносу произлазе повољнији услови. Одступање од овог правила постоји када се предузеће налази у стању економске кризе (за које инсолвентност није потребан услов), у ком случају је могуће предвидети: 1) да послодавац претходник и послодавац следбеник, уз претходни договор са представницима запослених, обезбеде да се уговори о раду пренесу на послодавца следбеника (при чему се не урачунава радни стаж остваре код послодавца претходника); 2) да послодавац следбеник не преузима обавезе које проистичу из претходних периода запослења, осим ако су те обавезе уписане на рачуне предузећа према општим правилима члана 2560 Грађанског законика; 3) измену уговорених услова рада на штету запослених; 4) да сви радници или неки од њих остану запослени код послодавца претходника.

¹²⁸² Одредбе члана 4а Новеле Директиве 98/50/ЕЗ (сада члана 5(1) Директиве 2001/23/ЕЗ) транспоноване су чланом 6 кипарског Закона о очувању и заштити права запослених приликом преноса предузећа, пословања или дела предузећа или пословања (Ο Περί της Διατήρησης και Διασφάλισης των Δικαιωμάτων των Εργοδοτούμενων κατά τη Μεταβίβαση Επιχειρήσεων, Εγκαταστάσεων ή Τμημάτων Επιχειρήσεων ή Εγκαταστάσεων, Νόμος του 2000 (N.104(I)/2000) који готово дословно понавља речи Директиве. Међутим, члан 5(2) и члан 5(3) Директиве нису имплементирани у кипарски Закон, који ћути по питању преноса дугова и могућности споразумне измене уговора о раду. Кипарски Закон, међутим, предвиђа да је сваки послодавац који намерно прибегава стечајном поступку како би запосленима одузео права према кипарском закону, одговоран за прекршај и подлеже новчаној казни.

¹²⁸³ Летонски Закон о раду (Darba likums, Latvijas Vēstnesis, 105, 06.07.2001.) искључује примену чланова 3 и 4 Директиве 2001/23/ЕЗ на пренос предузећа који се одвија у ситуацијама када се над послодавцем претходником спроводи поступак банкротства (члан 119, став 1), док о поступцима реорганизације не постоје посебна правила. Осим тога, злоупотреба поступка стечаја послодавца претходника у сврху ограничавања или лишавања права запослених предвиђених поглављем законом није дозвољена. За кршење ове забране постоје административне и казнене санкције (члан 119, став 2).

¹²⁸⁴ Литвански Законик о раду (Lietuvos Respublikos darbo kodeksas (TAR, 2016-09-19, Nr. 2016-23709)) предвиђа да ће пренос предузећа бити обустављен ако и када се над предузећем покрене стечајни поступак. У таквој ситуацији примена чланова 3 и 4 Директиве 2001/23/ЕЗ је искључена. Пренос предузећа, пословања или дела предузећа или пословања у коме је послодавац претходник предмет стечајног поступка дозвољен је само када: 1) пренос се врши као резултат закључења уговора са повериоцима; 2) поступак банкротства је обустављен, или 3) предузеће у стечају се продаје у складу са захтевима Закона о предузећима и стечају. Притом, не постоји разлика у поступању према оним

Холандије,¹²⁸⁶ Аустрије,¹²⁸⁷ Словеније,¹²⁸⁸ Словачке,¹²⁸⁹ Финске,¹²⁹⁰ Естоније¹²⁹¹ и др.) у којима се наведена правила не примењују у случајевима када је над послодавцем претходником покренут стечајни поступак, с том разликом да у неким од њих то одступање важи само за поступак банкруства, али не и поступак реорганизације (примера ради у Шведској¹²⁹²). Другу групу чине државе (попут Данске,¹²⁹³

привредним друштвима која ће бити ликвидирана и оним (инсолвентним) привредним друштвима која могу бити спасена.

¹²⁸⁵ Малтешки Закон о запошљавању и индустријским односима (*Att dwar l-Impiegi u r-Relazzjonijiet Industrijali*) предвиђа да се под-чланови (1) и (3) члана 38 (којима је регулисан пренос уговора о раду и забрана отказа у случају преноса предузећа) не примењују на било који пренос предузећа где је послодавац претходник предмет стечајног поступка или судске ликвидације у складу са одредбама Закона о привредним друштвима или другог поступка у случају инсолвентности који је покренут у циљу ликвидације имовине послодавца претходника и под надзором је суда (члан 38, став 4).

¹²⁸⁶ Холандски Грађански законик (*Burgerlijk Wetboek, Boek 7, Art. 662-666*) предвиђа да се правила о обавезном преносу уговора о раду и забрани отказа у случају преноса предузећа не примењују када се над послодавцем претходником спроводи поступак банкруства, али се примењују када се над њим спроводи поступак привремене обуставе плаћања (*surséance van betaling*). Као резултат, у случају преноса предузећа у стечају, послодавац следбеник није везан ниједним правилом у вези са преносима и може да бира запослене и одређује висину зараде (члан 7).

¹²⁸⁷ Аустријски Закон о изменама и допунама Закона о уговору о раду (*Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG)*), предвиђа да се одредба члана 3, става 1 (којима је регулисан пренос уговора о раду и забрана отказа у случају преноса предузећа) не примењује у случају банкруства послодавца претходника (члан 3, став 2). Осим тога, у аустријском радном законодавству не постоје мере којима се спроводе чланови 5.2, 5.3 или 5.4 Директиве.

¹²⁸⁸ Словеначки Закон о радним односима (*Zakon o delovnih razmerjih, Uradni list RS, št. 21/13, 78/13 – popr., 47/15 – ZZSDT, 33/16 – PZ-F, 52/16, 15/17 – odl. US, 22/19 – ZPosS, 81/19, 203/20 – ZIUPOPDVE in 119/21 – ZČmIS-A*) предвиђа да у стечајном или ликвидационом поступку који спроводи суд, стечајни управник може, са отказним роком од 15 дана, отказати уговоре о раду запосленима који су вишак због покретања стечајног или ликвидационог поступка над послодавцем (члан 103). Ако се дужник у стечајном поступку продаје као правно лице, запослени којима су отказани уговори о раду у стечајном поступку имају првенствено право на запослење код послодавца, ако испуњавају услове за обављање посла (члан 104).

¹²⁸⁹ Словачки Закон о банкруству и реорганизацији (*Zákon o konkurze a reštrukturalizácii v znení č. r1/c31/2005 Z. z., [...] 72/2021 Z. z.*) предвиђа да стечајни управник може на купца предузећа пренети само оне обавезе продавца које се односе на пренесено предузеће или његов део, настале након дана проглашења стечаја, као и неовчане обавезе продавца који проистичу из предвиђених уговора о раду (члан 92, став 2).

¹²⁹⁰ Фински Закон о уговорима о раду (*Työsopimuslaki, 55/2001 [...] 1237/2020*) предвиђа да у случају преноса предузећа над чијим носиоцем је покренут стечајни поступак, преузималац не одговара за зараду запосленог или друга потраживања из радних односа која су доспела пре преноса (одељак 10.3, поглавље 1).

¹²⁹¹ Естонски Закон о уговорним и вануговорним обавезама (*Lepingute ja lepinguväliste kohustuste seadus, RT I 2001, 81, 487*) предвиђа да се одредбе о преносу предузећа не односе на пренос предузећа који се одвија на основу закона, посебно у принудном извршењу или поступку банкрутства (члан 181).

¹²⁹² Шведски Закон о заштити запослења (*Lag (1982:80) om anställningsskydd, LAS*) предвиђа да се одељак 6б Закона (којим је регулисан пренос уговора о раду и забрана отказа у случају преноса предузећа) не примењује на преносе предузећа у ситуацији када је над носиоцем предузећа покренут поступак банкрутства, али се може применити када је над преносиоцем покренута нека друга врста стечајног поступка (примера ради у правцу његове реорганизације).

¹²⁹³ *Bekendtgørelse af lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse, LBK nr 710 af 20/08/2002*, члан 1, став 3.

Немачке,¹²⁹⁴ Шпаније,¹²⁹⁵ Мађарске,¹²⁹⁶ Пољске,¹²⁹⁷ Португалије¹²⁹⁸, Француске¹²⁹⁹ Белгије¹³⁰⁰ и др.) у којима се правила о обавезном преносу уговора о раду и забрани отпуштања примењују и у контексту стечајног поступка.¹³⁰¹

Одређени број држава из ове групе искористио је могућности предвиђене чланом 5, ставовима 2(a) и 2(b) Директиве 2001/23/ЕЗ и увео одређена ограничења права запослених. Тако се, примера ради, у немачком радном законодавству правило о обавезном преносу права и обавеза из уговора о раду не односи на потраживања која су настала пре преноса предузећа,¹³⁰² у чешком праву се ово изузеће односи на пренос потраживања насталих у периоду пре отварања стечајног поступка, укључујући зараде

¹²⁹⁴ Bürgerliches Gesetzbuch, члан 613а, став 4. Притом, ваља нагласити да, ако је покренут поступак реорганизације која захтева мање запослених, откази из хитних оперативних разлога су дозвољени, и то након договора са саветом запослених.

¹²⁹⁵ Шпански Статут о радницима (Ley del Estatuto de los Trabajadores, члан 44) не прави изузетке у заштити права запослених у случају стечаја или било ког сличног поступка у случају инсолвентности, где постоји наставак пословања.

¹²⁹⁶ Мађарски Закон о стечају и ликвидацији (1991. évi XLIX. törvény a csődeljárásról és a felszámolási eljárásról), чл. 47 и 49.

¹²⁹⁷ Опште одредбе о отказу уговора о раду у вези са ликвидацијом или банкротством дате су у члану 411. пољског Закона о раду (Kodeks pracy, Dz. U. 1974 Nr 24 poz. 141 [...] Dz. U. z 2020 r. poz. 1320, z 2021 r. poz. 1162). Према наведеној одредби, у случају најаве ликвидације или банкротства не мора бити примењена било која друга одредба о заштити запослених од незаконитог отказа уговора о раду. Међутим, ако се током поступка ликвидације догоди одређена радња која би могла бити основ за пренос предузећа, примењиваће се члан 231 (који регулише обавезан пренос уговора о раду), па ће запослене преузети послодавац следбеник. Ипак, ваља нагласити да до тренутка преноса, послодавац претходник може поступати у складу са чланом 411 и отпустити запослене у складу са Законом. С друге стране у пољском законодавству не постоје одредбе које искључују преносе уговора о раду када се неко предузеће пребацује током поступка банкротства. M. Sargeant, *Implementation Report Directive 2001/23/EC on the approximation of laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses*, 62.

¹²⁹⁸ Португалски Закон о раду (Código do Trabalho, Diário da República, 12.2.2009, n.º 30, члан 347) предвиђа да судска потврда о инсолвентности послодавца нема за последицу отказ уговора о раду, а стечајни управник мора у потпуности наставити са испуњавањем обавеза које произилазе из наведених уговора, док предузеће не буде дефинитивно затворено. Стечајни управник може, међутим, пре трајног затварања пословног објекта, отказати уговоре о раду радницима чија сарадња није неопходна за одржавање пословања предузећа.

¹²⁹⁹ Code du Travail, Article L. 1224-1.

¹³⁰⁰ Белгијски Колективни уговор о раду (Collectieve arbeidsovereenkomst nr. 32/7 van 23 april 2019, поглавље III) предвиђа да у случају банкротства или преноса имовине у року од шест месеци од дана проглашења банкротства, колективни уговор се преноси, осим ако се послодавац и представници запослених не договоре другачије. Међутим, послодавац следбеник у овој ситуацији може изабрати запослене које жели задржати (члан 12).

¹³⁰¹ Притом, занимљиво је поменути да се у Луксембургу (који, може се рећи, припада овој групи држава) уговори о раду аутоматски окончавају када се над послодавцем претходником покрене стечајни (или било који други сличан) поступак, али се и аутоматски обнављају ако послодавац следбеник поврати привредну активност у року од три месеца од дана престанка обављања активности његовог претходника. Наведено на основу: M. Sargeant, *Implementation Report Directive 2001/23/EC on the approximation of laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses*, 62.

¹³⁰² Потраживања која настану пре преноса заштићена су одредбама Законика о социјалном осигурању којим је извршена имплементација Директиве 80/987/ЕЕЗ. *Ibid.*, 54.

и дневнице,¹³⁰³ док у шпанском праву одлуку о смањењу дуговања према запосленима која се преносе на послодавца следбеника може донети јавни орган који надзире стечајни поступак. Осим тога, шпански Статут о радницима допушта и могућност договарања о неплаћању дуговања до износа гарантованог гарантним фондом основаним у складу са Директивом 80/987/ЕЕЗ.¹³⁰⁴ У португалском праву одлуку о непреношењу дугова са послодавца претходника на послодавца следбеника доноси стечајни управник, који израђује план отплате дуговања у сарадњи са повериоцима и представницима запослених, при чему овај план може укључивати смањење или отпуст било ког дуга. Занимљиво решење садржи данско радно законодавство у којем пренос дугова са послодавца претходника на послодавца следбеника зависи од тренутка када је постигнут споразум о преносу предузећа. Па тако, ако је споразум о преносу предузећа постигнут пре доношења одлуке о стечају, а пословање се наставља током стечаја, онда се потраживања запослених настала пре датума отварања стечаја преносе на послодавца следбеника. Ако је споразум о преносу предузећа постигнут након отварања стечајног поступка, послодавац следбеник ће бити одговоран само за потраживања настала након тог тренутка.¹³⁰⁵

С друге стране, неке државе су, самостално или у комбинацији са пређашњим ограничењима, у своје законодавство увеле могућност споразумне измене уговорених услова рада. Тако, примера ради, шпанско радно законодавство садржи правило да послодавац следбеник и представници запослених могу постићи споразум о измени колективно договорених услова рада с циљем осигурања опстанка предузећа. Слично томе, радно право Луксембурга пружа могућност договора са представницима запослених о измени услова рада запослених како би се заштитило запослење осигуравањем опстанка предузећа, док португалско право допушта споразумну измену износа потраживања запослених, без било каквих ограничења.¹³⁰⁶

Разматрање проблема материјалног подручја примене правила о очувању запослења у случају преноса предузећа над чијим је носиоцем отворен стечајни поступак завршићемо указивањем на право Велике Британије, сада бивше чланице Европске уније, где је, чини се, уложен посебан напор у циљу изналагања решења којим би се уравнотежили интереси сукобљених страна. Наиме, првобитна Уредба о преносу предузећа (заштити запослења) - (енгл. *TUPE*) од 1981. године, којом је у

¹³⁰³ *Ibid.*, 55.

¹³⁰⁴ *Ibid.*, 57.

¹³⁰⁵ *Ibid.*

¹³⁰⁶ *Ibid.*, 57, 62 и 63.

британско право инкорпорирана Директива 77/178/ЕЕЗ није јасно дефинисала подручје своје примене у случају преноса предузећа инсолвентних компанија. Уместо тога, правило 3(2) предметне Уредбе предвиђало је да се прописи примењују „без обзира да ли је пренос извршен продајом или неким другим располагањем или применом закона“. Ове речи су довеле до спора у погледу тумачења могућности примене Уредбе у случају стечаја и ликвидације. Премда су у својим поднесцима достављаним судовима стечајни управници настојали да укажу да је обавезни пренос уговора о раду „препрека за спасавање предузећа у контексту инсолвентности“, ¹³⁰⁷ британски судови су, полазећи од праксе Суда правде (након почетних колебања и забуне), подручје примене Директиве 77/187/ЕЕЗ и Уредбе из 1981. године одредили веома широко, осигуравајући да се равнотежа између сукобљених интереса запослених и других поверилаца одмери у корист заштите права запослених. То је изазвало оштре критике стечајних управника, који су указивали на бројне примере „када је преузимање нагомиланих обавеза по уговорима о раду одвратило потенцијалне купце инсолвентних предузећа од реализације куповине или их је натерала да сниже цену коју су били спремни платити“. ¹³⁰⁸ Као последица наведених критика, али и усвајања Новеле Директиве 98/50/ЕЗ, Велика Британија је 2006. године извршила измену и допуну Уредбе о преносу предузећа (заштити запослења). Нова Уредба, осим прецизирања да се примењује само у случају када је над послодавцем претходником покренут стечајни поступак чији је циљ наставак пословања, стечајном управнику нуди нова, флексибилна решења, чија је сврха да се осигура опстанак предузећа. ¹³⁰⁹ Ова флексибилност се постиже, најпре, предвиђањем могућности ослобађања послодавца следбеника одређених дуговања (за отпремнине, заостале зараде (до осам недеља), накнаде зараде за време годишњег одмора (до шест недеља) или накнаде штете за незаконит отказ) према запосленима, која, уместо послодавца, измирује национални гарантни фонд. Сви дугови, мимо овако измиренних, прелазе на послодавца следбеника

¹³⁰⁷ G. S. Massara, *op. cit.*, 32.

¹³⁰⁸ Parliament, House of Lords, Select Committee on the European Communities, 5th Report, Session 1995-1996, *Transfer of Undertakings, Acquired Rights* (with evidence), House of Lords Papers 38, column 1204.

¹³⁰⁹ Rajit Dhinsa, „The draft TUPE Regulation and insolvency“, *Insolvency Intelligence.*, vol. 19, број 1/2006, 8-10. Уредба о преносу предузећа је последњи пут измењена и допуњена у јануару 2014. године Уредбом о колективном отпуштању и преносу предузећа (заштити запослења) (измена) од 2014. године. Ове измене су произашле из забринутости да заштита запослених коју пружа Уредба превазилази ону коју захтева Директива 2001/23/ЕЗ и да, као резултат тога, може неповољно утицати на флексибилност, ефективност и правичност тржишта рада. Прецизан утицај амандмана још није јасан јер нове одредбе тек треба да протумаче судови. Tim Marshall, Kate Hodgkiss, „United Kingdom“, у: Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, Tim Marshall (eds), *Transfer of Business and Acquired Employee Rights - A Practical Guide for Europe and Across the Globe*, Springer-Verlag, Berlin, 2016, 427.

на уобичајени начин.¹³¹⁰ Осим тога, нова Уредба чини изузетак од ранијег важећих правила која су забрањивала сваку измену уговорених услова ако је разлог за измену сам пренос предузећа, утврђујући да тамо где постоје „релевантни поступци у случају инсолвентности“, послодавац претходник, послодавац следбеник и стечајни управник могу изменити услове запошљавања (попут смањања зараде), под условом да се постигне договор са представницима запослених. Како би се осигурала законита и ваљана измена уговорених услова рада, стечајни управник се мора придржавати прописане процедуре која подразумева обезбеђивање услова да представници запослених са којима се преговара буду правилно изабрани.¹³¹¹

Наведени, врло шаренолики, примери из упоредних законодавстава показују да равнотежа интереса послодаваца, запослених и других поверилаца (у случају преноса предузећа у току стечајног поступка) још увек није успостављена на задовољавајућ начин, а тренутна правна неизвесност се може посматрати као „тенденција ка ранијим отпуштањима и мања могућност да се радна места заштите путем успешне продаје предузећа“.¹³¹² Тежак задатак проналажења разумне равнотеже у овој области и даље је у рукама држава чланица. У том смислу, чини се да напред приказана решења британског законодавства дефинишу кохерентну интеракцију сукобљених интереса. Ефикасност овог модела, међутим, још увек се тестира у пракси стварног пословања (и инсолвентности).

3.4. Прекогранични пренос предузећа

Током претходне две деценије, иновације у свету телекомуникација и технологије, све већа интеграција глобалног тржишта рада, капитала и услуга, као и проширење Европске уније довели су до постепеног, али сталног, повећања броја привредних субјеката који су извршили прекогранично спајање, припајање или корпоративно реструктурирање.¹³¹³ Ова тенденција била је додатно подстакнута слободом пословног настањивања,¹³¹⁴ Правилном о статуту за европску компанију,¹³¹⁵

¹³¹⁰ *Ibid.*, 9-10.

¹³¹¹ *Ibid.*

¹³¹² David Pollard, „Insolvent Companies and TUPE“, *Industrial Law Journal*, vol. 25, број 3/1996, 202.

¹³¹³ McKinsey Global Institute, *Offshoring: Understanding the emerging global labour market*, Diana Farrell (ed.), Harvard Business Review Press, Cambridge, 2006, 2; Laura Abramovsky, Rachel Griffith, „Outsourcing and offshoring of business services: how important is ICT?“, *AIM Research Working Paper Series*, The Institute for Fiscal Studies, London, 2015, 3.

¹³¹⁴ УФЕУ, чл. 45 и 49.

Правилу о статуту за европско задружно друштво¹³¹⁵ и Директивом о прекограничном спајању предузећа¹³¹⁶, која је касније замењена Директивом о одређеним аспектима компанијског права.¹³¹⁷ Већина прекограничних пословних потеза је резултат потребе привредних субјеката да учествују у трци за пробијање на глобално тржиште. Многи привредни субјекти пресељавају своја предузећа у иностранство како би искористили конкурентске предности које нуде стране земље. Из перспективе радног права, такво реструктурирање може резултирати прекограничним преносом предузећа у смислу Директиве 2001/23/ЕЗ.¹³¹⁸ У случају преноса предузећа између послодавца претходника и послодавца следбеника који су пословно настањени у различитим државама чланица, јављају се бројни радноправни проблеми. Сама Директива 2001/23/ЕЗ, међутим, не садржи ниједну изричиту одредбу која се односи на прекограничне ситуације. Због тога проблеми који настају у вези са прекограничним преносима предузећа стварају правну несигурност како за послодавце, тако и за запослене.¹³²⁰ Пре свега, спорно је да ли се Директива 2001/23/ЕЗ примењује на прекогранични пренос предузећа. Будући да сама Директива ово питање регулише непрецизно, постоји дилема да ли се примењује у случају преноса предузећа из једне државе чланице у другу и (што је још спорније) из државе чланице у трећу државу. Ако би се на ово питање одговорило потврдно, следеће питање је да ли прекогранични пренос предузећа уопште може квалификовати као пренос предузећа у смислу Директиве 2001/23/ЕЗ. Ово из разлога што је један од неопходних услова за то очување идентитета предузећа након преноса, а у прекограничном сценарију, где се предузеће преноси из једне земље у другу, јављају се бројне разлике у правном, економском и социјалном окружењу, те је, стога, нејасно да ли предузеће може да задржи свој идентитет или у таквој ситуацији мора доћи до затварања предузећа.¹³²¹ Осим тога, примена одредби Директиве 2001/23/ЕЗ, као секундарног извора права Европске уније, обезбеђује се њеном имплементацијом у

¹³¹⁵ Council Regulation (EC) No. 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European Company (SE) (*Official Journal* L 294, 10.11.2001, 1).

¹³¹⁶ Council Regulation (EC) No. 1435/2003 of 22 July 2003 on the Statute for a European Cooperative Society (SCE) (*Official Journal* L 207, 18.8.2003, 1).

¹³¹⁷ Directive 2005/56/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on cross-border mergers of limited liability companies (*Official Journal* L 310, 25.11.2005, 1–9).

¹³¹⁸ Directive (EU) 2017/1132 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 relating to certain aspects of company law (*Official Journal* L 169, 30.6.2017, 46–127).

¹³¹⁹ Diana Niksova, „Cross-Border Transfers of Undertakings“, у: Erika Kovács, Martin Winner (eds.), *Stakeholder Protection in Restructuring*, Selected Company and Labour Law Issues, Nomos, Baden-Baden, 2019, 195–196.

¹³²⁰ European Commission, First phase consultation of social partners under Article 138(2) of the EC Treaty concerning cross-border transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses, D (2007), Brussels, 20.06.2007.

¹³²¹ D. Niksova, *op. cit.*, 195–196.

национална законодавства држава чланица, па је значајно утврдити које право је меродавно у конкретном случају, имајући у виду да државе чланице пружају прилично различите степене законске заштите запослених. Коначно, будући да су прекогранични преноси предузећа повезани са променом места рада, важно је истражити да ли запослени морају да прате предузеће и раде на новој локацији у другој држави или њихово одбијање да раде на новом месту рада у другој држави чланици представља оправдан разлог за отказ.

3.4.1. Примена Директиве 2001/23/ЕЗ на прекогранични пренос предузећа

Директива 2001/23/ЕЗ је иницијално предложена како би регулисала међународна спајања предузећа која су била директна последица формирања заједничког тржишта, те је њен основни циљ био регулисање радноправних последица прекограничног преноса предузећа. У Предлогу Директиве од 1974. године, члан 10 је садржао одредбу о сукобу закона који се односе на индивидуални радни однос услед преноса предузећа.¹³²² Ревидиран Предлог од 1975. године је, међутим, из свог текста искључио ову одредбу.¹³²³ На крају, Европска Комисија у Директиву 77/187/ЕЕЗ није уврстила одредбе које се односе на сукоб закона, јер се веровало да ће се ова проблематика решити правилима међународног приватног права.¹³²⁴ Последица наведеног је чињеница да предметна Директива није садржала правила о сукобу закона у вези са ставкама које су директно везане за радни однос. Таква ситуација није промењена до данас, будући да ни Директива 2001/23/ЕЗ (као ни Директиве 77/87/ЕЕЗ и 98/50/ЕЗ) не садржи таква правила. Међутим, проблематика прекограничног преноса предузећа није потпуно нестала са европске друштвене арене, јер је Комисија наручила студију (која је завршена 1998. године) о правним последицама прекограничног преноса предузећа на територији Европске уније.¹³²⁵ Студију је израдио Неппле закључивши да до потешкоћа може доћи услед одсуства одредби које дефинишу сукоб закона у смислу преноса предузећа. У том смислу, Неппле је дао неке препоруке за ревизију Директиве. Нажалост, ове препоруке су остале само на нивоу предлога и никада нису имплементиране у законски текст.

¹³²² COM (74) 351 final.

¹³²³ COM (75) 429 final.

¹³²⁴ В. Неппле, *The legal consequences of cross border transfers of undertakings within the European Union*, 7; Herbert Kronke, „The impact of international business transfers on employment contracts“, *Netherlands International Law Review*, vol. 36, број 1/1989, 3.

¹³²⁵ В. Неппле, *The legal consequences of cross border transfers of undertakings within the European Union*, 7.

Проблематика прекограничног преноса предузећа је поново добила на значају 2006. године, када је Европска комисија наручила израду студије са циљем да се идентификују главни законски проблеми који произилазе из примене одредби Директиве 2001/23/ЕЗ на прекогранични пренос предузећа.¹³²⁶ У Извештају од 2007. године, Европска комисија је открила своју намеру да покрене консултације са социјалним партнерима, како би допунила Директиву 2001/23/ЕЗ и ефикасније регулисала питање прекограничног преноса предузећа.¹³²⁷ Прва рунда консултација са партнерима је одржана 20. јуна 2007. године. Током ове рунде, Европска комисија је изјавила да је „примена Директиве 2001/23/ЕЗ у случају прекограничног преноса са пратећом променом места обављања делатности покреће велики број питања на која ни сама Директива, ни постојећи инструменти међународног приватног права не могу дати одговоре“.¹³²⁸ Осим тога, Комисија је захтевала од социјалних партнера да се изјасне о томе да ли верују да је неопходно извршити измене и допуне Директиве 2001/23/ЕЗ или предузети неку другачију врсту радњи на нивоу Европске заједнице како би се решила проблематика прекограничног преноса предузећа које укључује пресељење предузећа из једне државе у другу. Имајући у виду да су социјални партнери били става да постојећи инструменти међународног приватног права Заједнице на одговарајући начин решавају све проблеме међународног приватног права, Комисија је одлучила да не наставља даље напоре ка дефинисању законске регулативе.¹³²⁹ Стога, будући да прекогранични преноси предузећа нису изричито обухваћени Директивом 2001/23/ЕЗ, тренутно је правно неизвесно да ли се примењује у прекограничним сценаријима када се предузеће преноси из једне државе чланице у другу државу чланицу Европске уније или (још теже) трећу државу.

3.4.1.1. Члан 1(2) Директиве 2001/23/ЕЗ - принудна норма обавезне примене?

Сама Директива 2001/23/ЕЗ у члану 1(2) садржи правило (о територијалном подручју примене), према коме „ова Директива се примењује кад и ако се предузеће, пословање или део предузећа или пословања које се преноси налази унутар

¹³²⁶ Kirsten Corine Henckel, *Cross-border transfers of undertakings*, Ulrik Huber Institute for Private International Law, University of Groningen, Groningen, 2016, 20.

¹³²⁷ Commission Report „on Council Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses“, COM (2007) 334 final, Brussels, 18.6.2007.

¹³²⁸ *Ibid.*, 10.

¹³²⁹ European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, *Industrial Relations in Europe*, Brussels, 2008, 135.

територијалног подручја примене Уговора“. Како се према члану 52 Уговора о Европској унији, у вези са чланом 355 УФЕУ, Уговор примењује на државе чланице, закључује се да се Директива 2001/23/ЕЗ примењује кад год се предузеће које се преноси налази на територији државе чланице.¹³³⁰ Међутим, јасно је да примена Директива 2001/23/ЕЗ није ограничена само на домаће ситуације у којима се предузеће које се преноси налази у истој држави чланици пре и након преноса, већ да се иста примењује увек када се предузеће које се преноси налази на територији Европске уније. На овакво тумачење упућује не само одредба члана 1(2) Директиве 2001/23/ЕЗ, већ и циљ ради којег је ова Директива усвојена, а који захтева њену примену у случају промене послодавца, неvezано за то да ли пренос предузећа подразумева прелазак граница држава чланица или не. То потврђује и друга уводна изјава у преамбули Директиве 2001/23/ЕЗ, према којој „привредна кретања како на националном нивоу, тако и на нивоу Заједнице, доносе са собом промене у структури предузећа“.¹³³¹ У том смислу, може се закључити да се Директива 2001/23/ЕЗ примењује у случају преноса предузећа из једне државе чланице у другу државу чланицу.

С друге стране, у погледу примене Директива 2001/23/ЕЗ на прекогранични пренос предузећа из државе чланице у државу која није чланица, правни писци имају различите погледе. Члан 1(2) Директиве 2001/23/ЕЗ указује да се Директива примењује кад год се предузеће „које се преноси“ налази унутар територијалног подручја примене Уговора, односно унутар држава чланица Европске уније. Ова одредба не захтева да се предузеће након преноса налази на територији Европске уније, већ је њена примена ограничена на географски положај предузећа „које ће се пренети“. Стога, неки правни писци сматрају да, према формулацији овог члана, седиште или место пословног настањења послодавца претходника и послодавца следбеника, као и место одредишта предузећа немају никакав значај за одређивање територијалног подручја примене Директиве 2001/23/ЕЗ. У складу с тим, они закључују да ће пренос предузећа ван и унутар Европске уније бити предмет истих правила и да ће се Директива 2001/23/ЕЗ

¹³³⁰ D. Niksova, *op. cit.*, 198. Осим тога, Директива 2001/23/ЕЗ се примењује и у случајевима када се предузеће које се преноси налази на територији држава Европског економског простора (енгл. *European Economic Area (EEA)*), будући да је Споразумом о Европском економском простору потписаном 2. маја 1992. године између Европских заједница и њихових држава чланица, с једне стране, и држава чланица ЕФТА (Исланд, Лихтенштајн и Норвешка), с друге стране, предвиђено слободно кретање робе, услуга, капитала и људи, уз стриктно поштовање правила конкуренције и сродних политика које се односе на транспорт, енергију, економску и монетарну сарадњу и блиску сарадњу у области (између осталог) социјалне политике. Александар Богдановић *et al.*, *Појмовник ЕУ*, Делегација Европске уније у Републици Србији, Београд, 2018, 108.

¹³³¹ Директива 2001/23/ЕЗ, уводна изјава 2 преамбуле.

примењивати и на преносе изван територије Европске уније.¹³³² Ово мишљење дели и Европска конфедерација синдиката (ETUC) који је у свом одговору на прву фазу консултација у вези са прекограничним преносом предузећа, нагласио да „члан 1(2) Директиве 2001/23/ЕЗ јасно проширује подручје примене Директиве на преносе предузећа изван територије Европске уније и Европског економског простора. „Тачка везивања“ за примену Директиве је земља у којој се налази предузеће које се преноси“.¹³³³ Дакле, једини захтев је да се предузеће налази у држави чланици пре преноса. У том смислу, закључује се да у сценаријима одлазног преноса, чињеница да трећа држава, односно земља одредишта, не поседује никакве одредбе о очувању запослења сличне онима садржаним у Директиви 2001/23/ЕЗ не спречава државе чланице да захтевају примену Директиве.¹³³⁴ Друга (додуше малобројнија) група аутора је става да се Директива 2001/23/ЕЗ не примењује на пренос предузећа ван територије Европске уније, јер државе које нису њене чланице нису везане одредбама Директиве. Законодавство Европске уније ограничено је на државе чланице (и земље Европског економског простора) у погледу територијалне покривености, те се, сходно томе, Директива 2001/23/ЕЗ примењује само на преносе предузећа унутар Европске уније (или Европског економског простора).¹³³⁵ Упркос значају оваквих ставова у укупној расправи о овој теми, чини се да аргументи на којима су базирани имају малу ваљаност и да их треба одбацити у светлу горе споменуте формулације члана 1(2), циља и образложења Директиве 2001/23/ЕЗ. Ограничавање примене Директиве 2001/23/ЕЗ и националних имплементационих мера на унутар-европске преносе предузећа било би у супротности са формулацијом члана 1(2) Директиве, као и са њеним циљевима и образложењем. У том смислу, мишљења смо да примена Директиве 2001/23/ЕЗ зависи од географске локације предузећа које се преноси. То значи да се предметна Директива примењује на преносе предузећа унутар и између држава чланица, као и на преносе из државе чланице у државу која није чланица Европске уније. Једино тако се осигурава да запослени на територији Европске уније задрже своја права на запослење након преноса предузећа, без обзира на то да ли се тај пренос реализује у држави чланици или

¹³³² Видети више: К. С. Henckel, *op. cit.*, 49.

¹³³³ European Trade Union Confederation (ETUC), First phase consultation concerning cross-border transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses, 8.10.2007., https://www.etuc.org/sites/www.etuc.org/files/ARD_ETUC_answer_final2007_1.pdf, 10.04.2021.

¹³³⁴ К. С. Henckel, *op. cit.*, 49.

¹³³⁵ Constantin von Alvensleben, *Die Rechte der Arbeitnehmer bei Betriebsübergang im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Nomos, Baden-Baden, 1992, 157. Наведно према: D. Niksova, *op. cit.*, 204.

изван граница држава чланица.¹³³⁶ Међутим, ваља нагласити да класификација одредбе члана 1(2) Директиве 2001/23/ЕЗ као принудне норме непосредне примене не може произаћи директно из саме Директиве и препуштена је самим државама чланицама. Њихове националне одредбе могу утврдити да је реч о нормама непосредне примене будући да се сама Директива 2001/23/ЕЗ због свог хоризнталног дејства не примењује директно на појединачне актере у државама чланицама,¹³³⁷ али ће оваква класификација, због садржине члана 1(2), бити тешко остварива. На крају крајева, државе чланице се не слажу око значаја овог члана и начина на који ће се исти имплементирати у национално право. Тако, док неке државе чланице примењују своје националне одредбе о заштити запослених у случају промене послодавца кад год се предузеће које се преноси налази у држави чланици Европске уније (Данска, Грчка), друге су ограничиле примену својих одредби на националну територију (Малта, Луксембург, као и бивша чланица Велика Британија), док се већина држава (примера ради Аустрија, Белгија, Буграска, Француска, Финска, Естонија, Италија, Мађарска, Пољска, Португалија, Шведска, Словенија, Холандија и др.) уздржала од додељивања било каквог значаја правилу садржаном у члану 1(2) Директиве 2001/23/ЕЗ.¹³³⁸ Остављајући по страни да ли члан 1(2) Директиве 2001/23/ЕЗ треба (природно) да се преведе (у државама чланицама) на начин да се националне одредби о стеченим правима запослених примењују када се предузећа која се преноси налазе на њиховој националној територији, националне имплементационе мере треба несумњиво да обезбеде примену права државе чланице кад год се предузеће које се преноси налази на територији Европске уније. Тамо где националне имплементационе мере то не учине, долази до сукоба са правом Заједнице, односно са чланом 1(2) Директиве 2001/23/ЕЗ.¹³³⁹ Овај неуспех у правилној примени Директиве може се отклонити, најпре, законодавним мерама, а, затим, тумачењем усклађеним са Директивом. У сваком случају, тамо где, по преносу предузећа са седиштем у Европској унији, примена одредби о стеченим правима држава чланица није загарантована, требало би да дође до исправке резултата правила о сукобу закона.¹³⁴⁰

¹³³⁶ К. С. Henckel, *op. cit.*, 51.

¹³³⁷ *Ibid.*, 335.

¹³³⁸ М. Sargeant, *Implementation Report Directive 2001/23/EC on the approximation of laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event, of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses*, 8-19.

¹³³⁹ К. С. Henckel, *op. cit.*, 326.

¹³⁴⁰ Такви механизми исправљања се генерално могу наћи у доктринама јавне политике и нормама обавезне примене. *Ibid.*

3.4.1.2. Додатни услови

Будући да се Директива 2001/23/ЕЗ примењује, како смо напред утврдили, на прекогранични пренос предузећа, следеће питање је да ли прекогранични пренос предузећа уопште може представљати пренос предузећа у смислу Директиве или исти мора резултирати његовим гашењем.¹³⁴¹ У анализи овог питања треба, свакако, поћи од услова предвиђених самом Директивом 2001/23/ЕЗ. У том смислу, потребно је утврдити, као и у ситуацијама без ино-елемента, да ли су кумулативно испуњена два услова: први се тиче промене послодавца (као последице правног преноса или спајања предузећа), док се други односи на очување идентитета предузећа. Испуњеност првог услова, чини се, уопште није спорна. Ако привредни субјект који је пословно настањен у једној држави прода предузеће привредном субјекту чије је место пословног настањења у другој држави, може се сматрати да је дошло до промене идентитета послодавца у смислу члана 1(1)(а) Директиве 2001/23/ЕЗ. Спорнији је, међутим, други услов. Будући да су прекогранични преноси предузећа повезани са значајним променама у окружењу, посебно у правном, економском, језичком и социјалном контексту, поставља се питање да ли наведене разлике спречавају очување идентитета предузећа. Неки правни писци су мишљења да у прекограничним трансакцијама пренос предузећа на место које је физички доста удаљено доводи до његовог гашења, а не до преноса. Главни аргумент за такав став јесте чињеница да многи запослени не желе да се преселе у иностранство како би обављали посао који је доста удаљен од претходног места рада.¹³⁴² О овом питању за сада не постоји пресуда Суда правде у Луксембургу. Међутим, немачки Савезни радни суд се суочио са једним оваквим случајем у којем је немачки послодавац продао своје предузеће швајцарској компанији (заједно са опремом, машинама, инвентаром, базом клијената и производном методом) која је наставила производњу на новој локацији, удаљеној 59 километара од претходне.¹³⁴³ Будући да немачки послодавац није донео одлуку да одустане од привредне активности, већ је уместо тога одлучио да имовину прода другој компанији која је наставила исту активност, немачки Савезни радни суд сматрао је да предузеће није

¹³⁴¹ D. Niksova, *op. cit.*, 199.

¹³⁴² Примера ради, Hermann Reichold, „Neues zum grenzüberschreitenden Betriebsübergang“, у: Horst Konzen, Sebastian Krebber, Thomas Raab, Barbara Veit, Bernd Waas (eds), *Festschrift of Rolf Birk*, 2008, 687. Наведено према: D. Niksova, *op. cit.*, 200.

¹³⁴³ German Federal Labour Court (BAG) 26.5.2011 – 8 AZR 37/10, European Employment Law Cases (EELC) 2012/1, 4-6 (Schreiner). Наведено према: D. Niksova, *op. cit.*, 200.

угашено.¹³⁴⁴ Премда немамо податке о сличним случајевима, јасно је да је процена очувања идентитета предузећа препуштена националним судовима, који би, као и у домаћим ситуацијама, требало да узму у обзир све критеријуме које је Суд правде утврдио у случају *Spijkers*.¹³⁴⁵ То значи да околност да се пренос предузећа одвија између послодавца са седиштем у различитим државама чланицама није сам по себи препрека да би исти био квалификован као пренос предузећа у смислу Директиве 2001/23/ЕЗ.¹³⁴⁶ Једино је упитно да ли удаљеност између места рада код послодавца претходника и места рада код потенцијалног послодавца следбеника представља додатни критеријум у процени очувања идентитета предузећа. Немачки Савезни радни суд је утврдио да је 60 километара релативно мала удаљеност будући да запослени могу аутомобилом да стигну у року од сат времена. Сходно томе, према тумачењу немачког Савезног радног суда, ова релативно кратка удаљеност не спречава постојање прекограничног преноса предузећа.¹³⁴⁷ Стога се стиче утисак да немачки Савезни радни суд заступа став да би удаљеност између географског положаја предузећа које се преноси и његовог новог одредишта, спречила квалификацију дотичног преноса као преноса предузећа у смислу Директиве 2001/23/ЕЗ. Међутим, у литератури се истиче да би у овом случају било примереније, и више у духу јуриспруденције Суда правде у Луксембургу, разликовати секторе привредних делатности. Па тако, у одређеним радно интензивним секторима, у којима су привредне активности у основи засноване на радној снази, удаљеност би могла играти значајну улогу, јер је такав ентитет способан да задржи свој идентитет само ако послодавац следбеник преузме одређени број запослених, и то оних који поседују одређене вештине.¹³⁴⁸ У прекограничним сценаријима, међутим, већина запослених обично неће бити спремна да промени место рада, осим када је оно близу границе, односно близу претходног места рада или места њиховог становања. Сходно наведеном, извесније је да ће пренос предузећа која припадају радно интензивном сектору привредних делатности у државу која је физички доста удаљена довести до његовог гашења, а не до преноса у смислу Директиве 2001/23/ЕЗ. Насупрот томе, у секторима привредних делатности које су у значајној

¹³⁴⁴ *Ibid.*, 201.

¹³⁴⁵ Пресуда у предмету C -24/85 (*Jozef Maria Antonius Spijkers v. Gebroeders Benedik Abattoir CV and Alfred Benedik en Zonen BV*) од 18. марта 1986. године (European Court Reports 1986, 127).

¹³⁴⁶ Bjorn Gaul, Simon Jeffreys, Andreas Tinhofer, Stanislas van Wassenhove, *Study on the application of Directive 2001/23/EC to cross-border transfers of undertakings*, Study no VT/2005/101, CMS Employment Practice Area Group, 2006, 6.

¹³⁴⁷ German Federal Labour Court (BAG), 26.5.2011 – 8 AZR 37/10, European Employment Law Cases (EELC) 2012/1, 4-6 (Schreiner). Наведено према: D. Niksova, *op. cit.*, 202.

¹³⁴⁸ D. Niksova, *op. cit.*, 201.

мери заснивају на имовини, предузеће може да задржи свој идентитет ако нови послодавац преузме имовину, чак и ако многи запослени одбију да раде на новом месту рада.¹³⁴⁹ У таквој ситуацији, премештај запослених је радноправна последица, а не критеријум за утврђење да ли је идентитет очуван. Сходно томе, у овим секторима привредних делатности чињеница да многи запослени не желе да прихвате промену места рада нема никаквог утицаја на утврђење да ли је дошло до преноса предузећа.¹³⁵⁰

3.4.2. Правила о сукобу закона

Анализа прекограничног преноса предузећа неизоставно укључује питање правила о сукобу закона. Како смо напред навели, Директива 2001/23/ЕЗ, као секундарни извор права Европске уније, у члану 1(2) садржи правило о територијалном подручју примене у којем се наводи „ова Директива се примењује кад и ако се предузеће, пословање или део предузећа или пословања које се преноси налази унутар територијалног подручја примене Уговора“. Као таква, „Директива се примењује кад год се предузеће које се преноси налази на територији Европске уније“.¹³⁵¹ Па ипак, постављају се питања у вези са тумачењем овог посебног правила о територијалном подручју примене Директиве и његовим односом са устаљеним мултилатералним приступом сукобу закона. Да ли правило садржано у Директиви 2001/23/ЕЗ има значај правила о сукобу закона? Како наведено правило имплементирати у национално законодавство будући да се Директива 2001/23/ЕЗ не примењује директно на поједине актере у државама чланицама? Има ли правило из члана 1(2) Директиве 2001/23/ЕЗ предност над постојећим (мултилатералним) правилима о сукобу закона? Да ли се квалификује као одредба права Заједнице којом се утврђују правила о сукобу закона која се односе на уговорне обавезе у смислу члана 23 Уредбе (ЕЗ) бр. 593 о праву које се примењује на уговорне обавезе (даље у тексту Уредба Рим I)?¹³⁵² Премда су одговори на ова питања од виталног значаја за утврђивање права који се примењује на (прекогранични) пренос предузећа, њихова детаљна анализа превазилази оквир овог рада. Стога ћемо се у наставку рада осврнути на кључну проблематику.

¹³⁴⁹ B. Gaul, S. Jeffreys, A. Tinhofer, S. van Wassenhove, *op. cit.*, 6.

¹³⁵⁰ D. Niksova, *op. cit.*, 201-203.

¹³⁵¹ K. C. Henckel, *op. cit.*, 49, 51, 294, 297, 368, 386.

¹³⁵² *Ibid.*, 297. Према члану 23 Уредбе (ЕЗ) бр. 593 о праву које се примењује на уговорне обавезе (даље у фуснотама Уредба Рим I) „уз изузетак члана 7, ова Уредба не доводи у питање примену одредаба права Заједнице, која у погледу дефинисаних питања, утврђује правила о сукобу закона везаних за уговорне обавезе“. Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), *Official Journal* L 177, 4.7.2008, 6–16.

Пре свега, ваља истаћи да Директива 2001/23/ЕЗ води порекло из европског комунитарног права, те да, стога, европско комунитарно право и принципи који су у њему садржани, могу бити најприкладнији за решавање ових питања и једнообразно утврђивање закона који регулише прекогранични пренос предузећа. Принципи првенства и територијалности који постоје у европском комунитарном праву осмишљени су тако да решавају сукобе између националних права и права Европске уније. Ови принципи, међутим, не одговарају у потпуности на питања сукобљених националних одредби којима се преносе европске директиве, као ни на питања међуодноса између европских директива и националних механизма сукоба закона и међуодноса европских директива и европских правних аката о сукобу закона.¹³⁵³

Због начела територијалности, сви европски правни прописи ће се примењивати унутар територије Европске уније. У том смислу, европско законодавство се примењује на територији Европске уније у истој мери у којој се национално законодавство примењује на државној територији. Па ипак, у расправи о проблемима који се јављају у вези са прекограничним преносом предузећа, начело територијалности нема значаја, имајући у виду да не решава питање које националне одредбе о стеченим правима запослених треба применити у сваком датом случају. Исти је случај и са начелом првенства, према којем европско комунитарно право има предност у односу на национално право у случају сукоба између њих. Сигурно је да се таква хијерархија лако успоставља када се ради о комунитарним правним актима који се директно примењују (и вертикално и хоризонтално) у свим државама чланица. Међутим, директиве нису такви правни акти. Оне обавезују у погледу циља коме теже, те захтевају имплементацију у национално законодавство (делују само вертикално), након чега у суштини постају део постојећег домаћег права. У том смислу, оне немају „природно надмоћно дејство“¹³⁵⁴ у односу на било коју норму националног законодавца. Да би се норме које произилазе из европских директива класификовале као „норме непосредне примене“ у смислу члана 9 Уредбе Рим I,¹³⁵⁵ оне би морале тежити заштити одређеног

¹³⁵³ Stéphanie Francq, „Community Law Methods of Private International Law“, у: Petar Sarcevic, Paul Volken, Andrea Bonomi (eds), *Yearbook of Private International Law*, vol. VII, Sellier European Law Publishers, München, 2006, 337.

¹³⁵⁴ Mathias Kuckein, *Die "Berücksichtigung" von Eingriffsnormen im deutschen und englischen internationalen Vertragsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, 61. Наведено према: К. С. Henckel, *op. cit.*, 299.

¹³⁵⁵ Према члану 9 Уредбе Рим I „норме непосредне примене су норме чије се поштовање сматра кључним у држави за заштиту њених јавних интереса, попут политичког, социјалног или привредног уређења, у мери у којој их је могуће применити на било коју ситуацију коју обухватају, без обзира на право које је иначе меродавно за уговор на темељу ове Уредбе“. Сврха овог члана је да омогући суду да у изузетним околностима узме у обзир јавни интерес. Међутим, уводна изјава број 37 Уредбе Рим I указује да се „норме непосредне примене“ морају тумачити рестриктивно. У пресуди *Nikiforidis*, Суд правде је,

колективног или јавног интереса. Немачки Савезни радни суд,¹³⁵⁶ као и већина правних писаца,¹³⁵⁷ су мишљења да правила о преносу предузећа не спадају у делокруг члана 9 Уредбе Рим I, јер она теже заштити приватних интереса странака, а не јавних интереса у смислу овог члана. Како је навео немачки Савезни радни суд, циљ правила о преносу предузећа првенствено је заштита запослених чија права морају бити заштићена у случају промене послодавца. Иако Директива предвиђа пренос права и обавеза које проистичу из колективних уговора о раду и очување функције представника запослених, она то чини, пре свега, у интересу погођених запослених.¹³⁵⁸ Осим тога, оцена је да ни међународни карактер одредбе није нужно показатељ да је у питању „норма обавезне примене“, као ни чињеница да је одредба усмерена на правилно функционисање унутрашњег тржишта, будући да је целокупно европско комунитарно законодавство усмерено ка том циљу.¹³⁵⁹ Сходно томе, већински став теорије је, као и став немачког Савезног радног суда, да одредбе о преносу предузећа нису „норме обавезне примене“ у смислу члана 9 Уредбе Рим I. Стога се меродавно право мора одредити према релевантним колизионим нормама. Сама Директива, међутим, не садржи ниједну изричиту одредбу о сукобу закона, остављајући државама чланицама да одреде право које се примењује на (прекогранични) пренос предузећа. Чинећи то, чини се да су државе чланице слободне да искористе тачку везивања за коју сматрају да је најпогоднија за осигурање заштите запослења и пренос уговора о раду са послодавца претходника на послодавца следбеника. У том смислу, у правној теорији постоји неколико гледишта и идеја како постићи наведено. Тако, једни сматрају да би требало увести посебну колизиону норму која ће решити питање меродавног права у вези са преносом предузећа, при чему би њу требало да прати и засебна тачка везивања. Други, пак, закључују да би пренос предузећа у целини требало асимилирати у неку од постојећих колизионих норми, при чему се као најприкладније тачке везивања предлажу повезаност са уговором о преносу предузећа, веза са локацијом предузећа које се преноси и повезивање са индивидуалним уговором о раду.¹³⁶⁰ Према последњем

такође, закључио да се као одступајуће мере „норме непосредне примене“ морају строго тумачити. Пресуда у предмету бр. C-135/15 (*Republik Griechenland v. Grigorios Nikiforidis*) од 18. октобра 2016. године (*European Court Reports* 2016, 774), параграф 44.

¹³⁵⁶ German Federal Labour Court (BAG), 29.10.1992 – 2 AZR 267/92. Наведено према: D. Niksova, *op. cit.*, 206.

¹³⁵⁷ Видети: K. C. Henckel, *op. cit.*, 299; D. Niksova, *op. cit.*, 207-208.

¹³⁵⁸ German Federal Labour Court (BAG) 29.10.1992 – 2 AZR 267/92. Наведено према: D. Niksova, *op. cit.*, 207.

¹³⁵⁹ K. C. Henckel, *op. cit.*, 299.

¹³⁶⁰ О наведеним гледиштима видети више: K. C. Henckel, *op. cit.*, 221-239.

становишту, које је преовлађујуће у литарутури, на пренос предузећа треба применити право које се примењује на индвидуални уговор о раду. Оправдање оваквог приступа лежи, прво, у тумачењу правила о одређивању права које се примењује на уступање уговора, према којима је за пренос уговора меродавно право које се примењује на сам уговор. Верује се да се ово право, такође, примењује на пренос уговора на основу закона, као што је *ex lege* пренос осигурања, закупа, потрошачког уговора и уговора о раду. Друго оправдање за узимање индивидуалног уговора о раду као тачке везивања налази се у циљевима и сврси Директиве 2001/23/ЕЗ. Будући да је примарни циљ Директиве да заштити запослене тако што ће осигурати очување њиховог запослења након преноса предузећа, сам пренос је суштински повезан са уговором о раду или односом који постоји са послодавцем следбеником.¹³⁶¹ Према има снажних аргумената против прихватања овог гледишта,¹³⁶² ако се оно прихвати и ако се приликом утврђивања права које се примењује на (прекогранични) пренос предузећа тражи веза са индвидуалним уговором о раду, релевантан ће бити члан 8 Уредбе Рим I.

Суштинска карактеристика система успостављеног Уредбом Рим I је принцип слободе избора, што значи да странке могу слободно бирати меродавно право. То је случај и са индвидуалним уговорима о раду. У том смислу, „индивидуални уговор о раду подлеже праву које одаберу уговорне странке“.¹³⁶³ Међутим, „такав избор права не може за последицу имати лишавање запослених заштите коју им осигуравају одредбе од којих се не може споразумно одступити на темељу права које би, у случају да оно није одабрано, било меродавно на основу ставова 2, 3 и 4 овог члана“.¹³⁶⁴ Ако уговорне странке нису изабрале меродавно право, „уговор подлеже праву државе у којој, односно из које запослени уобичајено извршава свој посао на темељу уговора“, при чему „не сматра се да је држава у којој се посао уобичајено извршава промењена, ако је

¹³⁶¹ Видети више: К. С. Henckel, *op. cit.*, 232.

¹³⁶² Тако се, примера ради, Henckel снажно противи овом преовлађујућем мишљењу, наводећи да „иако је (Директива 2001/23/ЕЗ - М. Д.) првенствено намењена заштити појединачног запосленог, ефекти преноса предузећа нису ограничени на индвидуални радни однос, већ се такође тичу оперативних, економских и колективних интереса запослења, за које индивидуални уговор о раду представља слабу везу. С обзиром да предузеће представља основу Директиве 2001/23/ЕЗ, прикладнија тачка везивања је седиште предузећа које се преноси. То је Директива која се врти око предузећа, а њене одредбе постају оперативне само ако дође до преноса предузећа. Штавише, веза са локацијом предузећа које се преноси је подржано чланом 1(2) Директиве 2001/23/ЕЗ, који седишту предузећа придаје посебно значење тако што одређује да се Директива примењује где се и ако се предузеће, пословање или део предузећа или пословања који се преноси налази унутар територијалног подручја примене Уговора. За разлику од везивања за индвидуални уговор о раду, седиште предузећа се лако утврђује и подразумева неутралну везу која је уско повезана са преносом самог предузећа“. Видети више: К. С. Henckel, *op. cit.*, 236.

¹³⁶³ Уредба Рим I, члан 8(1).

¹³⁶⁴ *Ibid.*

запослени привремено запослен“.¹³⁶⁵ Ако се меродавно право не може утврдити на напред наведени начин, „уговор подлеже праву државе у којој се налази место пословања у којој је запослени запослен“.¹³⁶⁶ Најзад, „кад је јасно из свих околности случаја да је уговор у најближој вези с државом која није држава наведена у ставовима 2 и 3, меродавно је право те друге државе“.¹³⁶⁷

Одредба члана 8 делује као *lex specialis* у односу на општа правила садржана у члановима 3 и 4 Уредбе Рим I. Примењује се на све индивидуалне уговоре о раду и не поставља никакву дефиницију појма уговора о раду нити било какве додатне захтеве. Ипак, примена одредбе ограничена је на индивидуалне уговоре о раду и не проширује се на колективне уговоре о раду, који су генерално везани принципима територијалности. Сама одредба прописује поступак за утврђивање права које се примењује на уговор о раду. Овај поступак се може показати прилично замршеним, а у литератури је описан као „лабиринт“¹³⁶⁸ будући да у ситуацијама у којима су саме странке одабрале меродавно право, захтева од суда да: 1) утврди право које би се применило на уговор у одсуству избора меродавног права; 2) утврди да ли постоје и која обавезна правила за заштиту запослења, и 3) примени правила која су повољнија по запосленог. Ако саме странке нису изабрале меродавно право, суд ће утврдити право које се примењује тражећи везу са местом уобичајеног запослења. Међутим, утврђивање права који се примењује на прекогранични пренос предузећа на основу наведене колизионе норме, вероватно ће резултирати променом меродавног права уколико се предузеће пренесе у другу државу, а запослени почне да обавља посао на новој локацији (под условом да није привремено запослен у тој другој земљи).¹³⁶⁹ Притом, до промене меродавног права неће доћи на дан постизања договора да ће се рад извршавати на новој локацији, већ на дан када запослени заиста почне да ради на свом новом месту рада. Будући да је тачка везивања место у којем или из којег запослени уобичајено извршава свој посао, меродавно право се не мења ако запослени одбије да ради на новом месту рада. Међутим, ако је он вољан да ради на новој локацији, на уговор о раду ће се примењивати право државе у којој је предузеће пренесено, и то од дана када запослени почне да обавља свој посао на новој

¹³⁶⁵ *Ibid.*, члан 8(2).

¹³⁶⁶ *Ibid.*, члан 8(3).

¹³⁶⁷ *Ibid.*, члан 8(4).

¹³⁶⁸ Michal Wojewoda, „Mandatory rules in private international law: With Special Reference to the Mandatory System under the Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations“, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, број 2/2000, 183.

¹³⁶⁹ D. Niksova, *op. cit.*, 208.

локацији.¹³⁷⁰ То значи да ако, примера ради, француски послодавац прода своје предузеће америчкој компанији, она ће морати да преузме све уговоре о раду. Међутим, ако се у другом кораку пословање пресели у Сједињене Америчке Државе и запослени се, пратећи предузеће, преселе на нову локацију и тамо почну радити, француско право више неће бити меродавно, осим уколико га саме странке нису изабрале. Ако америчко право не забрањује отказ у овој ситуацији, запослени могу бити отпуштени након пресељења предузећа. Штавише, сва друга права и обавезе Директиве 2001/23/ЕЗ губе се након промене меродавног права.¹³⁷¹ Стога се преузимање уговора о раду и забрана било каквог отпуштања у вези са преносом предузећа могу гарантовати само ако закони сваке од земаља у којима су послодавац претходник и послодавац следбеник пословно настањени садрже правила о обавезном преносу уговора о раду.¹³⁷² Постоје бројне државе које нису чланице Европске уније (попут Швајцарске, Србије, Македоније, Црне Горе и многих других), али су под њеним утицајем у своје законодавство увеле упоредива правила о *ex lege* преносу уговора о раду. У случају преноса предузећа на послодавце са седиштем у некој од ових држава, права запослених гарантована Директивом 2001/23/ЕЗ би суштински била сачувана и након преноса. Међутим, ако закон у земљи одредишта пренесеног предузећа не садржи таква правила, пренос уговора о раду и забрана отпуштања у вези са преносом предузећа не могу се гарантовати након промене меродавног права. Промена меродавног права се, према већинском ставу у теорији, не може спречити ни „клаузулом о бекству“ у смислу члана 8(4) Уредбе Рим I.¹³⁷³ Према наведеном члану „кад је јасно из свих околности случаја да је уговор у најближој вези с државом која није држава наведена у ставовима 2 и 3, меродавно је право те друге државе“. У таквом случају, уобичајено место обављања запослења није важно, као ни локација предузећа у којем је запослени радио. Међутим, код прекограничног преноса се поставља питање да ли су запослени ближе повезани са земљом послодавца претходника, чак и након преноса предузећа у другу земљу у којој почну обављати посао. Суд правде је оценио да се морају узети у обзир све околности

¹³⁷⁰ *Ibid.*

¹³⁷¹ Промена уобичајеног места обављања посла не доводи до ретроактивне промене меродавног права. Уместо тога, меродавно право је у складу са уобичајеним местом обављања посла у одговарајућим временским периодима. Права и обавезе које су настале пре промене меродавног права биће регулисане правом утврђеним у складу са претходним уобичајеним местом обављања посла, док ће чињенице, права и обавезе настали након промене меродавног права бити регулисани законима постојећег уобичајеног места обављања посла. К. С. Henckel, *op. cit.*, 271.

¹³⁷² Abbo Junker, *Internationales Arbeitsrecht im Konzern*, Mohr, Tübingen, 1992, 231. Наведено према: D. Niksova, *op. cit.*, 209.

¹³⁷³ D. Niksova, *op. cit.*, 210.

случаја при утврђивању да ли је уговор о раду ближе повезан са другом земљом. Релевантни фактори су, примера ради, земља у којој запослени плаћа порез на приход од своје активности, земља у којој је покривен шемом социјалног осигурања осигурања, параметри који се односе на утврђивање плате и други услови рада.¹³⁷⁴ Међутим, ако је предузеће пренесено у другу државу, а запослени су се преселили на нову локацију и почели да тамо обављају свој посао (и то не на привременој основи), уговор обично неће више бити повезан са послодавцем претходником, чак и ако запослени и даље живе у земљи претходника или имају држављанство те земље. Ипак, морају се испитати околности сваког појединачног случаја како би се утврдило да ли је уговор ближе повезан са земљом послодавца претходника.

3.4.3. Закључна разматрања

Сумарна анализа постојећих решења која се односе на прекогранични пренос предузећа показала је да уношењем у Директиву 2001/23/ЕЗ посебног правила о територијалном подручју примене, европски законодавац није створио унилатерални систем сукоба закона који функционише независно од општег режима сукоба закона установљеног европским правним прописима.¹³⁷⁵ Будући да наведено правило нема „природно надмоћно дејство“, такав „надмоћни ефекат“ може се постићи само на основу члана 9 или члана 23 Уредбе Рим I. Међутим, одредбе Директиве 2001/23/ЕЗ и правило о територијалном подручју примене садржано у њој тешко је ускладити са било којом од ових одредби. С једне стране, одредбе Директиве 2001/23/ЕЗ могу се примењивати само ако се квалификују као принудне норме непосредне примене *lex fori* (класификација која се у пракси може показати тешком), док је, с друге стране, природа правила о подручју примене из члана 1(2) Директиве 2001/23/ЕЗ неизвесна, па његову

¹³⁷⁴ Пресуда у предмету бр. С-64/12 (*Anton Schlecker v. Melitta Josefa Boedeker*) од 12. септембра 2013. године (*European Court Reports* 2013, 551), параграф 41.

¹³⁷⁵ Правила међународног приватног права за облигационе односе су на нивоу Европске уније кодификована Уредбом (ЕЗ) бр. 593/2008 Европског парламента и Савета од 17. јуна 2008. о праву које се примењује на уговорне обавезе (Рим I) (Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), *Official Journal* L 177, 4.7.2008, 6–16); Уредбом (ЕЗ) бр. 864/2007 Европског парламента и Савета од 11. јула 2007. године о праву које се примењује на вануговорне обавезе (Рим II) (Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), *Official Journal* L 199, 31.7.2007, 40–49) и Уредбом (ЕУ) бр. 1215/2012 Европског парламента и Савета од 12. децембра 2012. године о надлежности, признавању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима (Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, *Official Journal* L 351, 20.12.2012, 1–32).

примену на основу члана 23 Уредбе Рим I чини неефикасном. Све ово, по нашем мишљењу, наглашава неусклађеност Директиве 2001/23/ЕЗ са режимом сукоба закона који постоји према Уредби Рим I. Чињеница да се националне одредбе о заштити запослених у случају промене послодавца могу класификовати као норме непосредне примене само ако пружају минималну заштиту запослених у складу са Директивом 2001/23/ЕЗ, заједно са инхерентним ограничењима квалификације одредбе о територијалном пољу примене Директиве 2001/23/ЕЗ као једностраног правила о сукобу закона, наглашавају потребу за комплементарним правилом о мултилатералном сукобу закона за пренос предузећа. Сходно правилу о територијалном подручју примене из члана 1(2) Директиве 2001/23/ЕЗ, националним одредбама о стеченим правима запослених може се признати дејство принудних норми непосредне примене у мери у којој ове одредбе обезбеђују минималну заштиту запослених загарантовану Директивом 2001/23/ЕЗ. Одредбе које превазилазе минимум заштите запослених обезбеђен овом Директивом није тако лако класификовати као принудне норме непосредне примене. Ова класификација препуштена је самим државама чланицама и захтева процену опште структуре и околности под којима је национални закон усвојен како би се утврдило да ли су те одредбе од таквог значаја да дотична држава чланица њихову примену сматра неопходном.¹³⁷⁶ У том смислу, треба напоменути да ће у пракси одредбе које превазилазе заштиту запослених гарантовану Директивом често бити испреплетене са одредбама којима се обезбеђује минимална заштита до те мере да ће се показати тешким, ако не и немогућим, раздвојити те две врсте одредби. Штавише, Директива 2001/23/ЕЗ и њено пратеће правило о подручју примене не одређују које националне одредбе о стеченим правима треба применити у случају прекограничног преноса предузећа јер не прави разлику између закона и територија држава чланица. Услед тога, остаје неодређено које ће се националне одредбе о стеченим правима применити у случају када је утврђено да предметни пренос предузећа улази у територијално подручје примене Директиве 2001/23/ЕЗ. Осим тога, за државе чланице које су ограничиле примену националних одредаба о правима запослених у случају промене послодавца на своју засебну територију, остаје неодређено које право или одредбе о стеченим правима ће се примењивати кад год се предузеће која се преноси налази изван њихове територије. Сви ови проблеми и нејасноће истичу потребу за постојањем правила о сукобу закона за пренос предузећа. Мишљења смо, да је

¹³⁷⁶ Пресуда у предмету бр. C-184/12 (*United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV v. Navigation Maritime Bulgare*) од 17. октобра 2013. године (*European Court Reports* 2013, 663), параграф 50.

потребно изменити текст Директиве 2001/23/EЗ у вези са преносом предузећа који укључује физичко премештање пренесеног предузећа из једне државе чланице у другу. У контексту повећања корпоративне мобилности, препоручљиво је да се *de lege ferenda* прецизира да су *прекогранични преноси предузећа унутар Европске уније обухваћени Директивом 2001/23/EЗ* и да се (у садржину саме Директиве 2001/23/EЗ) уведе посебно правило о сукобу закона којим ће се решити питање меродавног права за *прекогранични пренос предузећа*.

4. СРПСКИ КОНЦЕПТ ПРОМЕНЕ ПОСЛОДАВЦА

У српском праву, заштита права запослених у случају преноса предузећа регулисана је под покровитељством института „права запослених код промене послодавца“. Наведени институт је у домаће право први пут (након раскида са концепцијом радног односа као међусобног односа радника у основној организацији удруженог рада) уведен Законом о раду од 2005. године.¹³⁷⁷ Регулисање ове материје је, пре свега, израз темељних промена у српској економији које су последица приватизације предузећа у државном и друштвеном власништву, различитих врста реструктурирања предузећа у смислу повећања конкурентности на тржишту и, коначно, усклађивања српског радног законодавства са *acquis communautaire* Европске уније.¹³⁷⁸ Настојећи да ограничи несигурност запослења, Закон о раду уређује питање заштите права запослених у случају промене послодава, и то по узору на европске стандарде заштите права запослених садржане у Директиви 2001/23/EЗ. Заштита је загарантована за све запослене и укључује три основна инструмента: 1) очување запослења, односно пренос свих уговора о раду са послодавца претходника на послодавца следбеника; 2) очување (иако временски ограничено) колективног уговора о раду закљученог са послодавцем претходником; и 3) информисање и консултовање запослених о промени послодавца. Иако новоуведена законска решења доприносе бољој заштити запослених и сигурности запослења у нашој држави, она пате од одређених непрецизности. Ово се, пре свега, односи на материјално подручје примене одредби о заштити запослења које је непрецизно одређено, имајући у виду да Закон о раду уређује само неке аспекте промене послодавца, али ни њих не уређује целовито. Осим тога, правила о подручју

¹³⁷⁷ Закон о раду (2005), чланови 147-151.

¹³⁷⁸ Упор. Todor Kalamatiev, Aleksandar Ristovski, „Transfer of Undertakings and Protection of Employees Individual Rights in the Republic of Macedonia“, у: Erica Kovács, Martin Winner (eds), *Stakeholder Protection in Restructuring*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2019, 260.

примене начела очувања стечених права су још увек на трагу хармонозације српског радног права са радним правом Европске уније, при чему су у одређеним аспектима повољнија од оних садржаних у Директиви 2001/23/ЕЗ.¹³⁷⁹ Тако, према одредби члана 147 Закона о раду „у случају статусне промене, односно промене послодавца, у складу са законом, послодавац следбеник преузима од послодавца претходника општи акт и све уговоре о раду који важе на дан промене послодавца“. Упоредивањем наведене одредбе са европским концептом преноса предузећа може се одмах уочити неколико разлика.

Прво, постоји очигледна термилошка неусклађеност домаћег закона са Директивом 2001/23/ЕЗ. Закон о раду Републике Србије утврђује правне разлоге (случајеве) промене послодавца на начин који не одговара правној терминологији предметне Директиве. У том смислу, српски законодавац уопште не користи концепцију „преноса предузећа, пословања, дела предузећа или дела пословања“ која је кључна у праву Европске уније, нити дефинише појам „предузеће“, какав је случај у Директиви 2001/23/ЕЗ и правима бројних држава чланица Европске уније.

Друго, Закон о раду не одређује значење појма „промена послодавца“, већ употребљава бланкетну норму која упућује да до активирања заштите права запослених може доћи „у случају статусне промене, односно промене послодавца, у складу са законом...“.¹³⁸⁰ Јасно је, дакле, да се правило о обавезном преносу уговора о раду (са послодавца претходника на послодавца следбеника) примењује на сваки случај промене послодавца која је резултат статусне промене, што, у суштини одговара европском концепту „спајања предузећа“. Међутим, за разлику од Директиве 2001/23/ЕЗ која јасно и изричито (поред спајања предузећа) издваја правни (уговорни)

¹³⁷⁹ Упркос наведеном, одредбе Закона о раду које се односе на овај институт нису мењане од његовог усвајања. Једино је Народна скупштина Републике Србије, на Четвртој седници Другог редовног заседања у 2018. години, одржаној 7. децембра 2018. године, донела аутентично тумачење одредаба Закона о раду повећених трајању радног односа на одређено време у контексту промене послодавца. Према наведеном тумачењу, период трајања радног односа на одређено време рачуна се код послодавца претходника и код послодавца следбеника, тако да укупно трајање радног односа на одређено време одређеног запосленог по том основу код оба послодавца не може бити дуже од 24 месеца. Поред тога, у случају статусне и друге промене послодавца, када као последица ових промена дође до уписа у регистар послодавца следбеника као новооснованог правног лица у складу са законом, послодавац следбеник може са новим запосленима, као и са запосленима који су преузети од послодавца претходника, да закључи нови уговор о раду на одређено време најдуже до 36 месеци, у периоду од годину дана од дана уписа у регистар код надлежног органа. У овом случају, период трајања радног односа на одређено време заснованог код новооснованог послодавца, не урачунава се нити сабира са претходним периодима радног односа на одређено време код послодавца претходника, односно послодавца следбеника. Аутентично тумачење одредаба члана 37. ст. 1-3, став 4. тачка 4) и члана 147. Закона о раду (*Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/17 - УС И 113/17), *Службени гласник РС*, бр. 95/2018.

¹³⁸⁰ Закон о раду (2005), члан 147.

пренос предузећа као посебан основ промене послодавца, Закон о раду то не чини.¹³⁸¹ Уместо тога, он употребљава израз „односно промене послодавца, у складу са законом“. Овако законско решење се може критиковати због недовољне прецизности и дилеме коју ствара. Пре свега, спорно је да ли се заштита запослених односи само на случајеве статусних промена када су оне предвиђене законом (тзв. индиректни пренос предузећа) или на случајеве правног преноса предузећа (тзв. директни пренос предузећа) као што је то случај у европском комунитарном праву. Уколико се на ово питање (тумачењем позитивноправних прописа) одговори позитивно, следеће, нимало једноставно питање јесте који су све случајеви промене послодавца обухваћени концептом правног преноса. Имајући у виду обимну праксу Суда правде Европске уније и његово широко тумачење овог концепта, може се закључити да је домаћи законодавац препустио судовима нимало лак задатак, остављајући широко отворена врата за различито поступање и велику правну несигурност. Ово посебно ако се има у виду прилично широка законска дефиниција појма послодавца која је заснована на унитарној концепцији послодавца, а, којом се „овај појам своди искључиво на овлашћење послодавца да радно ангажује друга лица, како за рад у оквиру радног односа, тако и за неподређени и независни рад“.¹³⁸²

¹³⁸¹ За разлику од домаћег закона, хрватски Закон о раду доследно и у потпуности прихвата Директиву 2001/23/ЕЗ предвиђајући да „ако се статусном променом или правним послом на новог послодавца пренесе предузеће, део предузећа, привредна делатност или део привредне делатности, а који задржава своју привредну целовитост, на новог се послодавца преносе сви уговори о раду радника који раде у предузећу или делу предузећа који је предмет преношења, односно који су везани за обављање привредне делатности или дела привредне делатности која је предмет преношења“ (Закон о раду, *Narodne novine*, бр. 93/14, 127/17, 98/19, члан 137). У осталим државама бивше Југославије ситуација је доста шаренолика. Тако, нови Закон о раду Црне Горе изричито предвиђа правни пренос као правни основ промене послодавца, наводећи да „ако због статусне промене или правног посла дође до промене послодавца или дела послодавца, у складу са законом, послодавац следбеник преузима од послодавца претходника запослене и дужан је да поштује сва права и обавезе запослених из радног односа која важе на дан преузимања, као и да омогући синдикално деловање у складу са законом“ (Закон о раду, *Службени лист Црне Горе*, бр. 74/2019 и 8/2021, члан 108, став 1). Сличан је случај и са Законом о радним односима Републике Северне Македоније који у једном члану (68) предвиђа „статусне промене“ као случајеве на основу којих може доћи до промене послодавца, док у другом члану (68а) наводи да правни разлози за промену послодавца могу бити и „правни пренос“ или „спајање“ предузећа (Закон за работните односи, *Службени весник на Р. Македонија*, број 62/2005, 106/2008, 161/2008, 114/2009, 130/2009, 50/10, 52/10, 124/10, 47/11, 11/12, 39/12, 13/13, 25/13, 170/13, 187/13, 113/14, 20/15, 33/15, 72/15, 129/15 и 27/16, чл. 68 и 68а); С друге стране, Закон о раду Републике Српске и Закон о раду Федерације Босне и Херцеговине, слично као и Закон о раду Републике Србије, не предвиђају изричито правне промене предузећа као основ промене послодавца, већ користе уопштenu формулацију о преносу уговора о раду „у случају статусне промене код послодавца, односно промене послодавца у складу са законом [...]“, с тим да експлицитно наводе важење начела заштите запослења и у случају промене власништва над послодавцем (Закон о раду, *Службени гласник Републике Српске*, члан 154) односно власништва над капиталом послодавца (Закон о раду, *Службене новине Федерације БиХ*, бр. 26/16 и 89/18, члан 117).

¹³⁸² Љ. Ковачевић, *Заснивање радног односа*, 424. Као што је напред поменуто, послодавац, у смислу (члана 5, став 2) Закона о раду, јесте „домаће, односно страно правно или физичко лице које запошљава, односно радно ангажује, једно или више лица“. Видети: *infra*, фус. 229.

Треће, у европском комунитарном праву и праву држава чланица Европске уније постоје два услова која морају бити испуњена да би се активирала заштита запослених предвиђена Директивом 2001/23/ЕЗ: 1) промена послодавца (као последица правног преноса или спајања предузећа) и 2) очување идентитета предузећа (привредног ентитета). Овај други услов се, како смо напред видели, с правом критикује у правној књижевности као решење које представља препреку за постизање пуне заштите права запослених, будући да послодавцу који наставља или обнавља активност свог претходника даје прилику да избегне своје обавезе предвиђене Директивом 2001/23/ЕЗ. Стога се указује на чињеницу да се одговарајућа заштита запослених може постићи само ако обухват начела очувања запослења укључује све варијације преноса предузећа, без обзира на промене које је увео послодавац следбеник и без обзира тренутак када су те промене уведене. Управо такво решење је садржано у Закону о раду Републике Србије. Његове одредбе не ограничавају примену правила о заштиту запослења очувањем идентитета пренесеног предузећа, јер се гаранција пружа у свим случајевима промене послодавца, без обзира на то да ли је привредни идентитет предузећа сачуван или није. Дакле, у домаћем праву запослени уживају право на наставак рада без обзира на промене које је послодавац увео након преноса предузећа и без обзира на тренутак наступања одређене промене. То значи да је за активирање правила о аутоматском преносу уговора о раду потребно испуњење само једног услова - наступање промена правног идентитета послодавца. Према похвално, овако решење, чини се, није израз великодушности домаћег законодавца и његове свесне одлуке да запосленима пружи већи степен заштите од оног гарантованог Директивом 2001/23/ЕЗ, већ последица чињенице да се у домаћем закону радноправне последице промене послодавца везују, пре свега, за статусне промене послодавца, када очување идентитета предузећа уопште и није спорно. Међутим, домаћи закон не регулише изричито правни пренос предузећа као правни разлог промене послодавца у ком случају, у суштини, једино и настаје потреба за постављањем додатних критеријума како би се утврдило које све операцију могу бити квалификоване као (правни) пренос предузећа.

Четврто, Закон о раду не регулише радноправне последице промене (инсолвентног) послодавца над којим је покренут стечајни поступак, већ то чини стечајно законодавство. У том смислу, ваља рећи да српски Закон о стечају предвиђа да се стечај може спроводити банкротством (намирењем поверилаца из вредности целокупне имовине стечајног дужника, односно стечајног дужника као правног лица) или реорганизацијом (намирењем поверилаца према усвојеном плану реорганизације и

то редефинисањем дужничко-поверилачких односа, статусним променама дужника или на други начин који је предвиђен планом реорганизације).¹³⁸³ План реорганизације се може поднети истовремено са предлогом за покретање стечајног поступка (у којем случају се његов назив мења у унапред припремљени план реорганизације) или најкасније у року од 90 дана од дана отварања стечајног поступка, при чему стечајни судија може на образложени предлог продужити овај рок највише за 60 дана.¹³⁸⁴ Но, без обзира на то у ком правцу ће се поступак стечаја кретати (у правцу банкротства или реорганизације) - што се не мора знати пре истека прописаног рока за подношење плана реорганизације и одржавања рочишта за његово усвајање - Закон о стечају предвиђа да је отварање стечајног поступка разлог за отказ уговора о раду који је стечајни дужник закључио са запосленима.¹³⁸⁵ Овакво решење није у складу са одредбама Директиве 2001/23/ЕЗ која државама чланицама пружа могућност искључења примене одредби о очувању запослења и забрани отказа из разлога везаних за саму промену послодавца (чланове 3 и 4 Директиве 2001/23/ЕЗ), у случајевима преноса предузећа „кад послодавац претходник подлеже стечајном или сличном поступку у случају инсолвентности који је покренут с циљем ликвидације имовине послодавца претходника [...]“.¹³⁸⁶ То, дакле, значи да се примена Директиве 2001/23/ЕЗ може искључити само уколико се стечајни поступак креће у правцу банкротства инсолвентног послодавца, односно само онда кад послодавац претходник „подлеже стечајном или сличном поступку који је покренут с циљем ликвидације његове имовине“, али не и поступцима који имају за циљ заштиту имовине инсолвентног послодавца и, тамо где је то могуће, наставак пословања предузећа. За разлику од наведеног, домаће стечајно законодавство пружа могућност давања отказа уговора о раду без обзира на правац кретања стечајног поступка, дакле и у случају спровођења реорганизације, те, самим тим, оно није у складу са европским стандардом. Додуше, ваља приметити да се поступак реорганизације према нашем Закону о стечају спроводи „ако се тиме обезбеђује повољније намирење поверилаца у односу на банкротство, а посебно ако постоје економско оправдани услови за наставак дужничковог пословања“.¹³⁸⁷ То значи да наставак пословања није основни, најважнији разлог опредељивања за поступак реорганизације, већ представља допунски, посебно важан

¹³⁸³ Закон о стечају (*Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011 - др. закон, 71/2012 - одлука УС, 83/2014, 113/2017, 44/2018 и 95/2018), члан 1.

¹³⁸⁴ *Ibid.*, члан 155, став 2 и члан 162, став 1 и 2.

¹³⁸⁵ *Ibid.*, члан 77.

¹³⁸⁶ Директива 2001/23/ЕЗ, члан 5(1).

¹³⁸⁷ Закон о стечају, члан 155, став 1.

разлог за такву одлуку. Упркос томе, исти се, ипак, не може квалификовати као „поступак који је покренут с циљем ликвидације имовине“, те у том смислу не би могао (према одредбама Директиве 2001/23/ЕЗ) бити обухваћен изузетком од примене начела очувања запослења. Оно што може бити проблем у вези са имплементацијом наведене одредбе Директиве 2001/23/ЕЗ јесте чињеница да се према домаћим решењима у тренутку подношења предлога за отварање стечајног поступка не зна у коме правцу ће се поступак стечаја спроводити, будући да закон оставља одређени рок након отварања стечајног поступка за подношење плана реорганизације. Стога је питање какав би био положај запослених до тренутка утврђивања правца спровођења стечајног поступка. Премда коначно решење овог питања захтева пажљиво анализу различитих чиниоца и интереса, чини се, да би једно од решења могло бити очување радноправног статуса запослених лица док се не утврди начин спровођења стечајног поступка, а након тога, у зависности од даљег правца стечаја (банкротство или реорганизација) одлучивати о (евентуалном) отказу уговора о раду (поступак банкротства) или наставку радног односа (реорганизација).

Поред тога, ваља поменути да Закон о стечају предвиђа да једна од мера за реализацију плана реорганизације може бити и *отпуштање запослених или ангажовање других лица*, што представља решење које, такође, није усклађено са европским стандардима. Наиме, као што смо напред видели, Директива 2001/23/ЕЗ омогућава државама чланицама које се одлуче за примену Директиве 2001/23/ЕЗ и у стечајним поступцима да предвиде да се дугови послодавца претходника на темељу уговора о раду или радног односа, који су били плативи пре преноса или пре почетка стечајног поступка, не преносе на послодавца следбеника, или (као алтернатива) да послодавац следбеник и послодавац претходник, на једној страни, и представници запослених, на другој страни, могу изменити одредбе и услове рада запослених којима је циљ заштита могућности запошљавања, тако да се осигура опстанак предузећа.¹³⁸⁸ Из наведеног, дакле, произилази да у случају када примена одредби о обавезном преносу уговора о раду и забрани отказа није искључена за време стечајног поступка (било зато што се ради о поступку реорганизације па иста није ни могла бити искључена или се ради о поступку чији је циљ ликвидација имовине, али се држава чланица одлучила да примењује Директиву 2001/23/ЕЗ и у поступку банкротства), државе чланице својим националним законодавствима могу предвидети наведена умањења стечених права

¹³⁸⁸ Директива 2001/23/ЕЗ, члан 5(2).

запослених, али и не отпуштање запослених. Имајући у виду да се поступак реорганизације предвиђен домаћим стечајним законодавством, према нашем мишљењу, не може квалификовати као поступак који је циљ ликвидација имовине, предвиђена мера за реализацију плана реорганизације у виду отпуштања запослених - није усклађена са Директивом 2001/23/ЕЗ. Међутим, ваља истаћи да ни европска решења нису, као што смо напред видели, без мањкавости, а разнолика упоредноправна решења само додатно потврђују да је постизање равнотеже интереса послодаваца, запослених и других поверилаца посебно тешко када је над инсолвентним послодавцем претходником покренут стечајни поступак. У том смислу, задатак је сваке државе да пронађе решење које ће бити довољно флексибно да омогући послодавцима који су у финансијској кризи да преживе, али да не дозволи да запослени буду жртвовани у хиру послодавчевих пословних одлука.

И, најзад, примећује се да домаћи закон не садржи одредбе о територијалном подручју примене начела очувања запослења нити посебно правило о сукобу закона.

4.1. Случајеви промене послодавца у српском законодавству

4.1.1. Промена послодавца са својством физичког лица

Одредбе Закона о раду посвећене институту „права запослених код промене послодавца“ односе се на послодавце са својством правног лица, док о промени послодавца са својством физичког лица нема ниједне одредбе у домаћем радном законодавству. Стога се за одговарајућим правилима примењивим на ову групу послодаваца мора трагати у склопу општих правила наследног, породичног и компанијског права (ако послодавац има својство предузетника). У том смислу, уколико се у улози послодавца појављује физичко лице као такво (примера ради код радног односа са кућним помоћним особљем) до промене његовог правног идентитета у постојећем радном односу може доћи у случају смрти или губитка пословне способности, осим уколико се личност послодавца може сматрати незаменљивом за испуњење постојећег радног односа (запослени је, примера ради, ангажован да брине о послодавцу који је зависан од неге и помоћи другог лица). С друге стране, уколико је послодавац физичко лице са својством предузетника, у случају његове смрти или губитка пословне способности предузетника (сходно одредбама Закона о привредним

друштвима) он *престаје са обављањем делатности по сили закона*.¹³⁸⁹ Ово правило је, очигледно, последица чињенице да предузетник нема одвојен правни субјективитет, па смрћу физичког лица које је носилац субјективитета, престаје и статус предузетника. У тренутку смрти, дакле, послодавац губи правни субјективитет па, према томе, и сва права и обавезе која су чинила његов правни статус. То, у крајњем, значи да и радни однос запослених даном смрти послодавца престаје по сили закона. До овога, међутим, не мора увек доћи, будући да Закон о привредним друштвима предвиђа да „у случају смрти или губитка пословне способности наследник, односно члан његовог породичног домаћинства (брачни друг, деца, усвојеници и родитељи) који је при том и сам пословно способно физичко лице *може наставити обављање делатности* на основу решења о наслеђивању или међусобног споразума о наставку обављања делатности, који потписују сви наследници, односно чланови породичног домаћинства“.¹³⁹⁰ Лице које жели наставити са обављањем предузетничке делатности дужно је да у року од 30 дана од дана смрти предузетника или правноснажности решења којим је утврђен губитак пословне способности пријави наставак обављања делатности регистру у складу са законом о регистрацији.¹³⁹¹ Наведене одредбе представљају новину у нашем правном систему, те коначно решавају дилему могућности настављања предузетничке делатности. Међутим, чињеница да се једном одредбом решавају две различите правне ситуације (смрт и губитак пословне способности), створила је забуну у њеном тумачењу и примени, како у у погледу предмета наслеђивања, тако и у погледу лица која могу наставити обављање делатности.¹³⁹² Упркос бројним нејасноћама, из

¹³⁸⁹ Закон о привредним друштвима, члан 91, став 6, тачка 1.

¹³⁹⁰ *Ibid.*, члан 91, став 7.

¹³⁹¹ *Ibid.*, члан 91, став 8.

¹³⁹² Тако је, пре свега, нејасно шта законодавац подразумева под изразом „може наставити обављање делатности“, будући да га користи без икаквих прецизирања. Јасно је да предузетник нема правни субјективитет, па, према томе, ни своју посебну имовину. Предузетничка делатност се фактички састоји од пословног имена предузетника и имовине коју он користи за обављање делатности (која није одвојена од остале његове имовине). Пословно име предузетника има обавезне и факултативне елементе. Обавезни елементи су: 1) лично име и презиме предузетника; 2) опис претежне делатности; 3) ознака "предузетник" или скраћеница "пр" и 4) ознака седишта (мисли се на место у којем се обавља делатност, не и на адресу). Поред тога, пословно име *може* да садржи назив (реално, предметно име), као и предмет пословања предузетника (Закон о привредним друштвима, члан 91, став 7). Ови факултативни елементи имају, пре свега, комерцијални значај, јер се већина предузетника препознаје на тржишту управо преко свог назива или других овде поменутих елемената, а не нужно преко свог личног имена. Може се, отуда, претпоставити да наведени законски израз подразумева да се делатност може наставити под називом (као делом пословног имена) који је користио преминули предузетник и коришћењем имовине која је служила за обављање делатности. У погледу лица овлашћених да наставе обављање предузетничке делатности, у закону, такође, постоје непрецизности, па је нејасно да ли су то наследници или чланови породичног домаћинства, нити зашто је потребна сагласност свих чланова породичног домаћинства за наставак делатности. Видети: Милош Вукотић, „Наслеђивање предузећа“, *Право и привреда*, број 10-12/2018, 169-170.

цитираних одредби се може, пре свега, закључити да у случају смрти послодавца - наследник, који је и сам пословно способно лице, може наставити са обављањем предузетничке радње под условом да регистру привредних субјеката пријави наставак обављања делатности у року од 30 дана од дана смрти предузетника. Будући да је основ уписа решење о наслеђивању које је, практично гледано, готово немогуће добити у наведеном року, чини се да ће одредба о наставку обављања делатности у прописаном року моћи да се примењује једино у случају постојања одлуке наследника (када постоји само један наследник) односно споразума свих санаследника о наставку обављања делатности. Уколико се таква одлука не донесе односно споразум не сачини (нити се добије решење о наслеђивању) у поменутом року од 30 дана од дана смрти послодавца, сматраће се да је послодавац престао да постоји по сили закона, те ће бити брисан из регистра привредних субјеката.¹³⁹³ То значи да ће и радни однос свих запослених престати. Ако се, пак, у предвиђеном року добије решење о наслеђивању, односно донесе одлука наследника или сачини споразум санаследника, онда се као спорно отвара питање статуса запослених за период од дана смрти послодавца до дана регистравања промене о новом носиоцу предузетничке делатности: да ли запослени имају обавезу да долазе на посао и да ли је уопште очуван њихов радноправни статус за то време? Другим речима, може ли санаследничка заједница да обавља предузетничку делатност и врши овлашћења послодавца у периоду од смрти послодавца до регистравања новог физичког лица као носиоца предузетничке делатности? Полазећи од дефиниције предузетника, могло би се закључити да само појединац може да буде предузетник, тј. да положај предузетника не може да припада групи лица. Међутим,

¹³⁹³ У складу са одредбама Закона о привредним друштвима, предузетник губи својство предузетника, брисањем из регистра привредних субјеката, које се врши због престанка обављања делатности - услед одјаве или по сили закона (члан 91, ст. 1-3). Из наведеног произилази да ће се брисање предузетника извршити са даном доношења решења о брисању из надлежног регистра, и то тек након што регистрациони орган сазна за чињеницу смрти - дакле, када неко лице достави регистрационом органу извод из матичне књиге умрлих. Брисање ће се, ипак, спровести тако да дан престанка обављања делатности одговара дану смрти тог лица. Када не би било тако и када би се брисање извршило са неким каснијим датумом, то би онда значило да неко лице и после смрти наставља да обавља делатност, што правно, а ни фактички није могуће. Међутим, законом није регулисано дејство конкретне правне ситуације на права трећих лица - запослених, па се поставља питање шта је са привредном делатношћу у случају да ниједно лице не пријави чињеницу смрти нити наставак обављања делатности у року од 30 дана, те се брисање из регистра изврши након дужег времена. Мишљења смо да се датум престанка обављања делатности (датум смрти) односи на само физичко лице које је било регистровано као предузетник и да га треба разликовати од датума брисања из регистра предузетника. Датум брисања из регистра (датум доношења решења о брисању) треба узети као датум у односу на који се цени радноправни статус запослених, који се сматрају трећим лицима, а ово зато што је одредбама члана 22 Закона о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре (*Службени гласник РС*, бр. 99/2011, 83/2014 и 31/2019), прописано да се регистровани подаци и документи истовремено објављују са доношењем решења којим се пријава усваја, те да регистрација производи правно дејство према трећим лицима наредног дана од дана објављивања.

практични разлози, потреба заштите правног положаја запослених и свих других повериоца, као и јавни интерес да се успешни предузетници сачувају, налажу да се санаследничкој заједници дозволи да обавља предузетничку делатност пре деобе заоставштине.¹³⁹⁴ Такав је, примера ради, став немачке судске праксе и доктрине, који није остао без критике, али се ипак одржао због практичних потреба трговинског промета.¹³⁹⁵ Сматрамо да би се исто правило могло применити и у српском праву, будући да Закон о привредним друштвима, као ни прописи који уређују регистрацију предузетника не садрже ни једну одредбу која би изричито томе стала на пут.¹³⁹⁶ Иако предметни Закон користи једнину када се говори о наследнику, чини се, ипак, да је ова ситуација остала изван видокруга законодавца.¹³⁹⁷ Уосталом, овакво тумачење је у складу са одредбама Закона о привредним друштвима које имају за циљ да омогуће наслеђивање предузетника, а поред практичних интереса и положај запослених би био адекватно заштићен, будући да би у том случају имали већи број лица која одговорају за обавезе послодавца.

Готово исте правне последице Закон о привредним друштвима предвиђа и у случају губитка пословне способности послодавца. Па тако, према напред цитираним законским одредбама, у случају губитка пословне способности, послодавац престаје са обављањем делатности по сили закона. Међутим, *члан његовог породичног домаћинства* (брачни друг, деца, усвојеници и родитељи) који је при том и сам пословно способно физичко лице може наставити обављање делатности на основу међусобног споразума о наставку обављања делатности, који потписују сви чланови породичног домаћинства, ако у року од 30 дана од дана правноснажности решења којим је утврђен губитак пословне способности пријави наставак обављања делатности регистру у складу са законом о регистрацији. Нејасно је зашто закон као лице овлашћено да настави обављање предузетничке делатности одређује члана породичног домаћинства, као ни зашто се за наставак делатности тражи сагласност свих чланова породичног домаћинства. Према одредбама Породичног закона ако лице после пунолетства, због болести или сметњи у психо-физичком развоју, није способно за нормално расуђивање те због тога није у стању да се само стара о себи и о заштити својих права и интереса, односно ако својим поступцима непосредно угрожава

¹³⁹⁴ М. Вукотић, *op. cit.*, 175.

¹³⁹⁵ *Ibid.*, 175-176.

¹³⁹⁶ Правилник о садржини Регистра привредних субјеката и документацији потребној за регистрацију (*Службени гласник РС*, бр. 42/2016), члан 2, члан 6, ст. 1 и 2, члан 7 и члан 21.

¹³⁹⁷ М. Вукотић, *op. cit.*, 176.

сопствена права и интересе или права и интересе других лица, суд га лишава пословне способности и продужава родитељско право или одређује стараоца.¹³⁹⁸ Бригу о овим лицима, дакле, преузима родитељ или старатељ који је овлашћен, између осталог, да се савесно стара о имовини штићеника, при чему је за послове располагања имовином неопходна сагласност органа старатељства.¹³⁹⁹ О судбини предузетничке делатности, па према томе и радног односа запослених код послодавца који је лишен пословне способности би, према томе, требало да одлучи родитељ или старатељ (уз надзор органа старатељства), а не чланови породичног домаћинства.

Поред ова два, српско право познаје још један, трећи, случај промене послодавца организованог у форми предузетника, и то путем уговора о уступању и расподели имовине за живота. Вољна промена правног идентитета послодавца-предузетника односно наставак обављања делатности од стране пословно способног потомка за живота предузетника представља новину Закона о привредним друштвима, будући да претходни закон који је уређивао правни положај предузетника није познавао такву могућност.¹⁴⁰⁰ У складу са одредбама Закона о привредним друштвима „пословно способни наследник може наставити обављање делатности предузетника и за живота предузетника, ако то право врши на основу расподеле заоставштине за живота у складу са прописима којима се уређује наслеђивање“.¹⁴⁰¹ Упркос очигледним омашкама у законској формулацији (попут коришћења термина „наследник“ и „заоставштина“ иако се ради о лицу које за живота расподељује своју имовину), јасно је да Закон о привредним друштвима упућује на одредбе Закона о наслеђивању којима је уређен уговор о уступању и расподели имовине за живота.¹⁴⁰² Наведеним одредбама се прецизира да овај уговор могу закључити предак и потомак, при чему је увек предак тај који може својим потомцима уступити и разделити имовину, никада обрнуто.¹⁴⁰³ Он

¹³⁹⁸ Породични закон (*Службени гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011 - др. закон и 6/2015), члан 85, члан 146 и члан 147. Одлуку о томе доноси суд у ванпарничном поступку и одређује да ли се лице ставља у положај лица потпуно или делимично лишеног пословне способности. Видети: Закон о ванпарничном поступку (*Службени гласник СРС*, бр. 25/82 и 48/88 и *Службени гласник РС*, бр. 46/95 - др. закон, 18/2005 - др. закон, 85/2012, 45/2013 - др. закон, 55/2014, 6/2015 и 106/2015 - др. закон), чл. 72-74.

¹³⁹⁹ *Ibid.*, чл. 135 и 140.

¹⁴⁰⁰ Закон о приватним предузетницима (*Службени гласник СРС*, бр. 54/89 и 9/90 и *Службени гласник РС*, бр. 19/91, 46/91, 31/93 - одлука УСРС, 39/93, 53/93, 67/93, 48/94, 53/95, 35/2002, 101/2005 - др. закон, 55/2004 - др. закон, 61/2005 - др. закон и 36/2011 - др. закон).

¹⁴⁰¹ Закон о привредним друштвима, члан 91, став 9.

¹⁴⁰² Закон о наслеђивању (*Службени гласник РС*, бр. 46/95, 101/2003 - одлука УСРС и 6/2015), чл. 182-193.

¹⁴⁰³ Уговор је пуновожан само ако су се са уступањем и расподелом сагласили сви уступиоци потомци који ће по закону бити позвани да га наследе или ако потомак који није дао сагласност умре пре уступиоца или се одрекне наслеђа или је недостојан а не остави потомство. Ако неки потомак није дао сагласност за уступање и расподелу имовине, може је дати накнадно. *Ibid.*, чл. 182 и 183.

уговором може обухватити и свог брачног друга, ако се брачни друг сагласи, у ком случају има исти положај као и уступиочеви потомци.¹⁴⁰⁴ Предмет уговора може бити само уступиочева имовина која постоји у часу уступања и расподеле, у целини или делимично.¹⁴⁰⁵ Нова правила Закона о привредним друштвима, међутим, уводе новину, те предвиђају да се уговором о уступању и расподели имовине за живота може извршити и уступање предузетничке делатности са регистрованог предузетника на „пословно способног наследника“. Пошто предузетник као форма обављања привредне делатности нема посебан правни субјективитет у односу на физичко лице (носиоца делатности) које је регистровано као предузетник и самим тим нема посебну имовину различиту од имовине физичког лица, предмет уступања у овом случају јесте право да се настави обављање делатности под називом предузетника, као део пословног имена. Осим тога, предмет може бити и имовина која служи обављању привредне делатности (примера ради пословни простор, машине, алат и сл.). Стога, када дође до закључења овог уговора, на основу поднете регистрационе пријаве и уз приложену прописану документацију, врши се регистрација промене правног идентитета послодавца односно промена физичког лица које је регистровано као предузетник, без брисања до тада регистрованог и оснивања новог предузетника.¹⁴⁰⁶ Као последица промене податка о физичком лицу, мења се и пословно име у делу који се односи на лично име послодавца, али се матични број послодавца, као и пореско идентификациони број (ПИБ) не мењају, услед чега се не мора, примера ради, закључивати уговор о преузимању залиха и инвентара, плаћати одређене дажбине које би се иначе плаћале у случају брисања предузетника, дефискализувати каса и сл.¹⁴⁰⁷ Осим тога, чињеница да се правни идентитет послодавца мења без прекида у континуитету обављања предузетничке делатности значи да запосленима радни однос не престаје, већ се наставља са новим послодавцем који улази у сва права, обавезе и одговорности моментом регистрације промене.¹⁴⁰⁸ То несумњиво значи да нови послодавац није

¹⁴⁰⁴ Кад брачни друг није обухваћен уступањем и расподелом, његово право на нужни део остаје недирнуто, а делови уступиочева имовине који су раздвојени његовим потомцима сматрају се као поклон. У сваком случају, уговор између потомака остаје на снази. *Ibid.*, члан 189.

¹⁴⁰⁵ *Ibid.*, члан 185.

¹⁴⁰⁶ Уговор, иначе, мора бити закључен у облику јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе. Приликом потврђивања (солемнизације) уговора јавни бележник је дужан да уговорнике нарочито упозори на то да уступљена имовина не улази у уступиочеву заоставштину и да се њоме не могу намирити његови нужни наследници, о чему ставља напомену у клаузули о потврђивању. *Ibid.*, члан 184.

¹⁴⁰⁷ Питања и одговори, Овера уговора о уступању и расподели имовине за живота којим се једном потомку уступа предузетничка радња, Извор: *Paragraf Lex Online SRB*.

¹⁴⁰⁸ Пошто предузетник нема посебан правни субјективитет, у случају уступања предузетничке делатности (као и у случају смрти и губитка пословне способности) правни идентитет предузетника не

овлашћен да мења права, обавезе и одговорности из радног односа запослених које наслеђује. Међутим, имајући у виду да долази до промене послодавца, може постојати оправдана потреба послодавца следбеника да са запосленима закључи анекс уговора о раду, којима ће себе номинално да означити као (новог) послодавца, не дирајући тиме у утврђена права, обавезе и одговорности из уговора о раду које је преузео од послодавца претходника.

4.1.2. Промена послодавца са својством правног лица

Иако Закон о раду не одређује значење појма „промена послодавца“, он садржи општу норму према којој се начело очувања запослења примењује „у случају статусне промене, односно промене послодавца, у складу са законом [...]“ Из наведене одредбе као неспорно произилази да се ово начело у српском праву примењује, пре свега, у случају (индиректног) преноса предузећа на другог послодавца који је последица статусне промене послодавца са својством правног лица. Код ове врсте преноса предмет уговора између послодавца претходника и послодавца следбеника није предузеће као такво, већ његов носилац, односно удео у носиоцу (примера ради у привредном друштву), што аутоматски доводи до посредног стицања права на самом предузећу. Сам поступак спровођења статусних промена је, иначе, комплексан и укључује реорганизацију или измену већ постојећих друштава, могућ настанак нових и, по правилу, престанак неких од њих.¹⁴⁰⁹ Ипак, суштина поступка статусне промене лежи, на првом месту, у промени, преобликовању, често концентracији већ постојећих учесника у поступку, а не њиховом дефинитивном престанку, што условљава да се не спроводи поступак ликвидације. Отуд генерички назив статусне промене треба да обухвати више различитих поступака, којима су заједнички наведени циљеви.¹⁴¹⁰ У Републици Србији статусне промене су системски уређене Законом о привредним друштвима, али их уређују и други закони којима се уређују положај других правних субјеката (који нису привредна друштва). Дакле, статусне промене правних субјеката у позитивном домаћем праву могу се сврстати у две категорије: 1. општи режим

може да буде сасвим очуван, јер је нужно да положај претходног предузетника преузме друго физичко лице, односно други правни субјект. Међутим, да би се сачувао пословни идентитет предузетничке радње и суштински омогућило преузимање предузећа, потребно је обезбедити сукцесију у права која чине суштину предузетничке радње, а то су назив предузетника, имовина која служи обављању предузетничке делатности, као и радни односи запослених. М. Вукотић, *op. cit.*, 168.

¹⁴⁰⁹ Татјана Јевремовић Петровић, „Ништавост статусне промене након регистрације“, *Анали Правног факултета у Београду*, број 2/2016, 79.

¹⁴¹⁰ *Ibid.*

дефинисан Законом о привредним друштвима; 2. посебни законски облици статусних промена појединих правних лица (јавних предузећа, установа, задруга, задужбина, фондација, спортских удружења и осталих правних лица).

Међутим, осим у случају статусних промена послодавца, до активирања заштите запослених долази и у свим другим случајевима „промене послодавца, у складу са законом“. Будући да је употребљена формулација изузетно широка и неодређена, она оставља простор за различита тумачења правних разлога који могу бити основ промене послодавца.

4.1.2.1. Статусне промене привредних друштава

Законом о привредним друштвима статусне промене (и промене правне форме) привредних друштава дефинисане су као облици реорганизације привредних друштава. Према одредби члана 483 Закона о привредним друштвима, „статусном променом се привредно друштво (друштво преносилац) реорганизује тако што на друго друштво (друштво стицалац) преноси имовину и обавезе, док његови чланови у том друштву стичу уделе, односно акције“.¹⁴¹¹ Сви чланови друштва преносиоца стичу уделе, односно акције у друштву стицаоцу сразмерно својим уделима, односно акцијама у друштву преносиоцу, осим ако се сваки члан друштва преносиоца сагласи да се статусном променом изврши замена удела односно акција у другачијој сразмери или ако искористи своје право изласка из друштва и право на исплату уместо стицања удела односно акција у друштву стицаоцу (несагласни члан), у складу са Законом о привредним друштвима.¹⁴¹² Најзад, члану друштва преносиоца се по основу статусне промене може извршити и новчано плаћање, али укупан износ тих плаћања свим члановима друштва не може прећи 10% укупне номиналне вредности удела, односно акција које стичу чланови друштва преносиоца, а ако те акције немају номиналну вредност 10% укупне рачуноводствене вредности тих акција.¹⁴¹³

¹⁴¹¹ Закон о привредним друштвима, члан 483, став 1.

¹⁴¹² *Ibid.*, члан 483, став 2. То значи да члан друштва преносиоца који је био несагласан са одлуком о статусној промени има право да тражи од друштва да откупи његове акције, при чему је откупна цена његових акција утврђена одлуком о статусној промени. Ако члан друштва преносиоца сматра да откупна цена утврђена одлуком о статусној промени не одговара тржишној вредности тих акција, или ако му та цена не буде исплаћена, има право на подношење тужбе надлежном суду. Удели, односно акције откупљене у складу са овим чланом постају сопствени удели, односно акције друштва стицаоца, осим код поделе уз оснивање када се расподељују на чланове друштва која се оснивају. Закон о привредним друштвима, члан 508.

¹⁴¹³ Закон о привредним друштвима, члан 483, став 3.

Из изложеног појма се уочава да пренос имовине и обавеза са једног привредног друштва на друго представља *conditio sine qua non* статусних промена.¹⁴¹⁴ Будући да би спровођење таквог преноса према општим правилима грађанског права било изразито комплексно, Закон о привредним друштвима је, као и већина упоредноправних система, прихватио универзалну сукцесију као начин преноса имовине и обавеза. Према не користи изричито термин „универзална сукцесија“, он прописује правне последице статусне промене на имовину и обавезе друштва преносиоца чија дејства заправо представљају суштину универзалне сукцесије. Према том правилу, „даном регистрације статусне промене [...] имовина и обавезе друштва преносиоца прелазе на друштво стицаоца у складу са уговором о статусној промени, односно планом поделе“.¹⁴¹⁵ Основна сврха прихватања овог начина преноса имовине састоји се у омогућавању ефикасног спровођења реорганизације привредног друштва путем статусне промене, будући да се у случају универзалне сукцесије скуп права и обавеза не преноси појединачно (као код сингуларне сукцесије), већ као целина (*en bloc*), и то у одређеном тренутку. Тај тренутак је код статусних промена у праву Србије заправо моменат наступања правних последица статусне промене и пада на дан регистрације статусне промене. Осим тога, важна особина универзалне сукцесије јесте да пренос имовине и обавеза почива на јединственом правном основу, што је код статусних промена закон, „без обзира на то што се наступање њених дејстава иницира вољом привредних друштава која учествују у статусној промени“.¹⁴¹⁶ У складу са објашњеним *ratio legis*, прихватање универзалне сукцесије није спорно код статусне промене спајања, припајања и поделе, будући да се тиме избегава неодржива ситуација у којој би права остала без титулара, а обавезе без дужника, односно читаво предузеће без свог носиоца.¹⁴¹⁷ Наиме, ове три врсте статусних промена (које познаје домаћи законодавац)

¹⁴¹⁴ М. Радовић, „Универзална сукцесија код статусних промена привредних друштава“, 118.

¹⁴¹⁵ Закон о привредним друштвима, члан 505, став 1. Ради спровођења статусне промене одбор директора, односно надзорни одбор ако је управљање друштвом дводомно, припрема бројне акте и документе, након чега се приступа закључењу уговора о статусној промени (ако у статусној промени учествују два или више друштава), односно усвајању плана поделе (ако само једно друштво учествује у статусној промени). Уговор о статусној промени, тј. план поделе мора садржати одређене, законом прописане, елементе. Ти елементи указују на, с једне стране, његову привредну садржину, будући да уговор мора садржати циљ и услове под којима се врши статусна промена, означавање вредности имовине и висине обавеза које се статусном променом преносе на друштво стицаоца и њихов опис, начин на који се тај пренос врши друштву стицаоцу итд. С друге стране, као противтежа економски условљеним активностима послодавца, налази се потреба за очувањем права запослених из радног односа, због чега је предвиђено да уговор садржи услове под којима ће се наставити радни однос запослених у друштву стицаоцу, као и списак запослених у друштву преносиоцу чији се радни однос наставља у друштву стицаоцу. Закон о привредним друштвима, члан 491-492.

¹⁴¹⁶ М. Радовић, „Универзална сукцесија код статусних промена привредних друштава“, 130.

¹⁴¹⁷ *Ibid.*, 122.

подразумевају операције које се спроводе преузимањем свих права и обавеза друштва претходника од стране друштва следбеника, без потребе за спровођењем ликвидације друштва које престаје да постоји. Њихов смисао састоји се у томе „да друштво преносилац буде, метафорички речено, „испражњено“ од свих права и обавеза, да би потом и формалноправно престало да буде правни субјект“. ¹⁴¹⁸ *Припајање*, притом, подразумева да једно или више друштава преноси на друго друштво своју целокупну имовину и обавезе, док *спајање* привредних друштава подразумева стапање два или више друштава оснивањем новог друштва и преношењем на то друштво целокупне имовине и обавеза. ¹⁴¹⁹ Када је, пак, реч о *подели*, једно друштво престаје да постоји тако што ће пренети целокупну имовину и обавезе на два или више новооснованих друштава (подела уз оснивање) или два или више постојећих друштава (подела уз припајање) или једно или више новооснованих друштава и једно или више постојећих друштава (мешовита подела). ¹⁴²⁰ Међутим, у случају статусне промене издвајања дошло је до преиспитивања могућности примене универзалне сукцесије као начина преноса имовине. Ово из разлога што приликом издвајања једно друштво преноси *део* своје имовине и обавеза на једно или више постојећих и/или новооснованих друштава, након чега *наставља да постоји*. ¹⁴²¹ Упркос одређеним правним дилемама, у земљама које познају универзалну сукцесију код статусних промена било је неспорно да се и код издвајања, пренос (дела) имовине и обавеза одвија путем универзалне сукцесије, односно као целина, по сили закона, у тренутку регистарције статусне промене, и то на основу усвојеног плана поделе, односно закљученог уговора о статусној промени. ¹⁴²² Иначе, издвајање је, као што смо напред видели, и у теорији европског радног права створило одређене дилеме у смислу могућности примене Директиве 2001/23/ЕЗ у случају промене послодавца која је последица издвајања, будући да Директива у својим одредбама не спомиње експлицитно ову статусну промену, а да се исто разликује од осталих статусних промена утолико што подразумева пренос само једног дела имовине и припадајућег дела обавеза на треће лице, при чему друштво преносилац не престаје да постоји. Упркос томе, у земљама чланицама Европске уније било је неспорно да начело очувања запослења треба једнако да важи и за издвајање из привредног друштва. Када је у питању радно право Србије, ове дилеме не треба да постоје имајући

¹⁴¹⁸ *Ibid.*, 125.

¹⁴¹⁹ Закон о привредним друштвима, чл. 486-487.

¹⁴²⁰ *Ibid.*, члан 488.

¹⁴²¹ *Ibid.*, члан 489.

¹⁴²² М. Радовић, „Универзална сукцесија код статусних промена привредних друштава“, 130.

у виду да Закон о раду предвиђа обавезан пренос уговора о раду „у случају статусне промене“, а према Закону о привредним друштвима издвајање представља једну од четири могућих врста статусних промена привредних друштва (уз спајање, припајање и поделу).¹⁴²³ Једина особеност која постоји у овом случају је чињеница да се мења послодавац само запослених у делу друштва који је обухваћен преносом, док запослени који раде у преосталом делу друштва остају у радном односу са дотадашњим послодавцем.

У сваком случају, јасно је да је спровођење статусних промена привредних друштава сложен поступак. Уколико се привредна друштва, руковођена својим економским интересима, одлуче да га спроведу, поред правних последица предвиђених Законом о привредним друштвима,¹⁴²⁴ морају да рачунају и на једну значајну, радноправну последицу - пренос општег акта и свих (на дан извршене статусне промене важећих) уговора о раду са друштва преносиоца на друштво стицаоца. Ова врста сукцесије проистиче директно из Закона о раду, без обзира да ли је привредни идентитет пренесеног предузећа (имовинске целине) очуван. Притом, предмет преноса није сам уговор о раду у смислу одређене правне чињенице, већ правни положај послодавца претходника који првенствено обухвата права и обавезе које има према запосленом, као и права и обавезе која му у вези уговора о раду припадају по самом закону. То значи да даном регистрације статусне промене и објављивања у складу са законом који уређује регистрацију привредних субјеката, послодавац следбеник улази у постојећи радни однос као уговорна страна, док његов претходник излази из истог. Дејства наступају аутоматски, *ex lege*, без обзира на вољу уговорних страна у постојећем радном односу. У том смислу, може се закључити да у случају промене послодавца која је резултат статусне промене до примене универзалне сукцесије (по основу закона) долази два пута: први пут када се имовина и обавезе друштва преносиоца преносе на друштво стицаоца, и то директно на основу Закона о

¹⁴²³ Закон о привредним друштвима, члан 485.

¹⁴²⁴ Поред прелаза имовине и обавеза друштва преносиоца на друштво стицаоца, у складу са уговором о статусној промени, односно планом поделе, даном регистрације статусне промене у складу са законом о регистрацији, друштво стицалац постаје солидарно одговорно са друштвом преносиоцем за његове обавезе које нису пренете на друштво стицаоца, али само до износа разлике вредности имовине друштва преносиоца која му је пренета и обавеза друштва преносиоца које је преузео, осим ако је са одређеним повериоцем другачије уговорено. Осим тога, чланови друштва преносиоца постају чланови друштва стицаоца, тако што се њихови удели, односно акције замењују уделима, односно акцијама у друштву стицаоцу, у складу са уговором о статусној промени, односно планом поделе. Радноправно гледано, посебно значајна правна последица је да запослени у друштву преносиоцу који су уговором о статусној промени, односно планом поделе распоређени у друштво стицаоца настављају да раде у том друштву, у складу са Законом о раду. Видети више: Закон о привредним друштвима, члан 505.

привредним друштвима и, други пут, када се, као последица претходне промене носиоца предузећа, преносе уговори о раду са послодавца претходника на послодавца следбеника, на основу Закона о раду. Будући да промена послодавца наступа принудно, на основу закона, она се дубоко меша у принцип аутономије воље, а пре свега интересе запосленог, умањујући његову слободу да бира уговорног партнера и дужника својих обавеза. Радно законодавство, стога, пружа заштиту запослених предвиђајући обавезу послодавца претходника да обавести запосленог о преношењу уговора о раду на послодавца следбеника, те пружајући могућност запосленом да одбије пренос уговора о раду. О томе ће више речи бити у петом делу рада.

4.1.2.2. Статусне промене других правних лица

На комунитарном нивоу, као што смо напред видели, „примена Директиве се не ограничава само на предузеће као профитну организацију, већ укључује и правна лица која могу да имају и одређене социјалне, културне, рекреативне и сличне функције (нпр. задужбине)“.¹⁴²⁵ Наиме, према одредби члана 1(1)(с) Директиве 2003/23/ЕЗ „ова се Директива примењује на јавна и приватна предузећа која се баве привредним делатностима без обзира на то раде ли за добит или не“. Притом, „административна реорганизација органа јавне управе или пренос управних функција између органа јавне управе, не сматра се преносом у смислу ове Директиве“.¹⁴²⁶ Наведену одредбу Суд правде Европске уније је протумачио доста широко, сматрајући да је подручјем примене Директиве 2001/23/ЕЗ покривен сваки пренос предузећа у приватном и јавном сектору, без обзира на правни статус или начин финансирања преносиоца, под условом да се односи на привредну делатност, а не на вршење јавних овлашћења. Изузетак чини само реорганизација државних органа или пренос делокруга једног органа на други, који су самом Директивом 2001/23/ЕЗ изузети из подручја њене примене. Закон о раду Републике Србије не садржи одредбу о одређивању подручја примене начела очувања запослења у случају промене послодавца. Стога се подручје примене овог начела мора утврђивати на основу општих правила којима се одређује домашај примене Закона о раду. У том смислу, ваља најпре рећи, да је у Србији, као и у већини других савремених држава, прихваћено начело јединствености радних односа. Примена овог начела обезбеђена је, пре свега, чланом 2 Закона о раду у складу са којим се одредбе овог

¹⁴²⁵ Б. Лубарда, *Европско радно право*, 284.

¹⁴²⁶ Директива 2001/23/ЕЗ, члан 1(1)(с).

закона примарно примењују на запослене који раде на територији Републике Србије, код домаћег или страног правног, односно физичког лица, као и на запослене који су упућени на рад у иностранство од стране послодавца, ако законом није друкчије одређено. Осим тога, одредбе овог закона као матичног за област радног односа, примењују се и „на запослене у државним органима, органима територијалне аутономије и локалне самоуправе и јавним службама“, али супсидијарно, уколико посебним законом није регулисано одређено питање. Дакле, у овим радним срединама се примарно примењују посебни закони, и то у државним органима - Закон о државним службеницима,¹⁴²⁷ а у органима територијалне аутономије и јединицама локалне самоуправе - Закон о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе,¹⁴²⁸ а Закон о раду само ако посебни закони не садрже одговарајућу норму. То значи да у нашем правном систему, упркос јединствености система радних односа, и даље опстају разлике у погледу специфичног режима радних односа када је у питању држава или локална власт као послодавац. Међутим, са јавним службама ситуација је другачија. Према одредбама Закона о јавним службама, јавном службом сматрају се *установе* (образовања, науке, културе, физичке културе, ученичког и студентског стандарда, здравствене заштите, социјалне заштите, друштвене бриге о деци, социјалног осигурања, здравствене заштите животиња), *предузећа* (за обављање делатности, односно послова утврђених законом у области: ПТТ саобраћаја, енергетике, путева, комуналних услуга и др.) и *други облици организовања* који обављају делатности, односно послове којима се обезбеђује остваривање права грађана, односно задовољавање потреба грађана и организација.¹⁴²⁹ До ступања на снагу Закона о државним службеницима, Закон о раду се једино супсидијарно примењивао у установама, будући да је Законом о јавним службама било одређено да се у њима базично примењују прописи о запосленима у државним органима.¹⁴³⁰ Како је та одредба ступањем на снагу Закона о државним службеницима престала да важи,¹⁴³¹ сада и у установама јавних служби важи општи режим радних односа установљен Законом о раду. Примарну примену општих прописа о раду може да дерогира само

¹⁴²⁷ Закон о државним службеницима (*Службени гласник РС*, бр. 79/2005, 81/2005 - испр., 83/2005 - испр., 64/2007, 67/2007 - испр., 116/2008, 104/2009, 99/2014, 94/2017, 95/2018 и 157/2020).

¹⁴²⁸ Закон о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе, (*Службени гласник РС*, бр. 21/2016, 113/2017, 95/2018, 113/2017 - др. закон, 95/2018 - др. закон, 86/2019 - др. закон и 157/2020 - др. закон).

¹⁴²⁹ Закон о јавним службама (*Службени гласник РС*, бр. 42/91, 71/94, 79/2005 - др. закон, 81/2005 - испр. др. закона, 83/2005 - испр. др. закона и 83/2014 - др. закон), члан 3, став 1 и 3.

¹⁴³⁰ Закона о јавним службама (*Службени гласник РС*, бр. 42/91 и 71/94), члан 23.

¹⁴³¹ Закон о државним службеницима, члан 190, став 2, тачка 1.

специјани закон који се односи на поједину јавну службу. Чак и у том случају, ако поједино питање није уређено специјалним законима, примениле би се одредбе Закона о раду. Имајући у виду напред наведено, може се закључити да се одредбе Закона о раду које се односе на права запослених „у случају статусне промене“ примењују не само на статусне промене привредних друштва, већ и свих других правних лица у приватном сектору (банке, инвестициони фондови и друге финансијске институције, задруге, задужбине, фондације), јавном сектору (јавна предузећа, установе) и терцијалном сектору (удружења непрофитног карактера¹⁴³²). Притом, док су статусне промене привредних друштава регулисане Законом о привредним друштвима, као системском закону у овој области, статусне промене свих других правних лица регулисане законима којима се уређује правни положај тих правних лица (најчешће уз сходну примену одредби Закона о привредним друштвима). Тако се правила о статусним променама могу наћи у Закону о банкама,¹⁴³³ Закону о алтернативним инвестиционим фондовима,¹⁴³⁴ Закону о отвореним инвестиционим фондовима са јавном понудом,¹⁴³⁵ Закону о задругама,¹⁴³⁶ Закону о јавним предузећима,¹⁴³⁷ Закону о

¹⁴³² У теорији грађанског права појам удружења се одређује у ширем смислу, тако што се супротставља појму установе, као правном лицу које је различито по својој структури и врсти учесника. Удружење (*universitas personam*) се, тако, дефинише као скуп лица - чланова удружених ради остварења заједничког циља (примера ради акционарско друштво, задруга, политичка странка итд), док установа представља скуп добара намењених остваривању неког циља на корист других - дестинатера (примера ради задужбина, градски музеј, национална библиотека) (В. В. Водинелић, *op. cit.*, 392). У нашем правном систему не постоји један правни пропис о свим удружењима, већ су она уређена разним законима. Притом, Закон о удружењима регулише само једну врсту удружења која су се раније називала удружења грађана, али се његове одредбе сходно примењују на политичке странке, синдикате, удружења организована ради обављања одређених делатности у циљу стицања добити, спортске организације и удружења, цркве и верске заједнице, спонтана привремена повезивања више лица и друга удружења чији је рад уређен посебним законом, и то у питањима која нису уређена тим посебним законом. На удружења која немају статус правног лица, сходно се примењују правна правила о грађанском ортаклуку, осим ако овим законом није другачије одређено. Закон о удружењима (*Службени гласник РС*, бр. 51/2009, 99/2011 - др. закони и 44/2018 - др. закон“), члан 2, став 2-3.

¹⁴³³ Закон о банкама, (*Службени гласник РС*, бр. 107/2005, 91/2010 и 14/2015), чл. 132-133.

¹⁴³⁴ Закон о алтернативним инвестиционим фондовима, (*Службени гласник РС*, бр. 73/2019), чл. 214-215.

¹⁴³⁵ Закон о отвореним инвестиционим фондовима са јавном понудом, (*Службени гласник РС*, бр. 73/2019), члан 71.

¹⁴³⁶ Закон о задругама, (*Службени гласник РС*, бр. 112/15), члан 65.

¹⁴³⁷ Према одредбама Закона о јавним предузећима, јавно предузеће је предузеће које обавља делатност од општег интереса (у области рударства и енергетике, саобраћаја, електронских комуникација, нуклеарних објеката, наоружања и војне опреме, коришћења, управљања, заштите, уређивања и унапређивања добара од општег интереса и добара у општој употреби (воде, путеви, шуме, пловне реке, језера, обале, бање, дивљач, заштићена подручја и др.), управљања отпадом и другим областима), а које оснива Република Србија, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе. Дакле, наше законодавство и даље познаје појам „предузеће“ коме признаје правни субјективитет. Упоредо са приватизацијом друштвене и јавне својине и тиме условљеног облика „друштвеног“ и „јавног“ предузећа, правни појам предузећа код нас се мора довести у склад с хармонизованим значењем, чиме привредно друштво неће бити облик предузећа, већ носилац предузећа (М. Васиљевић, *Корпоративно управљање - правни аспекти*, 39-40). Иначе, самим Законом о јавним предузећима није посебно уређено питање статусних примена, већ се на статусне промене јавног предузећа и сва питања која нису посебно

удружењима,¹⁴³⁸ Закону о спорту,¹⁴³⁹ Закону о задужбинама и фондацијама,¹⁴⁴⁰ и др. Анализа особености и начина њиховог спровођења предмет је компанијског права и, свакако, превазилази оквир предмета истраживања овог рада. Међутим, са аспекта радног права је значајно указати да уколико се статусне промене наведених правних лица реализују у складу са посебним законима којима су регулисане, даном регистрације извршене статусне промене, поред осталих правних последица, наступају и радноправне последице предвиђене Законом о раду у смислу *ex lege* преноса (са послодавца претходника на послодавца следбеника) општег акта и свих уговора о раду који важе на тај дан. То значи да ће извршене статусне промене за резултат имати промену послодавца запослених у овим правним лицима, са свим пратећим радноправним последицама.

Изузетак од овог правила представља једино промена уређења државних органа, органа аутономне покрајине и јединица локалне самоуправе која се не сматра статусном променом у напред наведеном смислу, те запослени у овим органима нису обухваћени подручјем примене начела очувања запослења у смислу одредби Закона о раду. Ово, пре свега, из разлога што је послодавац запослених у државним органима, органима аутономне покрајине и јединицама локалне самоуправе Република Србија, односно аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе, па, правно гледано, и не може доћи до промене послодавца (као последица промене уређења њихових органа), а то је основна правна претпоставка примене начела очувања запослења. Осим тога, положај јавних службеника и њихова права у случајевима реорганизације и рационализације државних органа (односно органа аутономне покрајине и јединицама локалне самоуправе) уређена је посебним прописима - Законом о државним службеницима, односно Законом о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе.¹⁴⁴¹ Основни приступ у уређивању њиховог положаја је исти у оба закона и подразумева да службеник пре престанка радног односа има право на премештај на друго слободно и одговарајуће место. Ако одговарајуће радно место не

уређена овим законом, односно законом којим су одређене делатности од општег интереса, а односе се на јавна предузећа, сходно се примењују одредбе закона којим се уређује правни положај привредних друштава које се односе на друштво с ограниченом одговорношћу. Закон о јавним предузећима, (*Службени гласник РС*, бр. 15/2016 и 88/2019), чл. 2-3 и 76.

¹⁴³⁸ Закон о удружењима, чл. 45-48.

¹⁴³⁹ Закон о спорту (*Службени гласник РС*, бр. 10/2016), чл. 78-85.

¹⁴⁴⁰ Законом о задужбинама и фондацијама (*Службени гласник РС*, бр. 88/2010, 99/2011 - др. закон и 44/2018 - др. закон), члан 54.

¹⁴⁴¹ Видети: Закон о државним службеницима, чл. 139-139; Закон о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе, чл. 165-169.

постоји, прекобројни службеник може, уз своју сагласност, бити премештен на ниже радно место које одговара његовој стручној спреми и за које испуњава остале услове за рад, а, ако ни такво радно место не постоји постаје нераспоређен. Док је нераспоређен службеник има право на накнаду плате према закону којим се уређују плате у државним органима, односно у аутономној покрајини и јединици локалне самоуправе. Ако се службеник не сагласи са премештајем односно ако нераспоређени службеник у року од два месеца не буде премештен у други орган, радни однос престаје, и то у првом случају након коначности решења о престанку радног односа, а у другом случају, по сили закона, наредног дана од дана протекла два месеца откад је постао нераспоређен.

У случају да државни орган (орган аутономне покрајине или јединица локалне самоуправе) буде укинут, а његов делокруг односно део делокруга преузме други државни орган, он преузима и службенике из укинутог државног органа (орган аутономне покрајине или јединица локалне самоуправе), односно из преузетог делокруга, решењима која доноси руководилац органа који је преузео делокруг. До доношења новог правилника у државном органу (органу аутономне покрајине или јединица локалне самоуправе) који је преузео делокруг, преузети службеници настављају да раде послове које су радили, а право на плату остварују према дотадашњим решењима. И, најзад, ако државни орган буде укинут, а његов делокруг не преузме ниједан државни орган, односно ако се надлежност аутономне покрајине, односно јединице локалне самоуправе измени због тога што су укинуте одређене надлежности и што престаје потреба за обављањем послова по основу вршења тих надлежности, службеници из укинутог државног органа, односно службеници који су обављали те послове, постају нераспоређени.

Притом, ваља указати да се одредбе Закона о државним службеницима о премештају и распоређивању државних службеника сходно примењују на намештенике,¹⁴⁴² али не и на лица ангажована на основу уговора о привременим и повременим пословима¹⁴⁴³ или неког другог од четири уговора (предвиђена Законом о раду) на основу којих се може обављати рад без заснивања радног односа. То у принципу одговора европским стандардима садржаним у Директиви 2001/23/ЕЗ према којима радноправну заштиту у случају промене послодавца ужива „свако лице које је у дотичној држави чланици заштићено као запослени према националним прописима

¹⁴⁴² Закон о државним службеницима, члан 172.

¹⁴⁴³ Пресуда Врховног касационог суда, Рев. 2 655/2018 од 25. 10. 2018. године.

који се односе на запошљавање¹⁴⁴⁴. У том смислу, може се закључити да је упркос изузимању запослених у државним органима, органима аутономне покрајине и јединицама локалне самоуправе из подручја примене начела очувања запослења у смислу одредби Закона о раду, њихов радноправни статус у случају промене уређења органа јавне власти у којима су запослени очуван, те да се престанку радног односа може приступити тек након исцрпљења свих других законом предвиђених могућности. Примедба се једино може ставити на рачун Закона о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе који је напред описаном заштитом обухватио само службенике запослене на неодређено време, који у случају - укидања односно промене надлежности или промене послова органа управе аутономне покрајине, јединице локалне самоуправе, као и у случају измене правилника о организацији и систематизацији радних места након које не могу бити распоређени - стичу статус запосленог за чијим је радом престала потреба, а сходно томе, и заштиту у виду премештаја на друго одговарајуће радно место, односно у други орган.¹⁴⁴⁵ Сврха и логика изузимања запослених на одређено време није нам позната, али ваља нагласити да иста није у складу са одредбама Директиве 2001/23/ЕЗ која предвиђа да државе чланице из подручја примене ове Директиве не смеју искључити уговоре о раду или радне односе „само ради тога што су радни односи које уређује уговор о раду на одређено време“.¹⁴⁴⁶

4.1.2.3. Други случајеви промене послодавца

Примена начела очувања запослења у случају промене послодавца која је последица статусне промене (послодавца) није спорна, будући да јасно произилази из одредбе члана 147 Закона о раду. Међутим, осим у случају статусних промена, Закон о раду предвиђа обавезан пренос уговора о раду *и у сваком другом случају промене послодавца, у складу са законом*. То значи да су статусне промене послодавца издвојене као посебан, конкретан основ промене послодавца, али да до промене послодавца може доћи и у свим другим случајевима предвиђеним законом. Непрецизност употребљене формулације отвара простор за различито тумачење који су то други случајеви у којима може доћи до промене послодавца, а да нису статусне промене. Тако, примера ради,

¹⁴⁴⁴ Директива 2001/23/ЕЗ, члан 2(1)(d).

¹⁴⁴⁵ Закон о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе, члан 165.

¹⁴⁴⁶ Директива 2001/23/ЕЗ, члан 2(2)(b).

има мишљења да се под променом послодавца подразумева промена правне форме његовог пословања, као што је преображај ортачког друштва у командитно друштво или друштва са ограниченом одговорношћу у акционарско друштво.¹⁴⁴⁷ Међутим, промена правне форме привредног друштва не представља промену послодавца у смислу Закона о раду, јер не повлачи промену субјективитета привредног друштва, већ друштво наставља да послује као исто правно лице, али друге правне форме. Поред тога, у теорији се помињу и различите врсте уговорног повезивања привредних друштава путем, примера ради, уговора о картелу, уговора о конзорцијуму, пословног удружења и сл. као основ промене послодавца, што, такође, није прихватљиво будући да и у свим овим формама уговорног повезивања потписници уговора задржавају свој правни субјективитет (премда његова ограничења у одређеним сегментима ипак постоје),¹⁴⁴⁸ а промена правног субјективитета носиоца предузећа (и последично промена послодавца) представља, као што смо напред видели, основну (и једину) правну претпоставку заштите права запослених у нашем праву. Стога, полазећи од чињенице да је институт промене послодавца у радно законодавство Републике Србије уведен по узору на европске стандарде садржане у Директиви 2001/23/ЕЗ, мишљења смо да би наведену законску празнину требало тумачити управо у светлу правних решења садржаних у овој Директиви. У том смислу, ваљало би, најпре, још једном подсетити да се Директива 2001/23/ЕЗ примењује „на сваки пренос предузећа, пословања или дела предузећа или пословања на другог послодавца који је последица правног преноса или спајања предузећа“.¹⁴⁴⁹ Дакле, институт промене послодавца и заштите права запослених у европском комунитарном праву везује се за два елемента: 1) постојање предузећа (пословања, дела предузећа или пословања), и 2) постојање конкретног правног основа за пренос предузећа на другог послодавца (промену послодавца) - што може бити правни (односно уговорни) пренос или спајање (односно статусне промене) предузећа. Закон о раду не издваја изричито правни (уговорни) пренос предузећа са послодавца претходника на послодавца следбеника као основ промене послодавца. Међутим, мишљења смо да је употребљена формулација довољно широка да наведени начин промене носиоца предузећа обухвати подручјем примене начела очувања запослења и да се на исти, заправо, и односи. Једино ограничење које произилази из наведене одредбе Закона о раду је да промена послодавца мора бити „у

¹⁴⁴⁷ Видети: З. Ивошевић, М. Ивошевић, *op. cit.*, 304.

¹⁴⁴⁸ М. Васиљевић, *Компанијско право - Право привредних друштава*, 511.

¹⁴⁴⁹ Директива 2001/23/ЕЗ, члан 1(1)(а).

складу са законом“. Имајући у виду да је у домаћем праву правни (уговорни) пренос предузећа дозвољен и регулисан (делимично) одредбама члана 452 Закона о облигационим односима,¹⁴⁵⁰ може се сматрати да је и тај услов задовољен. Наведеним чланом Закона о облигационим односима регулисано је, заправо, приступање дугу у случају примања неке имовинске целине (или једног дела те целине), док о значењу појма имовинске целине у закону нема речи.¹⁴⁵¹ У теорији грађанског права, под имовинском целином се сматра скуп имовинских права у општој имовини једног лица, која су подвргнута неким заједничким правилима, то јест за која важи јединствени имовинскоправни режим.¹⁴⁵² Судска пракса је овај појам тумачила изразито широко, те се захтев за постојањем имовинске целине, односно њеног дела, сматрао испуњеним не само у случају преноса знатног дела имовине преносиоца, већ и у случају преноса само једне непокретности (примера ради пословног простора).¹⁴⁵³ Имајући у виду наведено, јасно је да је предузеће као предмет преноса обухваћено посебним правилом о преносу имовинске целине.¹⁴⁵⁴ Стога се у области компанијског права одредбе члана 452 Закона о облигационим односима примењују у случају преносе предузећа као скупа ствари и права која служе за обављање привредне делатности. Тако, уместо да закључује велики број уговора на основу којих ће друго лице да стекне сваки комад инвентара, свако право које представља део предузећа које је предмет преноса, носилац предузећа закључује један уговор на основу којег стипцијално стиче читав систем имовинских права као једну целину.¹⁴⁵⁵ И управо полазећи од чињенице да свако предузеће поред материјалног супстрата (имовине) чини и персонални супстрат (оснивачи, управа, запослени), европско комунитарно право је увело правило да се преносом предузећа (имовинске целине) са једног правног субјекта на други, преузимају и запослени који чине неодвојиви део самог предузећа. У том смислу, може се закључити да, иако нема изричитих законских одредби, правило о обавезном преносу општег акта и уговора о раду важи, барем начелно, и у случају тзв. директног преноса предузећа (угоститељског објекта, теретане, занатске радње и сл.) са једног правног субјекта на други. Ово пре

¹⁴⁵⁰ Закон о облигационим односима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 - Уставна повеља и *Службени гласник РС*, бр. 18/2020).

¹⁴⁵¹ Према одредбама члана 450, став 2 Закона о облигационим односима: „лице на које пређе на основу уговора нека имовинска целина физичког или правног лица, или један део те целине, одговара за дугове који се односе на ту целину, односно на њен део, поред дотадашњег имаоца и солидарно с њим, али само до вредности њене активе“.

¹⁴⁵² М. Кариникић Мирић, *op. cit.*, 168.

¹⁴⁵³ Решење Вишег привредног суда у Београду Пж. 4513/2000 од 19.07.2000. године, извор: *Paragraf Lex*.

¹⁴⁵⁴ М. Радовић, „Одговорност стипцијалног за обавезе преносиоца у случају преноса предузећа“, 103.

¹⁴⁵⁵ М. Кариникић Мирић, *op. cit.*, 168.

свега из разлога што пренос предузећа нема за циљ пренос права својине на конкретној ствари, него пренос имовинске целине намењене обављању привредне делатности, услед чега се пословање обично наставља након преноса предузећа. Осим тога, приликом преноса предузећа као имовинске целине мења се његов носилац, а последично правни идентитет послодавца, што представља основни, а, према нашем Закону о раду и једини услов за активирање заштите права запослених.¹⁴⁵⁶ Такво тумачење је у складу са судском праксом Суда правде Европске уније који је, као што смо напред видели, концепт правног преноса протумачио врло широко подразумевајући под тиме сваку промену „у физичком или правном лицу које је одговорно за обављање посла и које на основу те чињенице преузима обавезе послодавца у односу на запослене у предузеће, без обзира на то да ли је власништво над предузећем пренесено или не“,¹⁴⁵⁷ што је отворило пут примене Директиве 2001/23/ЕЗ у случају *outsourcing*-а, подуговарања (у две фазе), на групе компанија и у многим другим сложеним пословноправним трансакцијама. Стога је врло значајно да овакво тумачење одредбе члана 147 Закона о раду, а, посебно, концепта правног преноса предузећа (имовинске целине) уваже и домаћи судови, будући да овај вид преноса предузећа, а посебно *outsourcing* као његова врста, није мимоишао ни српску привреду пост-транзиционог периода. Штавише, ово је био чест модел решавања вишкова запослених у првом таласу масовних отпуштања након приватизације друштвених предузећа. У свим овим поступцима одлука послодавца да део привредних активности које су се до тада обављале у предузећу „аутсорсује“ сматра се видом организационих промена које представљају легитиман разлог за отказ уговора о раду због потребе послодавца.¹⁴⁵⁸ Према су запослени покретали спорове за поништај отказа сматрајући да потреба за њиховим радом заправо није престала имајући у виду да се њихови бивши послови и даље обављају, само од стране трећег лица, домаћи судови нису имали слуха за такве тужбене захтеве.¹⁴⁵⁹ Они су исте одбијали са образложењем да „спровођење организационих и економских промена самостална

¹⁴⁵⁶ Према Закону о облигационим односима помиње само уговор као основ преноса имовинске целине, у домаћој судској пракси се основ преноса доста широко тумачио тако да се сматра да обухвата стицање имовинске целине на основу било ког правног посла. Захваљујући томе, сматрамо да се правило о преносу уговора о раду са послодавца претходника на послодавца следбеника може применити не само у ситуацији уговорног преноса предузећа, већ и онда када је основ преноса предузећа једностранни правни посао, као и судска одлука (примера ради о раскиду уговора).

¹⁴⁵⁷ Наведену дефиницију Суд је први пут дао у пресуди бр. C-287/86 (*Landsorganisationen i Danmark for Tjenerforbundet i Danmark v. Ny Mølle Kro*) од 17. децембра 1987. године (*European Court Reports* 1987, 573).

¹⁴⁵⁸ А. Лазаревић, *op. cit.*, 237.

¹⁴⁵⁹ *Ibid.*, 238.

област деловања туженог и суд не може да се упушта у његову целисходност и оправданост, нити суд може да цени целисходност ангажовања других привредних друштава и агенција за обављање послова који не спадају у основну делатност послодавца“.¹⁴⁶⁰ Тако је у домаћој пословној пракси *outsourcing* постао легитиман разлог за исказивање вишка запослених који се не може оспорити, без обзира на изразито негативне последице по запослене. Ово, пре свега, из разлога што се, како лепо примећује Лазаревић, „сваки *outsourcing* сматра оправданим разлогом настанка вишка запослених и уопште се не поставља питање да ли се сви или неки од тих аранжмана морају подвести под институт промене послодавца, који активира сасвим другу врсту заштитних одредби за запослене и искључује настанак вишка запослених“.¹⁴⁶¹

Напред наведено не мора нужно да значи да је сваки правни пренос имовинске целине подобан за квалификацију као пренос предузећа и, последичну, промену послодавца у смислу члана 147 домаћег Закона о раду и Директиве 2001/23/ЕЗ. Такав закључак, уосталом, не би био ни у складу са праксом Суда правде који је развио различите тестове за утврђивање да ли одређени пренос предузећа потпада под домашај Директиве 2001/23/ЕЗ. Међутим, с друге стране, ни његово потпуно искључивање из подручја примене начела очувања запослења није законито, нити је у складу са европском регулативом. С обзиром да је домаћи законодавац прихватио део правних тековина Европске уније у односу на заштиту права запослених у случају промене послодавца, закон се изиграва уколико се те заштитне одредбе игноришу у поступцима преноса имовинске целине са једног правног субјекта на други, с обзиром да несумњиво обезбеђују запосленима виши ниво права.¹⁴⁶² Истини за вољу, одредбе Закона о раду којима се одређује подручје примене начела очувања запослења су веома уопштене и захтевају солидно познавање шире слике института промене послодавца да би се ставиле у прави контекст, што се не може очекивати од свих оних који исте треба да примењују односно користе.¹⁴⁶³ Све претходно упућује на закључак да су потребне

¹⁴⁶⁰ Примера ради, пресуде Врховног касационог суда у предметима: Рев2 810/2015 од 27.10.2015. године, Рев2 2192/2015 од 28.01.2016. године, Рев2 2204/2015 од 28.01.2016. године, Рев2 2194/2015 од 11.05.2016. године, Рев2 1584/2015 од 15.01.2016. године, Рев2 1338/2016 од 19.10.2016. године и Рев2 1769/2016 од 15.12.2016. године.

¹⁴⁶¹ А. Лазаревић, *op. cit.*, 238.

¹⁴⁶² *Ibid.*, 240.

¹⁴⁶³ *Ibid.* Тако, према истраживању које су крајем 2018. године спровели Кулић и Станковић, а у којем је учествовало 52 испитаника из различитих синдикалних организација и 30 испитаника из послодавачких организација, чак 92,3% представника запослених и 80% послодавца није чуло за Директиву 2001/23/ЕЗ, док је 88,33% представника синдиката и 88,46% послодавца одговорило да је предметна Директива можда имплементирана у радно законодавство Републике Србије или да не поседују знања о томе.

de lege ferenda интервенције у циљу унапређења постојећег решења и стварања могућности да се правни (уговорни) пренос предузећа стави у јасан правни оквир и унапреди положај запослених у тим поступцима. То би превасходно требало да значи јасније одређење синтагме „промена послодавца“ предвиђањем да иста може бити последица не само статусне промене привредних друштава и других правних субјеката, већ и правног преноса предузећа. То би, последично, изазвало потребу дефинисања концепта предузећа или бар прописивање параметара на основу којих ће пре свега послодавци, а потом и судови у радном спору, моћи да преиспитају правну природу преноса предузећа и на основу поузданих мерила да оцене обавезе послодаваца и законитост поступања. Имајући у виду да домаћи судови имају дугогодишње искуство у тумачењу појма „имовинска целина“, а да је његов пандан у области компанијског права појам „предузеће“, то не би требало да представља већи практични проблем. Евентуално постављање додатних критеријума којима би се прецизирало значење овог појма у циљу избегавања квалификације сваког преноса имовинске целине као преноса предузећа и, последично, ставања превеликог терета на послодавца, ствар је политичке одлуке, због чега је и пожељно да буде законом јасно дефинисано.

4.1.2.4. Приватизација

За разлику од стицања предузећа као имовинске целине (скупа имовинских права у општој имовини једног лица), којом приликом се мења његов носилац, а одржава се континуитет у пословању, код стицања удела и акција (капитала) привредног друштва не мења се правни идентитет носиоца предузећа, већ он остаје очуван. Наиме, на темељу улога у привредно друштво, ако је предмет улога својина на ствари, власник губи то право (које стиче привредно друштво), али у обиму свог улога стиче „својину над друштвом“, односно акције или уделе.¹⁴⁶⁴ Стога, стицањем удела или акција (у зависности од правне форме привредног друштва) купују се само права, док носилац предузећа остаје исти - привредно друштво. Дакле, промена власништва над капиталом не подразумева промену субјективитета носиоца предузећа (привредног друштва) чији је капитал предмет куповине, па у овом случају не долази до промене

Охрабрујућ је једино податак да је чак 93,33% представника запослених и 100% послодаваца одговорило да жели да прошири своје знање о Директиви 2001/23/ЕЗ. Видети детаљније: Живко Кулић, Даница Станковић, „Примена Директиве број 2001-23 ЕЗ о заштити права запослених у случају статусних и других промена послодавца у Републици Србији, *Радно и социјално право*, број 1/2020, 141-152.

¹⁴⁶⁴ М. Васиљевић, *Компанијско право - Право привредних друштава*, 76.

правног идентитета послодавца. То је и био разлог искључења промене власништва над капиталом из подручја примене Директиве 2001/23/ЕЗ. Међутим, такво одређење европског законодавца се у теорији критикује као један од највећих недостатака предметне Директиве. Ово, пре свега, из разлога што власник удела и акција управља основаним привредним друштвом било директно, било избором професионалне управе, која му одговара за успешност пословања, па промена промена власништва над капиталом друштва у стварности може бити изузетно важна за запослене. Тако, нови већински власник капитала може имати планове реструктурирања са битним утицајем на положај запослених који у том случају нису заштићени. Управо је зато значајно поменути да је до ступања на снагу новеле Закона о раду од 2014. године,¹⁴⁶⁵ подручје примене начела очувања запослења у Србији било проширено и на случајеве промене власништва над капиталом привредног друштва или другог правног лица.¹⁴⁶⁶ Будући да промена власника капитала не утиче на уговорни однос успостављен између запосленог и послодавца, чинио се оправданим закључак да у овом случају није могућа примена одредбе Закона о раду о преносу општег акта и уговора о раду са послодавца претходника на послодавца следбеника. Међутим, разлог због којег је законодавац предвидео норму о примени начела о очувању запослења и у случају промене власништва над капиталом лежи, чини се, у намери да се нагласи заштитна функција овог радноправног института, те истакне да континуитет радног односа не сме да буде доведен у питање само због чињенице да је промењено власништво над капиталом. Ово посебно из разлога што је то био период интензивне приватизације друштвених и државних предузећа, а приватизација не представља обичну промену власништва над капиталом, већ укључује и поступке продаје имовине, делове имовине односно поједине делове субјекта приватизације.¹⁴⁶⁷ Осим тога, према претходно важећем Закону о приватизацији од 2001. године било је предвиђено да поступку приватизације може да претходи поступак реструктурирања субјекта приватизације ако Агенција за приватизацију процени да капитал или имовина субјекта приватизације не могу бити продати методом јавног тендера или јавне аукције, као методима приватизације.¹⁴⁶⁸ Имајући у виду да се реструктурирање у поступку приватизације могло спровести, између осталог, и путем статусне промене, јасно је да је у том случају морала бити

¹⁴⁶⁵ Закон о изменама и допунама Закона о раду (*Службени гласник РС*, бр. 75/2014).

¹⁴⁶⁶ Закон о раду (*Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05 и 54/09), члан 152.

¹⁴⁶⁷ Закон о приватизацији (*Службени гласник РС*, бр. 38/2001, 18/2003, 45/2005, 123/2007, 123/2007 - др. закон, 30/2010 - др. закон, 93/2012, 119/2012, 51/2014 и 52/2014 - одлука УС), члан 3.

¹⁴⁶⁸ *Ibid.*, члан 19.

активирана одредба Закона о раду о обавезном преносу уговора о раду са послодавца претходника на послодавца следбеника. Поред тога, права запослених била су додатно гарантована како обавезом доношења социјалног програма који је чинио део програма реструктурирања субјекта приватизације, тако и предвиђањем да обавезну садржину уговора о продаји капитала или имовине, поред осталог, мора чинити и начин решавања питања запослених.¹⁴⁶⁹ Коначно, треба напоменути да је механизам за раскид уговора о продаји капитала или имовине пружао одређену гаранцију да ће права запослених бити поштована од стране купца капитала или имовине субјекта приватизације. Тако се уговор о продаји капитала, односно имовине сматрао раскинутим због неиспуњења ако купац ни у накнадно остављеном року за испуњење не изврши одредбе о начину решавања питања запослених или не исплати у целини минималне зараде запосленима у субјекту приватизације и припадајуће доприносе, за период од најмање девет месеци у току календарске године.¹⁴⁷⁰

Иако су горе наведене законске одредбе формалноправно дале солидни оквир за заштиту запослених, у стварности је положај запослених био изузетно неповољан.¹⁴⁷¹ Ово се посебно односи на колективна отпуштања која су масовно спровођена без поштовања релевантних заштитних (материјалноправних и процесноправних) норми. Осим тога, положај запослених је додатно отежан 2014. године када је, нажалост, сходно новели Закона о раду, одредба о заштити права запослених у случају промене власништва над капиталом избрисана из Закона о раду. Један од разлога за то била је чињеница да је рок за принудну приватизацију друштвеног капитала истицао 31. децембра 2015. године.¹⁴⁷² Међутим, ово се није односило на приватизацију уопште, јер је приватизација јавног капитала (капитала Републике Србије, аутономне покрајине и јединица локалне самоуправе) или имовине у предузећима и другим правним лицима укључујући и јавна предузећа, још увек у току.¹⁴⁷³ Стога постоји забринутост да ће приватизацију јавног капитала пратити злоупотребе сличне онима које су се догодиле у претходном периоду.¹⁴⁷⁴ Ово упркос чињеници да садашње законодавство обезбеђује одређене мере за заштиту права запослених, као што је правило да социјални програм мора представљати саставни део програма за продају имовине субјекта приватизације

¹⁴⁶⁹ *Ibid.*, чл. 19, 41.

¹⁴⁷⁰ *Ibid.*, члан 41а.

¹⁴⁷¹ Лј. Ковачевић, „Individual Rights of Employees in Transfers of Undertakings in Serbia“, 240.

¹⁴⁷² Закон о приватизацији (*Службени гласник РС*, бр. 83/2014, 46/2015, 112/2015 и 20/2016 - аутентично тумачење), члан 6.

¹⁴⁷³ *Ibid.*, члан 5.

¹⁴⁷⁴ Лј. Ковачевић, „Individual Rights of Employees in Transfers of Undertakings in Serbia“, 241.

или да уговор о продаји имовине може садржати одредбе о забрани смањења броја запослених који су у радном односу на неодређено време у наредне две (или, ако због значаја очувања делатности предложи ресорно министарство, три) године.¹⁴⁷⁵ Осим тога, важећи Закон о приватизацији као један од модела приватизације предвиђа продају имовине, дела имовина или дела имовине субјекта приватизације и његових зависних друштава. Стога, уколико се утврди да је предмет продаје била одређена имовинска целина субјекта приватизације, односно његово предузетништво - предузеће (а не појединачна ствар), што ће најчешће бити случај, мишљења смо да је тај пренос обухваћен начелом очувања запослења. Ово, пре свега, из разлога што Закон о раду јасно говори и о свим другим случајевима промене послодавца у складу са законом, а, у случају продаје имовинске целине - предузећа, долази до промене носиоца и, самим тим, до промене правног идентитета послодавца. Јасно је да ће делотворност ових одредби зависити како од учесника у поступку приватизације, тако, још више, и од судских органа који ће одлучивати у евентуалним поступцима покренутим од стране запослених ради поништаја решења о отказу.

1475 Закон о приватизацији (2014), чл. 37, 50 и 52.

V ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ ПРОМЕНЕ ПОСЛОДАВЦА НА ПОЛОЖАЈ ЗАПОСЛЕНИХ

„Модерни привредни субјекти представљају средство за организовање привредног живота“¹⁴⁷⁶ и „основни фактор економске организације која се остварује мобилизацијом имовинских интереса у привреди“.¹⁴⁷⁷ Економска активност (снабдевање робом и услугама) у свакој привреди је омогућена управо преко система привредних субјеката. Производња робе и пружање услуга остварују се комбинованим ресурсима различитих заинтересованих страна: оснивачи привредних субјеката обезбеђују капитал за обављање привредне делатности, а запослени пружају своју радну снагу (знање, вештине и способности) која је неопходна за претварање капитала у робу и услуге који чине суштину привреде.

Политика већине привредних субјеката преферира флексибилно тржиште рада које може повећати профит. Иако је „флексибилизација радних односа“ корисна за послодавце и привредне субјекте у целини, њене социјалне импликације могу бити јако негативне.¹⁴⁷⁸ Заговарање идеје да би менаџмент компаније требало да се фокусира на интерес власника капитала радећи на томе да ова групација максимизира свој профит без уважавања права запослених, у потпуности игнорише допринос људског капитала, чинећи запослене тривијалном категоријом.¹⁴⁷⁹ На неприкладност такве идеје указује чињеница да је за велики проценат светске популације врло важно да има запослење било које врсте. Појединац врло тешко прихвата чињеницу да не може да пронађе посао, а још теже прихвата опцију да изгуби посао који има. Будући да је основни мотив заснивања радног односа обезбеђивање економске и социјалне сигурности појединца, те могућност да кроз радни однос развије своју личност - губитак запослења не значи само губитак прихода, већ неретко, и губитак самопоштовања, па и смисла

¹⁴⁷⁶ Adolf Berle, Gardiner Means, *The Modern Corporation and Private Property*, Transaction Publishers, New Brunswick, 1991, 3; Adolf Berle, „Modern Functions of the Corporate System“, *Columbia Law Review*, vol. 62, број 3/1962, 433, 437.

¹⁴⁷⁷ Christos N. Pitelis, „The Separation of Ownership and Control in the Theory of the Firm: A Reappraisal“, *International Journal of Industrial Organisation*, vol. 4, број 1/1986, 69.

¹⁴⁷⁸ Како примећује Обрадовић, „од флексибилизације радних односа несумњиву корист има једино капитал, односно они који њиме управљају. Што је заштита мања и радно место несигурније, радна снага је јефтинија. То не доводи до повећаног запошљавања, раста зарада или повећања благостања у држави, али доводи до већег профита“ (Горан Обрадовић, „Флексибилизација радних односа - узроци и границе“, *Радно и социјално право*, број 1/2008, 208). Задатак је савременог радног законодавства, стога, „да нађе меру између социјалне заштите и једнакости, с једне стране, и економске ефикасности, с друге“. Горан Обрадовић, Весна Секулић, „Индекс законске заштите запослења у Републици Србији“, *Радно и социјално право*, број 1-6/2004, 307.

¹⁴⁷⁹ Thomas Donaldson, Lee E. Preston, „The Stakeholder Theory of the Corporation: Concepts, Evidence, and Implications“, *The Academy of Management Review*, vol. 20, број 1/1995, 65-91.

постојања.¹⁴⁸⁰ Из те перспективе, веома је важно нагласити да креатори јавних политика имају оправдан и легитиман интерес, али и обавезу да кроз одговарајућа радноправна решења омогуће запосленима да задрже своје радно место (у околностима где не постоји оправдани основ за отпуштање), водећи притом рачуна да заштита запослених буде избалансирана са интересима послодавца у остваривању економске добити. Дакле, сврха свих привредних активности требало би да буде побољшање економске добробити појединаца и побољшање укупног животног стандарда свих чланова друштва. Из тога следи да је добра само она јавна политика, која се брине о добробити запослених на исти начин на који се брине о стварању повољног амбијента за привредни развој и остваривање профита привредних субјеката. Зато је неопходно да се аспекту слободне трговине дода социјална компонента.

Наведено посебно вреди у случају реорганизације привредних субјеката путем статусних промена или других случајева промене правног идентитета послодавца. Чињеница је да промена послодавца (може) има(ти) за циљ промену делатности предузећа, његове имовине и финансијске структуре, остваривање функционалног и административног јединства, повећање конкурентности, избегавање двоструког опорезивања, уравнотежење добити и губитака, ширење привредног друштва ван националних оквира и слично, те да у том смислу представља позитивну привредну активност. Међутим, промене правног идентитета послодавца у већини случајева изазивају низ нежељених последица на правни положај запослених, и то, најчешће, прекид радног односа или измену уговорених услова рада на штету запослених. Послодавац који намерава да изврши пренос свог предузећа на друго лице не жели ничим да умањи шансе за успешну реализацију своје пословне намере, те настоји да се ослободи сваког „терета“ који може утицати на висину купопродајне цене. С друге стране, нови послодавац, који је преузео предузеће, врло нерадо испуњава обавезе које проистичу из радног односа заснованог код претходног послодавца, будући да преферира да сам доноси одлуке о вођењу новог предузећа, укључујући избор

¹⁴⁸⁰ Бројна спроведена истраживања су показала да отказ уговора о раду од стране послодавца спада у најстресније животне догађаје, те да може довести до бројних проблема и патологија посебно у земљама које немају развијен систем социјалне заштите незапослених лица. Видети више: Jonathan Gruber, „The Wealth of the Unemployed“, *Industrial and Labour Relations Review*, vol. 55, број 1/2001, 79-94; Christopher J. Ruhm, „Are Workers Permanently Scarred by Job Displacements?“, *The American Economic Review*, vol. 81, број 1/1991, 319-324; Ann Stevens, „Persistent Effects of Job Displacement: The Importance of Multiple Job Losses“, *Journal of Labour Economics*, vol. 15, број 1/1997, 165-88; Melvin Stephens, „The Long-Run Consumption Effects of Earnings Shocks“, *The Review of Economics and Statistics*, vol. 83, број 1/2001, 28-36; Kerry Papps, Rainer Winkelmann, „Unemployment and Crime: New Evidence for an Old Question“, *Discussion Paper*, број 25/1998, 1-26.

запослених и њихове услове рада. Зато се запослени врло често виде као трошак чије ће смањење помоћи послодавцу у реализацији пословних планова. Дакле, тензија између економских интереса послодавца да врше прилагођавање свог пословања захтевима тржишта и интереса запослених да сачувају своје радно место, која је иначе својствена радноправном односу, у околностима промене послодавца постаје још израженија. Чак, делимо мишљење аутора који сматрају да се промена послодавца и пратеће пословне промене налазе у самој сржи конфликта између економских права послодавца на слободу предузетништва и социјалних права запослених на очување радног односа.¹⁴⁸¹ Радно право не може остати индиферентно на ову околност. У складу са својим историјским циљем, оно мора, штитећи слабију страну у радном односу, тежити успостављању одређеног баланса: с једне стране, послодавац мора имати пуну слободу располагања предузећем, јер је то основни израз његове слободе предузетништва, али, с друге стране, запослени морају имати право на заштиту свог запослења. Радноправна регулатива која се примењује у већини држава европско-континенталне правне традиције управо настоји да обезбеди такву равнотежу и задовољи интересе и послодавца и запослених. Премда зачеци ове регулативе сежу у сам почетак XX века, њено значајније ширење уследило је након усвојања Директиве 77/187/ЕЗ о преносу предузећа, првог и јединог међународног правног акта посвећеног питању заштите запослених у околностима промене послодавца, који је остварио снажан утицај на готове све земље европског континента, али и других делова света. Европска комисија је предложила Директиву 77/187/ЕЕЗ као део социјалног програма чији је циљ био ублажавање ефеката рецесије и легитимисање Заједнице као „политичког идеала заснованог на социјалној правди“.¹⁴⁸² Директива је уведена првенствено ради сузбијања негативних ефеката економских процеса у Заједници на запослене. Њен циљ је био да постигне правду расподелом трошкова економских и друштвених промена тако да запослени не сnose целокупни терет реструктурирања предузећа.¹⁴⁸³ У самој преамбули Директиве 2001/23/ЕЗ напомиње се да „треба осигурати заштиту запослених у случају промене послодавца, посебно како би се осигурала заштита њихових права“.¹⁴⁸⁴ Директива, међутим, не дефинише никакав посебан ниво заштите радног односа, већ

¹⁴⁸¹ Примера ради: Ada Antonia Henriette ver Loren van Themaat, *The Protection of Workers in the Case of Business Transfers: A Comparative Study of the Law in the USA, UK and South Africa*, University College London, London, 1994, 30; N. Smit, *Labour Law Implications of the Transfer of an Undertaking*, 1-24; S. E. Etukakpan, *op. cit.*, 39-41.

¹⁴⁸² Bob Hepple, „Harmonisation of Labour Law in the European Communities“, у: John Adams (ed.), *Essays for Clive Schmitthof*, Abingdon, 1983, 14.

¹⁴⁸³ A. A. Henriette ver Loren van Themaat, *op. cit.*, 123.

¹⁴⁸⁴ Директива 2001/23/ЕЗ, уводна изјава 3 преамбуле.

једноставно гарантује да правни положај запослених по постојећем радном односу неће бити угрожен нити измењен искључиво као последица промене послодавца. То се постиже увођењем правила о аутоматском преносу уговора о раду са послодавца претходника на послодавца следбеника. Дакле, у случају да се утврди да је дошло до релевантног преноса предузећа, по сили закона, долази и до преноса укупног правног статуса послодавца претходника на послодавца следбеника (односно до промене субјекта радног односа), али садржина самог радног односа остаје очувана. Другим речима, уколико послодавац промени свој правни идентитет као резултат правног преноса или статусне промене предузећа, сви уговори о раду који су били на снази пре промене правног идентитета важиће и након промене. Тиме се не дира у управљачка овлашћења послодавца, односно његова права да располаже својим предузећем на начин који сматра одговарајућим (*начело добровољног преноса предузећа*), али се и запосленима гарантује очување запослења (*начело континуитета радног односа*). Међутим, уколико би послодавац претходник или послодавац следбеник могли дати отказ запосленима из разлога везаних за саму промену послодавца, правило о аутоматском преносу уговора о раду би постало бесмислено. Зато битан сегмент заштите запослених чине права запослених на заштиту од отказа из разлога везаних за саму промену послодавца. Најзад, ступање послодавца следбеника у права и обавезе (правни статус) послодавца претходника, утиче и на колективна права запослених (пре свега њихова права на партиципацију), као и на права по основу допунског социјалног осигурања, па су једнако вредна правила о њиховом очувању и заштити. Теоријски, оваква регулатива треба да обезбеди радно-социјални мир, социјалну правду и социјалну равнотежу у односу између послодавца и запослених, коме је, иначе, својствена неједнакост и асиметрија моћи. Њена друштвена оправданост произилази из чињенице да потврђује важност доприноса људског капитала и признаје вредност дугорочног односа који постоји између запослених и послодавца код којих раде.

1. ПОСЛЕДИЦЕ ПРОМЕНЕ ПОСЛОДАВЦА НА ИНДИВИДУАЛНА ПРАВА И ОБАВЕЗЕ ЗАПОСЛЕНИХ

Промена правног идентитета послодавца производи последице на укупан правни положај запослених, односно на њихова индивидуална и колективна права и обавезе, као и на права и обавезе која поводом дотичног радног односа произилазе из закона у области радног права и социјалног осигурања. Стога, радноправна регулатива

посвећена правном статусу запослених у околностима промене послодавца настоји да заштити све сегменте правног статуса запослених. Најважнији аспекти ове заштите тичу се, свакако, њихових индивидуалних права и почивају на два основна стуба: 1) правилу да се у случају уговорног или другог преноса предузећа, права и обавезе послодавца претходника које произилазе из радног односа који постоји на дан преноса предузећа преноса на послодавца следбеника, и 2) правилу да пренос предузећа, сам по себи, не представља оправдани разлог за отказ уговора о раду од стране послодавца. Дакле, ако се утврди да је дошло до преноса предузећа и, последично, промене послодавца, радно законодавство осигурава да се, колико је то могуће, радни однос настави непромењен са послодавцем следбеником, као и да се запослени заштите од отказа мотивисаних искључиво чињеницом промене послодавца.

1.1. Правило о *ex lege* преносу права и обавеза из радног односа

Централни инструмент и *први носећи стуб заштите права запослених* у случају промене послодавца је правило о *ex lege* преносу права и обавеза из радног односа са послодавца претходника на послодавца следбеника. Према одредби члана 3, став 1 Директиве 2001/23/ЕЗ, „права и обавезе послодавца претходника, која на дан преноса произилазе из постојећег уговора о раду или радног односа, на темељу таквог преноса преносе се на послодавца следбеника“. Ово правило о континуитету радног односа инспирисано је идејом „правног наслеђа“, односно „универзалне сукцесије“ која је вековима позната грађанском и привредном праву.¹⁴⁸⁵ За разлику од сингуларне сукцесије, где правни следбеник ступа у једно или више тачно одређених права свог правног претходника, код универзалне сукцесије се са правног претходника на правног следбеника преносе сва права која чине имовину једног лица.¹⁴⁸⁶ Овај начин стицања права је касније, прво у Француској, а, потом и у другим европским државама, прихваћен и у радном праву. Примењен на случај промене послодавца он значи неколико ствари. Прво, скуп права и обавеза који произилазе из уговора о раду или радног односа преноси се на послодавца следбеника као целина (*en bloc*), а не појединачно. То значи да са послодавца претходника на послодавца следбеника прелази целина (уговор о раду, односно радни однос) а, тек посредно, захваљујући

¹⁴⁸⁵ T. Kalamatiev, A. Ristovski, „Transfer of Undertakings and Protection of Employees Individual Rights in the Republic of Macedonia“, 277.

¹⁴⁸⁶ P. Ковачевић Куштримовић, М. Лазић, *op. cit.*, 203.

преносу целине, и појединачна права и обавезе из којих се та целина састоји. Друго, пренос права и обавеза почива на јединственом правном основу, односно самом закону. Отуда, овде није потребно да се закључују „нови“ уговори о раду, јер је у питању пренос „старих“ уговора о раду који је утемељен у једном правном основу - закону.¹⁴⁸⁷ Треће, за стицање права и обавеза као целине довољна је само једна радња преноса (*inop actu*), те није потребно пренети посебно свако право и сваку обавезу (на пример, посебно уступити свако потраживање). Четврто, права и обавезе из уговора о раду или радног односа прелазе са послодавца претходника на послодавца следбеника у једном одређеном тренутку који је дефинисан самим законом. Коначно, права и обавезе у том датом тренутку прелазе са послодавца претходника на послодавца следбеника по сили закона (*ipso iure*). Дакле, преношење права и обавеза који произилазе из радног односа није зависно од воље, па чак ни свести (знања) учествујућих страна, већ наступа аутоматски, чим се стекну прописани услови. Такође, до преноса долази без потребе за било каквом додатном радњом послодавца претходника и послодавца следбеника: сукцесија наступа непосредно на основу закона.¹⁴⁸⁸ Имајући у виду наведено, неспорно је да је увођење правила о аутоматском преносу права и обавеза довело до заштите положаја запосленог у смислу да било каква промена правног идентитета послодавца не може да утиче на радни однос, нити на положај запосленог у њему. Заједно са преносом предузећа, на послодавца следбеника се преноса права и обавезе из уговора о раду, односно радног односа постојећег на дан преноса, као да су везани за само предузеће. То значи да је у потрази за најбољим решењем правног статуса запослених у околностима промене послодавца, европски законодавац дао предност начелу очувања запослења у односу на начело аутономије воље, односно слободу избора уговорног партнера, полазећи, пре свега, од чињенице да ће примена овог потоњег *de facto* проузроковати престанак радног односа између постојећих уговорних страна и тиме, у суштини, бити на штету запослених. И све државе чланице Европске уније су, следећи овај пример, у својим националним законодавствима извршиле имплементацију члана 3(1) Директиве 2001/23/ЕЗ и обезбедиле примену правила о аутоматском преносу права и обавеза који произилазе из радног односа у случају промене послодавца. Тако, примера ради, француски Законик о раду, предвиђа да „када дође до промене у правној ситуацији компаније, нарочито путем сукцесије, продаје, спајања, пословне

¹⁴⁸⁷ Т. Kalamatiev, А. Ristovski, „Transfer of Undertakings and Protection of Employees Individual Rights in the Republic of Macedonia“, 277.

¹⁴⁸⁸ Упор. М. Радовић, „Универзална сукцесија код статусних промена привредних друштава“, 119-120.

трансформације, припајања, сви уговори о раду који су на снази на дан промене остају на снази између новог послодавца и запослених у предузећу¹⁴⁸⁹. Слично овоме, немачки Грађански законик предвиђа да „ако посао или део посла правним послом пређе на другог власника, овај наследник наслеђује права и дужности из радних односа који су постојали у тренутку преноса“¹⁴⁹⁰. Готово идентичне одредбе садрже и италијански Грађански,¹⁴⁹¹ шпански Статут о радницима,¹⁴⁹² као и правни прописи свих других држава чланица Европске уније. Правило о континуитету радног односа, међутим, није прихваћено само у земљама чланицама ове организације и Европског економског простора (Исланд, Лихтејнштајн, Норвешка), већ, под њиховим утицајем, и у многим другим државама европског региона, али и света. Тако, примера ради, швајцарски Законик о облигацијама предвиђа да „ако послодавац пренесе предузеће или његов део на треће лице, радни однос и сва пратећа права и обавезе прелазе на послодавца следбеника од дана преноса, осим ако запослени одбије пренос“¹⁴⁹³, а Турски Закон о раду бр. 4857, доста слично, гарантује да „када се, због правног посла, предузеће или један од његових делова пренесе на друго лице, уговори о раду који постоје у предузећу или у његовом делу који је пренесен на дан преноса прелазе на послодавца следбеника са свим правима и обавезама“¹⁴⁹⁴. Занимљиво је приметити да је увођењем уставне демократије и усвајањем Закона о радним односима бр. 66 од 1995. године, и Јужноафричка Република увела правило о аутоматском преносу уговора о раду, како би ублажила негативан утицај који је обичајно право имало на запослене. Тако, члан 197 овог Закона предвиђа да „ако дође до преноса предузећа, нови послодавац се аутоматски замењује на месту старог послодавца у погледу свих уговора о раду који постоје непосредно пре датума преноса“¹⁴⁹⁵. Нешто другачију формулацију,

¹⁴⁸⁹ Code du Travail, члан L. 1224, став 1.

¹⁴⁹⁰ Bürgerliches Gesetzbuch, члан 613а, став 1.

¹⁴⁹¹ Према члану 2112, став 1 италијанског Грађанског законика, „у случају преноса предузећа, радни однос запосленог наставља се са послодавцем следбеником и запослени задржава сва права која му припадају“. F. Morelli, *op. cit.*, 281.

¹⁴⁹² Према члану 44 шпанског Статута о радницима „промена власништва у предузећу, радном центру или независној производној јединици не прекида сама по себи радне односе; нови послодавац ће заменити претходног и мора се придржавати права и обавеза из радног законодавства и социјалног осигурања, укључујући све пензијске обавезе, под условима предвиђеним посебним прописима и свим обавезама које стекне од послодавца претходника у односу на додатну социјалну заштиту“. P. Menor, *op. cit.*, 405.

¹⁴⁹³ Obligationenrecht (vom 30. März 1911 (Stand am 1. Juli 2021)), члан 333.

¹⁴⁹⁴ Melek Onaran Yüksel, „Turkey“, у: Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, Tim Marshall (eds), *Transfer of Business and Acquired Employee Rights - A Practical Guide for Europe and Across the Globe*, Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, 2016, 524.

¹⁴⁹⁵ Retha Beerman, Aadil Patel, Faan Coetze, „South Africa“, у: Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, Tim Marshall (eds.), *Transfer of Business and Acquired Employee Rights - A Practical Guide for Europe and Across the Globe*, Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, 2016, 571.

али са истим правним дејством и суштином, садрже мексички Федерални Закон о раду, који предвиђа да „промена послодавца неће утицати на радне односе предузећа или установе“¹⁴⁹⁶ и бразилски Консолидовани Закон о раду према коме „ниједна промена правне структуре и власништва предузећа неће утицати на права која су стекли његови запослени“.¹⁴⁹⁷

Најзад, ваља поменути да су и све бивше југословенске републике укључујући Србију, као земље које теже чланству у Европску унију, извршиле имплементацију одредбе члана 3(1) Директиве 2001/23/EЗ и у своје законодавство увеле начело континуитета радног односа у околностима промене послодавца. Тако, Закон о радним односима Северне Македоније предвиђа да „сва права, обавезе и одговорности из уговора о раду и радног односа преносе се на новог послодавца у случајевима када дође до статусних промена“.¹⁴⁹⁸ Осим тога, „у случају преношења активности на предузеће или делове предузећа или у случају преноса пословања или његовог дела са послодавца претходника на другог послодавца - следбеника, права и обавезе које проистичу из радног односа у потпуности прелазе на послодавца - следбеника на кога се врши пренос“.¹⁴⁹⁹ Исто правило, само другачије формулисано, садржи и Закон о раду Црне Горе, који предвиђа да „ако због статусне промене или правног посла дође до промене послодавца или дела послодавца, у складу са законом, послодавац следбеник преузима од послодавца претходника запослене и дужан је да поштује сва права и обавезе запослених из радног односа која важе на дан преузимања, као и да омогући синдикално деловање у складу са законом“.¹⁵⁰⁰ На крају, и српски Закон о раду прихвата начело континуитета радног односа, путем правила да „у случају статусне промене, односно промене послодавца, у складу са законом, послодавац следбеник преузима од послодавца претходника општи акт и све уговоре о раду који важе на дан промене послодавца“.¹⁵⁰¹ Дакле, уколико се утврди да је дошло до промене послодавца, уговори о раду настављају да производе правно дејство између запослених и послодавца следбеника, услед чега лица која су била запослена у време промене

¹⁴⁹⁶ María Ríos, „Mexico“, у: Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, Tim Marshall (eds), *Transfer of Business and Acquired Employee Rights - A Practical Guide for Europe and Across the Globe*, Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, 2016, 645.

¹⁴⁹⁷ Priscila da Rocha Lago, Thiago Ramos Barbosa, „Brazil“, у: Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, Tim Marshall (eds), *Transfer of Business and Acquired Employee Rights - A Practical Guide for Europe and Across the Globe*, Springer-Verlag, Berlin, 2016, 593.

¹⁴⁹⁸ Закон за работните односи, члан 68.

¹⁴⁹⁹ *Ibid.*, члан 68-а, став 3.

¹⁵⁰⁰ Закон о раду Црне Горе, члан 108, став 1.

¹⁵⁰¹ Закон о раду (2005), члан 147.

послодавца имају иста права и обавезе према послодавцу следбенику, као што су имали према послодавцу претходнику пре промене.¹⁵⁰²

Међутим, напред описано правило о континуитету радног односа не сме бити протумачено на начин да су запослени дужни да наставе да раде код послодавца следбеника. Стога, битно питање у оквиру правила о аутоматском преносу уговора о раду представља право запослених да одбију пренос уговора о раду, односно право да се успротиве наступању последица до којих долази по сили закона. Осим тога, правило о преносу уговора о раду по сили закона би мало вредело ако би послодавац следбеник непосредно након преноса могао изменити уговорене услове рада на штету запослених. Из тог разлога, важан сегмент првог стуба заштите запослених представља и начело очувања стечених права запослених. Међутим, пре анализе ових питања, ваља размотрити персонално подручје важења начела континуитета радног односа, као и обим права и обавеза која су обухваћена овим начелом.

1.1.1. Чији се уговори преносе?

1.1.1.1. Запослени *v.* радници

До 1998. године када је извршена њена измена и допуна, Директива 77/187/ЕЕЗ је оправдано критикована због озбиљног пропуста да дефинише појмове који су кључни за њену имплементацију, попут појма „пренос“, „предузеће“ и „запослени“. Неке од тих празнина су, барем делимично, отклоњене увођењем дефиниција у Новелу Директиве 98/50/ЕЗ. Међутим, многе празнине су и даље остале. Једна од најзначајнијих је, свакако, та што Директива 2001/23/ЕЗ не садржи дефиницију појма „запослени“ на нивоу целе Заједнице. Уместо тога, члан 2 предметне Директиве предвиђа да појам „запослени“ означава „свако лице које је у дотичној држави чланици заштићено као запослени према националним прописима који се односе на запошљавање“.¹⁵⁰³ Овакво одређење појма запосленог је у складу са традиционалним ставом Суда правде да је Директива 2001/23/ЕЗ намењена успостављању само делимичне хармонизације, а „не успостављању јединственог нивоа заштите у Заједници

¹⁵⁰² Ljubinka Kovačević, Erika Kovács, „Change of Employer and Preservation of Employment: Serbian Experience in Light of European Law“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, број 2/2019, 115.

¹⁵⁰³ Директива 2001/23/ЕЗ, члан 2(1)(d). Наведеним чланом је заправо само кодификована минимално измењена верзија дефиниције коју је Суд правде првобитно усвојио у предмету *Danmols Inventar*. Према тумачењу Суда у овом предмету, „појам „запослени“ у смислу Директиве 77/187/ЕЕЗ мора се тумачити тако да обухвата свако лице које је у дотичној држави чланици заштићено као запослени према националном закону о раду“. Видети: Пресуда у предмету бр. C-105/84 (*Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v. A/S Danmols Inventar, in liquidation*) од 11. јула 1985. године (*European Court Reports* 1985, 331), параграф 28.

на основу заједничких критеријума¹⁵⁰⁴, али је оно, истовремено, у оштрој супротности са јуриспруденцијом Суда правде у вези са чланом 45 УФЕУ о слободном кретању радника у којој је Суд инсистирао на дефиницији појма „радник“ на нивоу Уније. Међутим, пропуст да уведе јединствену дефиницију запосленог која би важила на европском комунитарном нивоу, европски законодавац је покушао да ублажи предвиђањем одређених ограничења за државе чланице. Наиме, сходно члану 2 Директиве 2001/23/ЕЗ „ова Директива не доводи у питање национално право у погледу дефиниције уговора о раду или радног односа“¹⁵⁰⁵, али државе чланице не могу из подручја њене примене искључити уговоре о раду или о радне односе само ради: 1) броја одрађених радних сати или радних сати које треба одрадити; 2) тога што су радни односи које уређује уговор о раду на одређено време у смислу члана 1, став 1 Директиве 91/383/ЕЕЗ¹⁵⁰⁶, или 3) тога што су привремени радни односи у смислу члана 1, став 2 Директиве 91/383/ЕЕЗ, а предузеће, пословање или део предузећа или пословања које се преноси јесте, или је део, предузећа за привремено запошљавање које је послодавац.¹⁵⁰⁷ Дакле, запослени који раде на одређено време или непуно радно време су заштићени на исти начин, као и запослени који раде на неодређено време, без обзира на одредбе националних закона. Када су у питању запослени ангажовани по основу уговора о привременом раду, ситуација је сложенија. Привремени радни односи у смислу члана 1, став 2 Директиве 91/383/ЕЗ су „радни односи, између предузећа за привремено запошљавање које је послодавац, и радника, када је потоњем додељен посао за и под контролом предузећа које користи његове услуге“.¹⁵⁰⁸ Дакле, у питању су радни односи који се заснивају између предузећа/агенције за привремени рад и радника, при чему се запослени обавезују да изврше рад за предузеће корисника рада са којим запослени нису у уговорном односу. Из наведеног произилази да државе чланице не могу из подручја примене начела очувања запослења искључити запослене ангажоване преко предузећа/агенције за привремено запошљавање у случају када је предмет преноса само предузеће за привремено запошљавање или његов део. Ова ситуација, међутим, и није толико спорна будући да је предузеће за запошљавање њихов послодавац у формалноправном смислу, те у случају промене његовог правног

¹⁵⁰⁴ Пресуда у предмету бр. С-105/84 (*Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v. A/S Danmols Inventar, in liquidation*) од 11. јула 1985. године (*European Court Reports* 1985, 331), параграф 26.

¹⁵⁰⁵ Директива 2001/23/ЕЗ, члан 2(2).

¹⁵⁰⁶ Council Directive 91/383/EEC of 25 June 1991 supplementing the measures to encourage improvements in the safety and health at work of workers with a fixed-duration employment relationship or a temporary employment relationship (*Official Journal L* 206, 29.7.1991, 19–21).

¹⁵⁰⁷ Директива 2001/23/ЕЗ, члан 2(2).

¹⁵⁰⁸ Директива 91/383/ЕЕЗ, члан 1(2).

идентитета запослене свакако следује заштита запослења. Међутим, Директива 2001/23/ЕЗ не предвиђа заштиту запослених у случају да је предмет преноса предузеће које је корисник рада. Као што је напред поменуто, Суд правде је, тумачећи могућност примене Директиве у случају преноса предузећа у оквиру групе повезаних друштава оценио да „захтев [...] да постоји или уговор о раду, или, алтернативно, а тиме и еквивалентно, радни однос на дан преноса предузећа сугерише да, према законодавству Заједнице, уговорна веза са послодавцем претходником није потребна у свим околностима да би запослени могли да имају користи од заштите која им је додељена Директивом 2001/23/ЕЗ“.¹⁵⁰⁹ Стога је утврдио да се послодавцем може сматрати и послодавац у којем су запослени били распоређени на неодређено време, иако са њим нису били у радном односу. Премда и у случају привременог рада, доста слично, постоје два послодавца - један који има уговорне односе са запосленима, а други вануговорне, питање је да ли би Суд правде и у случају преноса предузећа корисника рада утврдио обавезну примену Директиве. Ово из разлога што, иако се ради о одвојеним правним субјектима, код групе повезаних друштава постоји јединствени економски интерес и јединствена управа, те је много лакше и саму групу квалификовати као јединственог послодавца. То, међутим, није случај, код привременог рада.

Осим тога, ваља нагласити да је, упркос овим значајним појачањима заштите положаја запослених у виду спречавања могућности искључења из подручја примене Директиве 2001/23/ЕЗ посебних облика радног односа (на непуно радно време, на одређено време или привремених радних односа), радноправна заштита коју пружа предметна Директива, ипак, ограничена само на лица која имају статус запосленог према одредбама националног законодавства, док је заштита свих осталих радноангажованих лица остала препуштена (само)вољи држава чланица. А државе чланице, по правилу, не садрже посебну дефиницију појма запосленог у смислу преноса предузећа, већ користе постојеће законске дефиниције или - у земљама у којима оне не постоје (примера ради Немачка, Луксембург, Финска, Шведска) - судску праксу. Притом, најчешће су описне дефиниције у којима се запослени одређује као лице које ради на основу уговора о раду (што је случај, примера ради, у Литванији, Летонији, Мађарској, Кипру, Холандији, Словенији) или као лице које у радном односу

¹⁵⁰⁹ Пресуда у предмету бр. С-242/09 (*Albron Catering BV v. FNV Bondgenoten, John Roest*) од 21. октобра 2010. године (*Official Journal of the European Union* 2010, 625), параграф 23.

обавља одређене послове за послодавца (примера ради у Хрватској).¹⁵¹⁰ Постоје, међутим, и државе, попут Грчке и Велике Британије, које су у своје радно законодавство увеле појам „запослени“ само за потребе одређивања персоналног подручја примене начела очувања запослења у случају промене послодавца. У грчком праву овај посебни појам запосленог није проширен на лица која раде за другог без заснивања радног односа, већ је само прецизирано да се сва физичка лица која су повезана са предузећем на основу „зависног радног односа“ сматрају запосленима у смислу Директиве 2001/23/ЕЗ.¹⁵¹¹ Такво проширење, међутим, садржи британско право. Према правилу 2(1) Уредбе о преносу предузећа (заштити запослења) - (*TUPE*), запослени је дефинисан као „појединац који ради за друго лице било по уговору о запослењу или приправничком стажу или на неки други начин, али не укључује лица која пружају услугу према уговору о услугама“.¹⁵¹² Дакле, иако је у циљу одређивања персоналног подручја примене начела очувања запослења Велика Британија могла да искористи дефиницију запосленог која је садржана у члану 230 британског Закона о правима из радног односа од 1996. године (а према којој је запослени дефинисан као лице које је ступио на рад или ради на основу уговора о раду¹⁵¹³), она то није учинила. У циљу проширења заштите и обухватања ширег круга радноангажованих лица у оквир радноправне заштите предвиђен Уредбом о преносу предузећа, британски законодавац је увео посебну дефиницију запосленог која је шири од традиционалне дефиниције запосленог будући да укључује лица која раде за другога било по уговору о (раду) или на неки други начин (уговор о делу и сл.). Тиме је, у ствари, у подручје примене предметне Уредбе укључио и раднике, као посебну (трећу) категорију радноангажованих лица (поред запослених и samozапослених лица) признату британским радним законодавством.

Британско решење је, ипак, изузетак, те у већини држава чланица Европске уније остаје проблем искучивања из персоналног подручја примене начела очувања запослења великог броја лица која припадају средњој категорији радноангажованих лица - економски зависних радника. Осим тога, посебан проблем се јавља и у погледу јавних (државних и локалних) службеника будући да према радном законодавству

¹⁵¹⁰ M. Sargeant, *Implementation Report Directive 2001/23/EC on the approximation of laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event, of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses*, 20-28.

¹⁵¹¹ *Ibid.*, 22.

¹⁵¹² J. McMullen, „Atypical Transfers, Atypical Workers and Atypical Employment Structures - A Case for Greater Transparency in Transfer of Employment Issues“, 296.

¹⁵¹³ Притом, „уговор о раду“ означава уговор о запослењу или приправничком стажу, било експлицитан или имплицитан, те да ли је усмени или писмени“. *Ibid.*

одређеног броја држава (примера ради Француске, Мађарске, Италије и Холандије) они немају статус запосленог (зато што радни однос не заснивају уговором о раду). Ово посебно из разлога што су тумачења Суда правде ишла на руку њиховом искучивању из делокруга Директиве 2001/23/ЕЗ. Тако је, примера ради, у случају *Collino*, који су покренула два радника погођена преносом италијанске државне институције (за коју су радили) у руке приватне компаније, Суд правде потврдио да се Директива 2001/23/ЕЗ може применити на такву ситуацију, али истовремено упозорио да се на предметну Директиву могу ослонити само лица која су заштићена као запослени према националном закону о раду.¹⁵¹⁴ Оно што је најважније, Суд правде је оставио националном суду да провери да ли су тужиоци у овом случају испунили овај стандард, али је приметио да спис предмета сугерише да се на запослене у дотичној институцији примењује посебан (јавноправни) режим радних односа, а не закон о раду,¹⁵¹⁵ имплицирајући тиме да такви појединци не уживају заштиту према Директиви 2001/23/ЕЗ.

Негативне последице пресуде у случају *Collino* на заштиту јавних службеника у случају приватизације државне имовине пружиле су основу за каснији снажан напад на ставове изнете у њој од стране општег правобраниоца Albera. У свом мишљењу, датом случају *Beckmann*¹⁵¹⁶ (који се, такође, тичао питања приватизације) општи правобранилац је тврдио да се, супротно ставу који је Суд заузео у случају *Collino*, Директива 2001/23/ЕЗ треба применити у случају *Beckmann*, чак и ако се сматра да је радни однос између госпође Beckmann и њеног послодавца уређен посебним законом. Општи правобранилац је понудио неколико аргумената у прилог овом ставу. Прво, сматрао је да је искључење службеника из подручја примене Директиве на основу начина на који је пренесени орган (у којем су радили) организован или правне природе акта којим се заснива радни однос непримерено циљу Директиве.¹⁵¹⁷ Друго, указао је да текст саме Директиве 2001/23/ЕЗ оправдава шири приступ. У њему се не помиње само појам „уговора о раду“, већ и шири појам „радног односа“.¹⁵¹⁸ Треће, тврдио је да је ограничење подручја примене Директиве 2001/23/ЕЗ на начин како је то учињено у случају *Collino* у супротности са главном сврхом Директиве. За општег правобраниоца,

¹⁵¹⁴ Пресуда у предмету бр. C-343/98 (*Renato Collino och Luisella Chiappero v. Telecom Italia SpA*) од 14. септембра 2000. године (*European Court Reports* 2000, 441), параграфи 36-41.

¹⁵¹⁵ *Ibid.*, параграф 40.

¹⁵¹⁶ Пресуда у предмету бр. C-164/00 (*Katia Beckmann v. Dynamco Whichloe Macfarlane Ltd*) од 4. јуна 2002. године (*European Court Reports* 2002, 330).

¹⁵¹⁷ Opinion of Advocate General Alber delivered on 13 December 2001 (*European Court Reports* 2001, 693), параграф 55.

¹⁵¹⁸ *Ibid.*, параграф 56.

заштита службеника који раде у органима јавне власти мора се гарантовати управо у контексту приватизације, будући да се службеници налазе у ситуацији упоредивој са запосленима погођеним преносом предузећа у приватном сектору.¹⁵¹⁹

Међутим, упркос снажним аргументима општег правобраниоца, ово питање у случају *Beckmann* није разматрано јер, како је Суд истакао (и како је сам општи правобранилац признао), није било спора између страна да госпођа Beckmann потпада под општи режим радних односа Велике Британије те је, стога, имала право на радноправну заштиту у складу са одредбама Директиве 2001/23/ЕЗ.¹⁵²⁰ Међутим, ако се питање радноправне заштите службеника (који према посебним националним законима немају статус запосленог) икада поново нађе пред Судом правде ради преиспитивања, могло би се догодити да несрећна законодавна формулација која потиче из пресуде у случају *Danmols Inventar*¹⁵²¹ одврати Суд од прихватања приступа општег правобраниоца Albera. Премда би најбоље решење било давање комунитарноправне дефиниције запосленог, таква интервенција европског законодавца се, за сада, не очекује. Али, чак и ако се законодавна редефиниција не догоди, чини се да је пожељан шири приступ тумачења појма „запослени“ од оног у случају *Collino*. У случајевима као што је овај, Суд правде се ослањао на аргумент да је Директива 2001/23/ЕЗ законодавна мера делимичне хармонизације, али је инсистирањем на таквом ставу лишио заштите велики број радноангажованих лица. Притом, значајно је поменути да је овакво ослањање на употребу делимичног усклађивања према Директиви нешто чему се Суд правде у прошлости одлучно противио.

Да има наде у превазилажење ранијих ставова и заузимање ширег приступа у тумачењу појма запослени показује најновија јуриспруденција Суда правде у Луксембургу. Тако је, у свом мишљењу датом у случају *Celtec*,¹⁵²² општи правобранилац Poiares Maduro (отворено заснивајући своје аргументе на ранијим ставовима општег правобраниоца Alber у случају *Collino*) оштро критиковао стање законодавства, означивши недостатак комунитарноправне дефиниције запосленог несрећним и истичући да је позивање на национално право у смислу појма запосленог довело до тога да се идентичне ситуације различито третирају само због чињенице да је у питању радни однос између јавних службеника и њихових послодаваца, што је исход

¹⁵¹⁹ *Ibid.*, параграф 60.

¹⁵²⁰ *Ibid.*, параграф 47; Пресуда у предмету бр. C-164/00 (*Katia Beckmann v. Dynamco Whichloe Macfarlane Ltd*) од 4. јуна 2002. године (*European Court Reports* 2002, 330), параграф 27.

¹⁵²¹ Директива 2001/23/ЕЗ, члан 2(1)(d).

¹⁵²² Пресуда у предмету бр. C-478/03 (*Celtec Ltd v. John Astley and Others*) од 26. маја 2005. године (*European Court Reports* 2005, 321).

који се „не чини оправданим у светлу циљева Директиве 2001/23/ЕЗ“.¹⁵²³ Као и општи правобранилац Alber пре њега, Poiares Maduro је заузео став да националном праву није дата неограничена дозвола за искључивање радника у јавном сектору из делокруга Директиве 2001/23/ЕЗ. Овакво становиште заузео је и Суд правде, само приликом тумачења концепције радног односа са непуним радним временом.¹⁵²⁴ Према његовој оцени, дискреционо право које је дато државама чланицама да дефинишу изразе употребљене у изворима комунитарног радног права није неограничено. Одређени изрази коришћени у директивама могу се дефинисати у складу с националним правом и праксом, али под условом да поштују делотворност директива и општа начела права Европске уније. Конкретно, држава чланица не може по својој вољи, кршећи ефикасност директиве, искључити одређене категорије лица из заштите коју та директива нуди.¹⁵²⁵ Ове наводе Суд правде је потврдио и додатно оснажио у предмету *Ruhrlandklinik* оцењујући да ограничавање појма „радник“ у смислу Директиве 2008/104/ЕУ (о раду преко предузећа за привремено запошљавање) на лица обухваћена тим појмом према националном праву може угрозити остваривање циљева, а тиме и довести у питање делотворност предметне Директиве прекомерним и неоправданим ограничавањем подручја њене примене. Такво ограничење омогућило би државама чланицама да по властитој вољи одређеним категоријама лица одузму заштиту која се настоји постићи Директивом.¹⁵²⁶ Стога је у самој предсуди дао параметре за дефинисање појма „радник“ остављајући националном суду да провери јесу ли ти критеријуми испуњени.¹⁵²⁷ Да ли ће се Суд осећати позваним да на исти начин протумачи и појам „запослени“ за потребе примене Директиве 2001/23/ЕЗ, остаје да се види, мада најновије пресуде пружају јаку основу за закључак да се то може очекивати.

1.1.1.2. Запослени у делу предузећа које се преноси на другог послодавца

Када се пренесе цело предузеће, релативно је лако одредити лица која су у њему радила и која ће, заједно са предузећем, преузети послодавац следбеник. Међутим, када се само део предузећа пренесе, постаје знатно теже одредити чији се уговори преносе

¹⁵²³ Opinion of Mr Advocate General Poiares Maduro delivered on 27 January 2005 (*European Court Reports* 2005, 66), параграф 17.

¹⁵²⁴ Пресуда у предмету бр. C-393/10 (*Dermod Patrick O'Brien v. Ministry of Justice, formerly Department for Constitutional Affairs*) од 1. марта 2012. године (*European Court Reports* 2012, 110), параграф 34.

¹⁵²⁵ *Ibid.*, параграф 36.

¹⁵²⁶ Пресуда у предмету бр. C-216/15 (*Betriebsrat der Ruhrlandklinik gGmbH v. Ruhrlandklinik gGmbH*) од 17. новембра 2017. године (*European Court Reports* 2016, 883), параграфи 36 и 37.

¹⁵²⁷ *Ibid.*, параграф 43.

са послодавца претходника на послодавца следбеника. Према мишљењу општег правобраниоца Slynn-а, Директива даје права само запосленима који су током свог радног времена у потпуности ангажовани у делу пренесеног предузећа.¹⁵²⁸ За утврђивање да ли је запослени „у потпуности ангажован“ у делу предузећа које се преноси, према његовој оцени, потребно је размотрити да ли би запосленог запослио носилац тог дела или носилац преосталог дела предузећа, ако је тај део предузећа био у посебном власништву пре преноса. Једини изузетак који је направио Slynn од захтева да запослени буде „потпуно ангажован“ у делу пренесеног предузећа био је случај када се од запосленог захтевало да обавља послове у другим деловима предузећа у мери која се може описати као *de minimis*.¹⁵²⁹ Међутим, ако је запослени био укључен у активности целог предузећа или у неколико делова, онда се не би могао сматрати запосленим у делу предузећа које је пренесено у смислу Директиве 2001/23/ЕЗ.

Ово мишљење Суд правде је уважио у случају *Botzen*.¹⁵³⁰ Према чињеничном стању у наведеном случају, послодавац следбеник је преузео одређена одељења послодавца претходника и целокупно запослено особље које у њима било распоређено, али и један број запослених у општим и административним одељењима која, иначе, није преузео. С тим у вези, национални суд је тврдио да су преносом уговора о раду обухваћени само запослени који раде пуно или непуно радно време у пренесеном делу предузећа, искључујући оне који су ангажовани делимично на пословима у различитим предузећима или деловима предузећа и оне који, иако раде за неколико предузећа или делова предузећа, чине део преосталог особља.¹⁵³¹ С друге стране, Комисија је сматрала да је једини одлучујући критеријум у вези са преносом права и обавеза запослених чињеница да ли је дошло (или није) до преноса дела предузећа у којем су распоређени дотични запослени и које је формирало одређену организацију у оквиру које је њихов радни однос заснован.¹⁵³² Суд правде је подржао став Комисије. Према оцени Суда, радни однос у суштини карактерише веза која постоји између запосленог и дела предузећа у којем је распоређен да обавља своје дужности. Како би одлучили да ли се права и обавезе из радног односа преносе на основу Директиве 2001/23/ЕЗ, довољно је утврдити у који део предузећа је запослени распоређен. Стога се Директива не може

¹⁵²⁸ Opinion of Mr Advocate General Sir Gordon Slynn delivered on 8 November 1984 (*European Court Reports* 1984, 340), 521.

¹⁵²⁹ *Ibid.*, 522.

¹⁵³⁰ Пресуда у предмету бр. C-186/83 (*Arie Botzen and others v. Rotterdamsche Droogdok Maatschappij BV*) од 7. фебруара 1985. године (*European Court Reports* 1985, 58).

¹⁵³¹ *Ibid.*, параграф 13.

¹⁵³² *Ibid.*, параграф 14.

применити на оне запослене који су, иако нису распоређени у пренесеном делу предузећа, обављали одређене дужности које су укључивале употребу имовине додељене пренесеном делу или који су обављали одређене послове у корист пренесеног дела предузећа.¹⁵³³

1.1.2. Датум наступања правних последица промене послодавца и преноса уговора о раду

Најзначајнији аспект заштите права запослених коју предвиђа Директива 2001/23/ЕЗ је гаранција да се, у случају преноса предузећа или његовог дела, на основу правног посла или статусне промене, на правног следбеника преносе сва „права и обавезе послодавца претходника, која на дан преноса произилазе из постојећег уговора о раду или радног односа“.¹⁵³⁴ Као што јасно произилази из саме формулације члана 3, став 1 Директиве 2001/23/ЕЗ „заштита коју намерава да пружи Директива односи се само на запослене који имају уговор о раду или радни однос постојећи на дан преноса“.¹⁵³⁵ Другим речима, запослени морају имати статус запосленог у предузећу које се преноси на дан преноса.¹⁵³⁶ Послодавац следбеник, стога, „није одговоран за исплату [...] (потраживања - М. Д.) оних лица која нису била запослена у предузећу на дан преноса“.¹⁵³⁷ Накнадно запослена лица, такође, не могу уживати заштиту коју пружа Директива 2001/23/ЕЗ,¹⁵³⁸ као ни запослени који су својом вољом¹⁵³⁹ одлучили да не желе да наставе радни однос са новим послодавцем након преноса,¹⁵⁴⁰ у ком случају је „на државама чланицама да утврде каква би требала да буде судбина уговора

¹⁵³³ *Ibid.*, параграфи 15-16.

¹⁵³⁴ Директива 2001/23/ЕЗ, члан 3(1).

¹⁵³⁵ Решење у предмету бр. С-386/09 (*Jhonny Briot v. Randstad Interim, Sodexo SA and Council of the European Union*) од 15. септембра 2010. године (*European Court Reports* 2010, 526), параграф 27.

¹⁵³⁶ Суд правде је до овог закључка дошао након што је испитао различите језичке верзије Директиве. Тако се у холандској, француској, немачкој, грчкој и италијанској верзији израз „постојећи на дан преноса“ недвосмислено односи на израз „уговор о раду или радни однос“, а исто тумачење је могуће, по оцени Суда, и у верзијама на енглеском и данском језику. Пресуда у предмету бр. С-19/83 (*Knud Wendelboe and others v. L.J. Music ApS, in liquidation*) од 7. фебруара 1985. године (*European Court Reports* 1985, 54), параграф 13.

¹⁵³⁷ С. Barnard, *op. cit.*, 603.

¹⁵³⁸ Пресуда у предмету бр. С-287/86 (*Landsorganisationen i Danmark for Tjenerforbundet i Danmark v. Ny Mølle Kro*) од 17. децембра 1987. године (*European Court Reports* 1987, 573), параграф 26.

¹⁵³⁹ Општи правобранилац Slynn у случају *Danmols Inventar*, нагласио је, притом, да је од кључне важности за националне судове да осигурају да сваки такав споразум буде „оригиналан и да није окаљан принудом од стране послодавца претходника или послодавца следбеника“. Opinion of Advocate General Sir Gordon Slynn delivered on 30 April 1985 (*European Court Reports* 1985, 331), 2642.

¹⁵⁴⁰ Пресуда у предмету бр. С-105/84 (*Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v. A/S Danmols Inventar, in liquidation*) од 11. јула 1985. године (*European Court Reports* 1985, 331), параграф 26.

о раду или радног односа“.¹⁵⁴¹ За она лица која су на дан преноса била запослена, члан 3(1) Директиве 2001/23/ЕЗ предвиђа да се права и обавезе произашли из „уговора о раду или радних односа [...] аутоматски преносе са послодавца претходника на послодавца следбеника самом чињеницом преноса предузећа“.¹⁵⁴² Насупрот томе, и сходно одредбама садржаним у другом ставу члана 3(1), „након датума преноса и само на бази преноса, послодавац претходник је ослобођен свих обавеза које проистичу из уговора о раду или радног односа, чак и ако запослени у предузећу нису дали пристанак или ако се томе успротиве, осим ако су државе чланице обезбедиле солидарну одговорност послодавца претходника и послодавца следбеника после датума преноса“.¹⁵⁴³

Имајући у виду значај радноправних последица које наступају на „дан преноса“ веома је важно да се тај дан прецизно одреди. У случају преноса предузећа који је последица статусне промене то није тешко будући да се „законодавствима држава чланица одређује датум на који спајање (односно подела) почиње производити последице“.¹⁵⁴⁴ У праву Србије тај датум се везује за моменат наступања правних последица статусне промене и пада на дан регистрације статусне промене.¹⁵⁴⁵ Дилеме се, међутим, могу јавити у случају преноса предузећа који је резултат правног преноса. Из самог текста Директиве 2001/23/ЕЗ произилази да се пренос права и обавеза из уговора о раду или радног односа врши на дан преноса предузећа. Према оцени Суда, израз „дан преноса“ у смислу члана 3(1) Директиве 2001/23/ЕЗ мора се схватити као „дан на који одговорност послодавца за обављање послова предметног предузећа прелази са послодавца претходника на послодавца следбеника“.¹⁵⁴⁶ То, дакле, значи да се дан преноса не везује за моменат стицања својине на предметима који чине предузеће, већ за дан на који послодавац претходник преноси обавезу управљања предузећем на друго лице које то предузеће преузима.¹⁵⁴⁷ Ниједна последица преноса,

¹⁵⁴¹ Пресуда у предмету бр. C-399/96 (*Europièces SA v. Wilfried Sanders and Automotive Industries Holding Company SA*) од 12. новембра 1998. године (*European Court Reports* 1998, 532), параграф 139.

¹⁵⁴² Пресуда у предмету бр. C-478/03 (*Celtec Ltd v. John Astley and Others*) од 26. маја 2005. године (*European Court Reports* 2005, 321), параграф 38.

¹⁵⁴³ Пресуда у здруженим предметима бр. C-144 и 145/87 (*Harry Berg v. Ivo Martin Besselsen (Case 144/87) and Johannes Theodoras Maria Busschers v. Ivo Martin Besselsen (Case 145/87)*) од 5. маја 1988. године (*European Court Reports*, 1988, 236), параграф 14.

¹⁵⁴⁴ Директива 2017/1132/ЕУ, члан 103 и 149.

¹⁵⁴⁵ Закон о привредним друштвима, члан 501, став 1.

¹⁵⁴⁶ Пресуда у предмету бр. C-478/03 (*Celtec Ltd v. John Astley and Others*) од 26. маја 2005. године (*European Court Reports* 2005, 321), параграф 36.

¹⁵⁴⁷ Ово је у складу са тумачењима Суда према којима до правног преноса долази „када постоји промена у физичком или правном лицу које је одговорно за обављање посла и које на основу те чињенице преузима обавезе послодавца у односу на запослене у предузећу, без обзира на то да ли је власништво

чак и да је уговорена сагласношћу воља обе стране, не може се одложити за неки други датум:¹⁵⁴⁸ „уговор о раду или радни однос између лица које преноси предузеће и запосленог аутоматски се преноси на лице које преузима предузеће самом чињеницом преноса, као што је и дефинисано у члану 3(1) Директиве 2001/23/ЕЗ“.¹⁵⁴⁹ Дакле, пренос уговора о раду „нужно се врши на дан преноса предузећа и не може се померити за неки други датум по вољи послодавца претходника или послодавца следбеника“.¹⁵⁵⁰ Да је другачије и да послодавац претходник или послодавац следбеник могу изабрати датум преноса уговора о раду, то би значило да им се дозвољава да барем привремено одступе од одредби Директиве 2001/23/ЕЗ што није могуће „будући да су одредбе обавезне“.¹⁵⁵¹

Важност оваквог става може се видети на чињеничном стању у случају *Celtec*. Случај се тичао процеса приватизације одељења за запошљавање при министарству рада Владе Велике Британије. У оквиру тог процеса, државни службеници запослени у локалним канцеларијама су били позвани да се добровољно пријаве за привремено упућивање на рад код новооснованих приватноправних послодавца на период од три године, за које време би задржали статус државних службеника. На крају трогодишњег периода, од службеника је захтевано да се изјасне за остајање код новог послодавца или за враћање у државну службу.¹⁵⁵² Стога се пред националним судом појавила дилема да ли постоји одређени временски тренутак у коме се сматра да је пренос предузећа (а последично и пренос права и обавеза из уговора о раду или радног односа) завршен? Ако постоји, како тај одређени тренутак идентификовати? Суд правде је сматрао да се употреба термина „дан преноса“ у члану 3(1) Директиве, мора тумачити тако да запослени који су заштићени одредбама Директиве морају бити идентификовани у тачном тренутку преноса предузећа, а не у току одређеног временског периода током ког се процес преноса обавља. Према оцени Суда „датум преноса [...] је датум на који се одговорност послодавца претходника за обављање делатности пренесеног предузећа

над предузећем пренесено или није“. Пресуда у предмету бр. C-13/95 (*Landsorganisationen i Danmark for Tjenerforbundet i Danmark v. Ny Mølle Kro*) од 17. децембра 1987. године (*European Court Reports* 1987, 573), параграф 12.

¹⁵⁴⁸ Пресуда у предмету бр. 362/89 (*Giuseppe d'Urso, Adriana Ventadori and others v. Ercole Marelli Elettromeccanica Generale SpA and others*) од 25. јула 1991. године (*European Court Reports* 1991, 326), параграф 15.

¹⁵⁴⁹ *Ibid.*, параграф 20.

¹⁵⁵⁰ Пресуда у предмету бр. C-305/94 (*Claude Rotsart de Hertaing v. J. Benoidt SA, in liquidation and IGC Housing Service SA*) од 14. новембра 1996. године (*European Court Reports* 1996, 435), параграф 26.

¹⁵⁵¹ *Ibid.*, параграфи 17 и 25.

¹⁵⁵² Пресуда у предмету бр. C-478/03 (*Celtec Ltd v. John Astley and Others*) од 26. маја 2005. године (*European Court Reports* 2005, 321), параграфи 9-13.

преноси на послодавца следбеника. Тај датум представља одређени временски тренутак који се не може одложити на други датум вољом послодавца претходника или послодавца следбеника“.¹⁵⁵³

Први утисак оваквог става Суда може бити да ускраћује запосленима одређени степен флексибилности пословних аранжмана који су, у пракси, прилично уобичајени, посебно у ситуацијама преноса предузећа из јавног сектора на приватноправног послодавца. У случају приватизације (као што је то било у предмету *Celtec*), у упоредном праву је уобичајено да државни службеници буду преузети на одређен временски период, након кога се од њих захтева да одлуче да ли ће наставити да раде у државној служби или ће започети радни однос код новог послодавца. Имајући у виду исход предмета *Celtec*, ово више није могуће, јер кад се предузеће пренесе на новог послодавца, државни службеници не могу задржати радни однос код свог иницијалног послодавца који је извршио пренос. Према оцени Суда, „уговори о раду или радни односи који су постојали на дан преноса, у горе наведеном смислу, између послодавца претходника и запослених распоређених у преузетом предузећу сматрају се тог дана пренесеним са послодавца претходника на послодавца следбеника, без обзира на то што су стране уговориле у том погледу“.¹⁵⁵⁴ Тиме се потенцијално поништава могућност периода привременог премештаја запослених након завршетка преноса предузећа. Пренос радног односа на приватноправног послодавца се сматра моменталним и неопозивим, што у оваквим случајевима баш и не иде у прилог запосленима, имајући у виду да им статус државног службеника моментално престаје.¹⁵⁵⁵ У таквим околностима, државни службеници преузимају ризик од напуштања свог статуса - који подразумева извесну будућност, предвидиве услове рада и права по основу социјалног осигурања - и почетка рада у приватном сектору који може, али не мора бити успешан. Стога, они лакше доносе одлуку уколико приватноправни послодавац већ послује неко одређено време. Уколико то није случај, те ако не постоји гаранција од стране новог послодавца да ће бити премештени на одређено време, премештање не звучи привлачно, посебно у оним секторима који су традиционално били у државној својини и у којима су знање и вештине, који су неопходни за функционисање приватног сектора, на прилично незавидном нивоу.¹⁵⁵⁶

¹⁵⁵³ Пресуда у предмету бр. С-478/03 (*Celtec Ltd v. John Astley and Others*) од 26. маја 2005. године (*European Court Reports* 2005, 321), параграф 44.

¹⁵⁵⁴ *Ibid.*, параграф 44.

¹⁵⁵⁵ P. Watson, *op. cit.*, 175.

¹⁵⁵⁶ *Ibid.*, 175-176.

Стога је општи правобранилац Poiares Maduro у предмету *Celtec* изнео мало другачији приступ за који је веровао да одговара економској реалности. Он је предложио „[...] флексибилност у смислу пословних аранжмана који се односе на пренос предузећа. Таква флексибилност би требало да рефлектује модерну економску и политичку ситуацију [...]“,¹⁵⁵⁷ а огледала би се у давању могућности запосленима и послодавцу следбенику да се договоре о одлагању датума преноса права и обавеза из уговора о раду или радног односа на датум који је одговарајући за обе стране, под условом да запослени задрже сва права која су дефинисана у Директиви 2001/23/ЕЗ.¹⁵⁵⁸ Овај приступ, који Суд правде није прихватио, би можда решио многе предмете, али би, у исто време, створио правну несигурност. Он би увео дистинкцију између различитих врста преноса на основу њихове комплексности, с тим да би у једном случају подразумевао пун пренос свих права и обавеза из уговора о раду или радног односа на дан преноса предузећа, а у другом случају (дијаметрално супротно) дозвољавао би могућност одлагања дана преноса, што би било врло тешко применљиво у пракси. Захтев за сагласношћу запосленог би, такође, могао бити предмет дискусије, имајући у виду да би се тиме отворила могућност присиле запослених, што Директива 2001/23/ЕЗ експлицитно жели да избегне. Стога је, сматрамо, оправдан приступ Суда правде да пренос права и обавеза из уговора о раду или радног односа веже за један тачно одређени временски тренутак - дан преноса предузећа, без могућности његовог одлагања. Запослени који нису били у радном односу да дан преноса предузећа неће бити обухваћени правилом о *ex lege* преносу уговора о раду. Међутим, ово (правило) отвара још једно важно питање - да ли запослени чији радни однос престане непосредно пре преноса предузећа, неће уживати заштиту предвиђену Директивом 2001/23/ЕЗ? Чини се да то не би смело да буде резултат тумачења релевантних одредби ове Директиве, посебно тамо где је пренос предузећа био разлог отказа, с тим да је упитно које су последице незаконитог отказа у том случају. О томе ће више речи бити у посебном делу овог рада, али први утисак је да би последица морала бити „враћање на рад“ у смислу враћања првобитног уговора, а не склапања новог.

¹⁵⁵⁷ Opinion of Mr Advocate General Poiares Maduro delivered on 27 January 2005 (*European Court Reports* 2005, 66), параграф 67.

¹⁵⁵⁸ *Ibid.*, параграф 75.

1.1.3. Право запосленог да одбије пренос уговора о раду

Заштита коју пружа Директива 2001/23/ЕЗ је питање јавне политике, што према судској пракси Суда правде, као што смо напред видели, значи следеће: 1) пренос се врши *ope legis*, независно од воље послодавца претходника, послодавца следбеника и запослених;¹⁵⁵⁹ 2) послодавац претходник је даном преноса предузећа ослобођен својих обавеза које произилазе из уговора о раду или радног односа, чак и ако запослени не пристану на то или ако се томе успротиве;¹⁵⁶⁰ 3) пренос, након што се изврши, не може спречити ниједна страна, па се запослени не може одрећи права која су му дата.¹⁵⁶¹ Дакле, до промене једне уговорне стране, односно једног субјекта радног односа (послодавца) долази на основу самог закона, без обзира на вољу друге стране (запосленог) у том односу. Ова врста промене дубоко се меша у принцип аутономије воље и, пре свега, у интересе запослених и њихову слободу да бирају уговорног партнера. Стога су се појавиле правне дилеме и бројне академске расправе о постојању права запослених на одбијање преноса уговора - да ли запослени могу спречити наступање ове законске последице одбијањем преноса уговора о раду или су обавезни следити судбину предузећа, за које су нераскидиво везани.¹⁵⁶² Европски законодавац није одговорио на ово питање. На основу опште процене интереса, пошао је од претпоставке да је пренос уговора о раду у најбољем интересу запосленог, те право запосленог на одбијање преноса уговора о раду није експлицитно предвидео одредбама Директиве 2001/23/ЕЗ. У стварности, то не мора увек бити случај. Ако је послодавац претходник јавноправни субјект, а следбеник неко мало привредно друштво несигурне финансијске стабилности, са сумњивим комерцијалном стратегијом или неповољном политиком запошљавања, запосленом може више одговарати да се његов уговор о раду не пренесе. У том смислу, како лепо примећује Davies, овде се, у суштини, ради о „слободи избора послодавца насупрот заштити запослења“.¹⁵⁶³ Да ли је боље заштитити запосленог законским мерама, које су обавезне и од којих се не може одступити вољом

¹⁵⁵⁹ Пресуда у предмету бр. С-305/94 (*Claude Rotsart de Hertaing v. J. Benoidt SA, in liquidation and IGC Housing Service SA*) од 14. новембра 1996. године (*European Court Reports* 1996, 435), параграф 21.

¹⁵⁶⁰ Пресуда у здруженим предметима бр. С-144/87 и 145/87 (*Harry Berg v. Ivo Martin Besselsen* (Case 144/87) and *Johannes Theodoras Maria Busschers v. Ivo Martin Besselsen* (Case 145/87) од 5. маја 1988. године (*European Court Reports*, 1988, 236), параграф 14.

¹⁵⁶¹ Пресуда у предмету бр. 324/86 (*Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v. Daddy's Dance Hall A/S*) од 10. фебруара 1988. године (*European Court Reports* 1988, 72), параграф 15.

¹⁵⁶² Paul Davies, „Transfers Again: Contracting Out and the Employee's Option“, *Industrial Law Journal*, vol. 22, број 2/1993, 151-153.

¹⁵⁶³ P. Davies, „Transfers Again: Contracting Out and the Employee's Option“, 159-160.

уговорних страна или закон мора поштовати слободу избора запосленог? Први приступ се може сматрати патерналистичким и правним изразом јавне политике. У одбрану овог приступа полази се, пре свега, од чињенице да је право на заштиту запослених од неправедног отказа једно од основних права садржаних у Директиви 2001/23/ЕЗ, али и у другим правним актима Европске уније, Савета Европе и Међународне организације рада.¹⁵⁶⁴ Сама преамбула Директиве 2001/23/ЕЗ истиче да је „неопходно обезбедити заштиту запослених у случају промене послодавца, посебно како би се осигурала заштита њихових права“.¹⁵⁶⁵ Поред тога, Директива садржи посебан члан (4) који има за циљ заштиту запослених од отказа узрокованих променом послодавца. Према одредбама овог члана, промена послодавца сама по себи не даје послодавцу претходнику или послодавцу следбенику основ за отпуштање запослених. Управо полазећи од наведеног, већина држава чланица Европске уније сматра да Директива 2001/23/ЕЗ намеће наставак уговора о раду са послодавцем следбеником без обзира на ставове уговорних страна. Дакле, заштита од неправедног отпуштања сматра се основним разлогом зашто право на одбијање не треба дати запосленима. Пренос уговора о раду у случају промене послодавца начин је заштите самих запослених од неправедног отказа. Стога би право на одбијање преноса уговора представљало ограничење ове заштите и зато га не би требало признати. Осим тога, одсуство права на одбијање не значи аутоматско кршење права запосленог да изабере свог послодавца, јер запослени и даље има могућност да одустане од уговора о раду.

Присталице увођења права запосленог на одбијање преноса уговора о раду сматрају, пак, да је то израз поштовања слободе рада односно слободе обављања професионалне делатности: свака особа мора бити слободна да изабере професију или занимање којим се жели бавити, као и послодавца за кога ће радити. У том смислу, наводи се да је добар део законодавства Међународне организације рада усмерен ка искорењивању принудног рада и промовисању обављања слободно изабране професије. Па тако, Декларација о основним начелима и правима на раду од 1998. године наводи „елиминацију сваке врсте принудног или обавезног рада“ као један од четири основних начела Међународне организације рада и свих њених држава чланица.¹⁵⁶⁶ Конвенција бр. 29 о принудном раду од 1930. године појачава овај циљ наводећи да „принудни или

¹⁵⁶⁴ О томе је више речи било у трећем делу овог рада, у поглављу „Међународни стандарди рада о заштити запослених у случају промене послодавца“.

¹⁵⁶⁵ Директива 2001/23/ЕЗ, уводна изјава 3 преамбуле.

¹⁵⁶⁶ Декларација о основним начелима и правима на раду (The International Labour Organization's Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, adopted by the International Labour Conference at its eighty-sixth session, Geneva, 18 June, 1998).

обавезни рад значи сваки рад или службу која се захтева од лица под претњом казне и за коју се то лице није понудило добровољно¹⁵⁶⁷. Осим тога, забрана принудног рада је добила одређену пажњу и унутар правног поретка Европске уније. Тако, у складу са одредбама Повеље о основним правима Европске уније „ни од кога се не може захтевати да обавља принудни или обавезни рад“ и „свако има право на рад и на занимање које је слободно одабрао или прихватио“¹⁵⁶⁸. Имајући у виду наведено, увођење права (запосленог) на одбијање преноса уговора о раду био би добар начин да се осигура заштита запослених од принудног рада и обезбеди њихово право на слободан избор послодавца. Премда је пренос уговора о раду са послодавца претходника на послодавца следбеника често најповољнија опција за саме запослене, посебно када је стопа незапослености висока, то није увек тако. Запослени могу имати добре разлоге за одбијање преноса уговора о раду и то, пре свега, ако немају поверење у пословање послодавца следбеника или сумњају у његову финансијску солвентност. Штавише, лако се може претпоставити да би запослени који су близу старосне границе за одлазак у пензију радије преговарали о добром пакету за отпуштање него о започињању рада са другим послодавцем.¹⁵⁶⁹ Због тога је сасвим могуће да запослени у одређеним случајевима неће имати интерес да се њихови уговори о раду пренесу на новог послодавца. Ускраћивање права на одбијање преноса уговора о раду би, у том смислу, погоршало њихову ситуацију. Осим тога, патерналистичка заштита у виду обавезног преноса уговора о раду без права на приговор представља озбиљно мешање у слободу избора запосленог: његово право да не буде обавезан да ради за послодавца са којим није закључио уговор.

Одговор да ли треба да постоји право приговора запослених на крају зависи од начина гледања на проблем и циља који се Директивом 2001/23/ЕЗ жели постићи. У сваком случају избор између његовог увођења или ускраћивања представља значајно правнополитичко питање - колико се слобода избора послодавца може ограничити како би се запослени заштитили?

¹⁵⁶⁷ Конвенција број 29 о принудном или обавезном раду (*Службене новине Краљевине Југославије*, бр. 297/32), члан 2(б). О принудном раду у међународном праву видети више: Горан Обрадовић, „Принудни рад у међународном и упоредном радном праву“, *Радно право у условима транзиције*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, 2003, 179-186.

¹⁵⁶⁸ Charter of Fundamental Rights of the European Union, члан 5(2) и 15(1).

¹⁵⁶⁹ A. Garde, „Partial Harmonisation and European Social Policy: A Case Study on the Acquired Rights Directive“, 179.

1.1.3.1. Пракса Суда правде Европске уније

У својим првим случајевима, Суд правде је био става да се запослени „не може одрећи права која су му додељена обавезним одредбама Директиве, чак и ако су недостаци произашли из његовог одрицања надокнађени таквим користима да, узимајући ствар у целини, не долази у лошији положај“.¹⁵⁷⁰ Полазећи од претпоставке да би наставак запослења код послодавца следбеника био привлачнији за запосленог, Суд је оценио да пристанак запослених није релевантан да би се уговор о раду могао у целини пренети на друго лице. Могућност запосленог да одбије пренос уговора о раду први пут се отворила у предмету *Danmols Inventar*, у којем је Суд правде заузео став да је „заштита коју Директива има за циљ да гарантује, ипак, сувишна када дотична особа одлучи својом вољом да након преноса не настави радни однос са новим послодавцем. У том случају, члан 3(1) Директиве се не примењује“.¹⁵⁷¹ Међутим, чињенично стање у овом предмету је било врло специфично: Суд правде се бавио питањем да ли се запослени коме је радни однос код послодавца претходника престао након преношења предузећа на друго друштво у оснивању чији је сувласник (са 33% удела и 50% гласачких права) био дотични запослени треба сматрати запосленим у смислу Директиве 2001/23/ЕЗ.¹⁵⁷² Суд је одговорио негативно и, како је поменуто, засновао је свој аргумент на праву на одбијање. Ипак, прва одлука Суда правде у Луксембургу која се непосредно тичала права запосленог да одбије пренос уговора о раду донесена је у случају *Katsikas*.¹⁵⁷³ Ово је био немачки случај којим је национални суд покушао да утврди да ли немачко законодавство даје запосленима право на одбијање преноса уговора о раду. Чињенице у спојеним предметима биле су, укратко, следеће: господин *Konstantinidis* пренео је своју угоститељску делатност на господина *Mitosis-a*, али је

¹⁵⁷⁰ Пресуда у предмету бр. 324/86 (*Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v. Daddy's Dance Hall A/S*) од 10. фебруара 1988. године (*European Court Reports* 1988, 72), параграф 15.

¹⁵⁷¹ Пресуда у предмету бр. C-105/84 (*Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v. A/S Danmols Inventar, in liquidation*) од 11. јула 1985. године (*European Court Reports* 1985, 331), параграф 16.

¹⁵⁷² Запослени је радио у компанији која је 3. септембра 1981. године објавила да обуставља исплату својих дугова, при чему је запосленом радни однос требао да престане почев од 31. децембра 1981. године. Дана 19. октобра 1981. године, компанија је пренела своје предузеће на компанију у оснивању, чији сувласник је постао запослени. Он је наставио обављати своје дужности у новом предузећу, радећи исти посао и примајући исту зараду као и пре преноса. Дана 2. децембра 1981. године послодавац претходник је проглашен инсолвентним, након чега је запослени поднео тужбу против њега због неисплаћених зарада у периоду од 1. новембра до 31. децембра 1981. године, услед превременог отказа уговора о раду. Национални суд је поставио питање да ли се појам „запослени“ тумачи тако да је довољно да дотично лице буде запослено код послодавца претходника или мора да буде запослено и код послодавца следбеника? *Ibid.*, параграфи 1-10.

¹⁵⁷³ Пресуда у здруженим предметима бр. C-132/91, C-138/91, C-139/91 (*Grigorios Katsikas v. Angelos Konstantinidis and Uwe Skreb and Günter Schroll v. PCO Stauereibetrieb Paetz & Co. Nachfolger GmbH*) од 16. децембра 1992. године (*European Court Reports* 1992, 517).

господин Katsikas, на радном месту кувар, одбио пренос уговора и након тога добио отказ уговора о раду од стране господина Konstantinidis, против кога је поднео тужбу пред националним судом. У другом (спојеном) случају, тужени послодавац је своје послове утовара и истовара терета пребацио на другог послодавца, али су запослени одбили пренос уговора о раду, те их је послодавац претходник отпустио. Релевантно национално законодавство био је члан 613а немачког Грађанског законика, иако није садржао ниједну изричиту одредбу о овом питању. Немачки Савезни радни суд је наведени члан протумачио на начин да дозвољава запосленом да се успротиви преносу уговора о раду на послодавца следбеника, што је резултирало тиме да се уговор наставља са послодавцем претходником. Суд правде је овакво тумачење делимично уважио. Према оцени Суда, „иако Директива, која врши само делимично усклађивање у дотичној области, дозвољава запосленом да остане у радном односу код свог новог послодавца под истим условима који су договорени са послодавцем претходником, то се не може тумачити као обавезивање запосленог да настави свој радни однос са послодавцем следбеником. Таква обавеза би угрозила основна права запосленог, који мора бити слободан у избору свог послодавца и не може бити у обавези да ради за послодавца којег није слободно изабрао“.¹⁵⁷⁴

Чињеница да је Суд одобрио запосленима право да уложе приговор на пренос значило је за господина Katsikas-а то да је могао одбити да ради за господина Mitossis-а. Ипак, овим није одговорено на питање да ли је господин Katsikas имао право да ради у једном од других ресторана које води господин Konstantinidis. Стога се поставило питање практичних последица остваривања овог права. У завршном делу пресуде, Суд је закључио: „у случају да запослени сам одлучи да не настави са уговором о раду или радни однос са послодавцем следбеником, Директива не захтева од држава чланица да обезбеде да се уговор или однос одржавају са послодавцем претходником. У таквом случају, на државама чланицама је да одлуче каква би требала бити судбина уговора о раду или радног односа“.¹⁵⁷⁵ У овој фази, дакле, Суд правде није навео да би остваривање права на приговор нужно подразумевало да уговор о раду или радни однос треба да се одржи са послодавцем претходником. Уместо тога, он се ослонио на механизам делимичног усклађивања како би објаснио да би свако национално законодавство требало да има слободу да одлучи које ће последице коришћења овог права бити. Оваква неутралност Суда оставила је широко дискреционо право државама

¹⁵⁷⁴ *Ibid.*, параграфи 31-32.

¹⁵⁷⁵ *Ibid.*, параграф 35.

чланицама, те се у теорији наводе најмање две штетне последице. Прво, она ствара проблем уједначености и ефикасности права Заједнице, будући да право на приговор може остати у великој мери теоретско, а сврха Директиве осујећена ако државе чланице одбију да подрже право запосленог да уложи приговор на пренос уговора о раду са правом да остане у радном односу код послодавца претходника.¹⁵⁷⁶ Друго, поставља се питање како се један део датог питања (постојање права) третира као проблем права Заједнице, док је други део истог питања (остваривање права) проблем националног права. Ово је логички проблем у образложењу Суда.¹⁵⁷⁷

1.1.3.2. Примена ставова Суда правде из случаја *Katsikas* у правима држава чланица

Одлуку Суда правде у случају *Katsikas*, државе чланице су прихватиле на запањујуће различите начине. Једна група земаља је ову одлуку тумачила тако да она не одговара директно на питање обавезе увођења права одбијања преноса уговора о раду, већ даје државама чланицама могућност избора да ли ће прихватити (или неће) ово право запосленог и како ће обликовати правне последице његовог остваривања. С обзиром на то, земље из ове групе нису својим националним законима признавале право запосленог да одбије пренос уговора о раду, а изјаву воље о одбијању су, најчешће, квалификовале као отказ уговора о раду од стране запосленог. У другој групи земаља, пак, ова одлука је тумачена на начин да основна права Заједнице захтевају постојање права запосленог да одбије пренос уговора о раду, при чему су државе чланице слободне да изаберу правне последице коришћења тог права. Стога су својим правним актима признале право запосленог да одбије пренос уговора о раду, а као правну последицу одбијања уводиле могућност давања отказа уговора о раду од стране послодавца претходника или предвиђале очување радног односа са послодавцем претходником.

Прву групу држава чине, примера ради, Португалија, Француска и Мађарска, мада свака са одређеним специфичностима. У Португалији, законодавство и судска пракса упорно одбијају признати право запосленог да одбије пренос уговора о раду, базирајући своје ставове на тзв. теорији предузећа, према којој су запослени саставни

¹⁵⁷⁶ A. Garde, „Partial Harmonisation and European Social Policy: A Case Study on the Acquired Rights Directive“, 181.

¹⁵⁷⁷ *Ibid.*

део предузећа, а не страна уговора о раду.¹⁵⁷⁸ Главни фокус португалског Закона о раду није заштита интереса запослених - иако би могли индиректно имати користи - већ заштита интегритета и комерцијалне вредности предузећа, који би могли бити угрожени у случају да запослени одбију пренос уговора о раду. Једина могућност која стоји на располагању запосленима у сваком тренутку је отказ уговора о раду.¹⁵⁷⁹ Француски Законик о раду, пак, има нешто другачији приступ. Он предвиђа да се „права и обавезе послодавца претходника које произилазе из уговора о раду или радног односа постојећих на дан преноса, преносе на послодавца следбеника“.¹⁵⁸⁰ Наведена одредба је ствар јавне политике, па је пренос уговора о раду (који су на снази на дан преноса) аутоматски: ни послодавац претходник, ни послодавац следбеник, ни запослени не могу се успротивити преносу.¹⁵⁸¹ Према оцени француског Врховног касационог суда оваквим решењем се поштује основна слобода запослених јер они и даље имају слободу да откажу уговор о раду ако не желе да раде за послодавца следбеника.¹⁵⁸² Наиме, према ставу Касационог суда „сматра се да је запослени који одбије пренос уговора о раду дао отказ и губи сва права која је имао“.¹⁵⁸³ Дакле, одбијање преноса уговора о раду у француском праву води квалификацији овог понашања као отказа уговора о раду од стране запосленог, што је, како наводи Mouli, тешко разумљиво: одбијањем преноса уговора о раду запослени је у ствари само манифестовао вољу да остане у радном односу код послодавца претходника, а не да откаже уговор о раду.¹⁵⁸⁴

У Мађарској се последице преноса предузећа по основу закона о раду квалификују као аутоматска измена уговора о раду, будући да се идентитет једне од

¹⁵⁷⁸ A.-C. Hartzén, Nikolett Hös, Franck Lecomte, Claire Marzo, Bruno Mestre, H. Olbrich, S. Fuller, „The Right of the Employee to Refuse to Be Transferred - A comparative and theoretical analysis“, *EUI Working Paper LAW*, број 20/2008, European University Institute, Fiesole (FI), 6.

¹⁵⁷⁹ *Ibid.*

¹⁵⁸⁰ *Ibid.*

¹⁵⁸¹ P. Danesi, M.-A. Bethenod, *op. cit.*, 189. Као што је напред поменуто, упркос ставу Суда правде у Луксембургу, француски Касациони суд је одбио да призна да је пренос предузећа са приватноправног послодавца на орган јавне власти једна од ситуација покривених чланом 1224-1 француског Законика о раду. Стога, како би се овај случај уврстио међу оне који потпадају под оквир Директиве 2001/23/EЗ, у француском праву је усвојен посебан правни акт (LOI n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique, Art. 20), према којем у случају преноса предузећа са приватноправног на јавноправног послодавца запослени имају право да одбију да раде за стицаоца (орган јавне власти). У том случају, уговор о раду се одржава са послодавцем претходником, али он има право избора да задржи или отпусти дотичног запосленог. A.-C. Hartzén *et al.*, *op. cit.*, 10.

¹⁵⁸² Yves Chagny, Pierre Rodière, „Faut-il reconnaître au salarié la faculté de refuser le transfert de son contrat de travail?“, *Revue de droit du travail*, број 4/2007, 216-221.

¹⁵⁸³ Jean Mouly, „Une nouvelle rupture du contrat de travail produisant les effets d'une démission : le refus du salarié de passer au service du repreneur“, *Recueil Dalloz*, број 7/2007, 472-476.

¹⁵⁸⁴ *Ibid.*

страна у уговору о раду мења као правна последица преноса предузећа. Међутим, за разлику од општих правила о измени уговора о раду, сагласност запослених није потребна јер ће се уговор о раду аутоматски наставити без икаквих промена услова рада.¹⁵⁸⁵ Али, у овој држави не постоје посебне одредбе о судбини радног односа ако запослени жели избећи аутоматски пренос радног односа. Према преовлађујућем ставу, уговори о раду ће бити пренесени на послодавца следбеника, а запослени може дати отказ, без права на отпремнину.¹⁵⁸⁶

За разлику од напред наведене групе држава које не признају експлицитно право запосленог на одбијање преноса уговора о раду, Велика Британија је случај *Katsikas* схватила као стварање обавезе увођења права запослених на одбијање преноса уговора о раду у оквир националног законодавства.¹⁵⁸⁷ Сходно томе, британска влада је 1993. године извршила измену и допуну Уредбе о преносу предузећа (заштити запослења) од 1981. године, уводећи правило да „[пренос запослења] неће наступити [...] уколико запослени обавести послодавца претходника или послодавца следбеника да се противи да буде запослен код послодавца следбеника“.¹⁵⁸⁸ У том случају, пренос предузећа резултираће престанком радног односа са послодавцем претходником, „али ни у ком случају се неће сматрати да га је отпустио послодавац претходник“.¹⁵⁸⁹ То, дакле, значи да су упркос признавању права на одбијање преноса уговора о раду, правне последице одбијања у Великој Британији исте као и у државама чланицама које ово право изричито не предвиђају: одбијање преноса се квалификује као отказ уговора о раду од стране запосленог. Међутим, ваља поменути да су упркос оваквој формулацији измењене Уредбе, британски судови заузели став да тамо где је дошло до значајних промена услова рада (на штету запосленог) као резултат преноса предузећа, запослени може приговорити на пренос, и у том случају ће се његов приговор третирати као отказ

¹⁵⁸⁵ Helga Fehér, „Hungary“, у: Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, Tim Marshall (eds), *Transfer of Business and Acquired Employee Rights - A Practical Guide for Europe and Across the Globe*, Springer-Verlag, Berlin, 2016, 240-241.

¹⁵⁸⁶ *Ibid.*, 245. Од 2003. године, у Мађарској, слично као и у Француској, једини случај у којем Законик о раду захтева сагласност запослених за пренос уговора о раду је случај реорганизације јавног сектора. Према мађарском Законик о раду, запослени мора да се изјасни писаним путем да ли пристаје на наставак запослења у јавном сектору, и то у року од 15 дана од дана добијања информација о предложеном преносу. Ако то не учини, сматраће се да се није сагласио са преносом. Послодавац има обавезу да понуди ново запослење и само ако запослени одбије ову понуду, биће обавештен о престанку радног односа, у ком случају му послодавац мора исплатити отпремнину. A-C. Hartzel *et al.*, *op. cit.*, 11.

¹⁵⁸⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸⁸ John McMullen, „The ‘Right’ to Object to Transfer of Employment under TUPE“, *Industrial Law Journal*, vol. 37, број 2/2008, 171.

¹⁵⁸⁹ *Ibid.*, 172.

уговора о раду од стране послодавца.¹⁵⁹⁰ Овакво тумачење је касније инкорпорирано у Уредбу о преносу предузећа (заштити запослења) од 2006. године која је, иначе, мало променила британски радноправни режим.

Друга варијанта признавања права на одбијање преноса уговора о раду се од претходне разликује утолико што остваривање права на одбијање не доводи аутоматски до отказа уговора о раду, већ се радни однос наставља са послодавцем претходником. Иако, крајња последица таквог одбијања може бити и отпуштање запослених, ова опција повећава одговорност послодавца претходника и може пружити већу заштиту запосленима. Немачки систем радног права представља добар пример овог правног приступа, будући да је управо ту опцију изабрао и пре одлуке Суда правде у случају *Katsikas*. У Немачкој је Савезни радни суд признао право на одбијање још 1974. године из разлога очувања приватне аутономије и основних права запосленог, али је ово право запослених уведено у немачки Грађански законик тек 2002. године.¹⁵⁹¹ Према садашњим решењима, запослени имају право на писмене примедбе у року од месец дана од пријема информације о преносу предузећа коју је дао послодавац претходник или послодавац следбеник. Правне последице у случајевима приговора још увек нису утврђене законом, али су разрађене у правној литератури и пракси Савезног радног суда. Право на одбијање сматра се „правом одбијања правних последица“¹⁵⁹² преноса предузећа - преноса радног односа по сили закона. Ако запослени одлучи да одбије ове последице, уговор о раду се не отказује већ се радни однос наставља са послодавцем претходником.¹⁵⁹³ Како рок за приговор од месец дана почиње да тече тек ако се запосленом дају тачне и потпуне информације о преносу са саветима о садржају информација, приговор се може поднети након датума преноса. Према преовлађујућем мишљењу, приговор делује *ab initio*: сматра се да радни однос са послодавцем следбеником никада није заснован, већ да је непрестано био на снази радни однос са послодавцем претходником.¹⁵⁹⁴ Ипак, послодавац претходник има право да отпусти запосленог који се противи преносу уговора о раду из економских, технолошких или организационих разлога.¹⁵⁹⁵ Овај концепт укључује значајну предност за запосленог - обавезу послодавца претходника да понуди друго одговарајуће радно место, односно да очува запослење у делу предузећа на који пренос не утиче, ако је то практично могуће.

¹⁵⁹⁰ А-С. Hartzen *et al.*, *op. cit.*, 10.

¹⁵⁹¹ *Ibid.*, 11.

¹⁵⁹² J. Kirchner, S. Morgenroth, *op. cit.*, 215.

¹⁵⁹³ *Ibid.*

¹⁵⁹⁴ А-С. Hartzen *et al.*, *op. cit.*, 12.

¹⁵⁹⁵ *Ibid.*

У супротном, запослени има право на отпремнину. Поред тога, положај запослених је додатно ојачан могућношћу да право на одбијање остварују не само индивидуално, већ и колективно, под условом да тиме не чине злоупотребу права.¹⁵⁹⁶

За разлику од немачког права, шведски радноправни систем признаје право на одбијање на негативан начин, предвиђајући да се „уговор о раду и радни однос неће пренети на новог послодавца ако се запослени томе успротиви“.¹⁵⁹⁷ Међутим, коришћење овог права у шведском праву не повлачи никакву посебну заштиту запослења, осим редовну заштиту од незаконитог отказа. У том смислу, сходно одредбама шведског Закона о заштити запошљавања, послодавац претходник има обавезу да најпре пронађе друга одговарајућа радна места за запослене, а тек када то није могуће, може их прогласити вишком и отказати им уговоре о раду.¹⁵⁹⁸ Иако ће практични резултат остваривања права на одбијање у већини случајева вероватно бити отказ уговора о раду од стране послодавца, оквир је постављен тако да се уговор о раду наставља са послодавцем претходником.

На крају, ваља поменути да и домаћи законодавац уводи право запосленог на одбијање преноса уговора о раду, али имплицитно, регулисањем правних последица одбијања. Према одредбама члана 149 Закона о раду „послодавац претходник дужан је да о *преношењу уговора о раду* на послодавца следбеника писменим путем обавести запослене чији се уговор о раду преноси. Ако запослени одбије пренос уговора о раду или се не изјасни у року од пет радних дана од дана достављања обавештења [...], послодавац претходник може запосленом да откаже уговор“. У домаћој литератури наведени члан се тумачи на различите начине. Тако, примера ради, према једном тумачењу запослени који се није изјаснио да прихвата уговор о раду остаје у радном односу „иако с послодавцем следбеником нема закључен уговор о раду“ са ризиком да му престане. Пошто тај ризик није временски ограничен, његов правни статус је нејасан, па се, стога, предлаже да се ова правна празнина попуни сходном применом одредбе члана 32, став 2 Закона о раду, „по којој би ступање на рад по неприхватању уступања уговора о раду било довољно за успостављање радног односа с послодавцем следбеником“.¹⁵⁹⁹ Из наведеног је нејасно да ли се мисли да запослени који се није изјаснио о преношењу уговора о раду остаје у радном односу са послодавцем

¹⁵⁹⁶ J. Kirchner, S. Morgenroth, *op. cit.*, 215.

¹⁵⁹⁷ A-C. Hartzen *et al.*, *op. cit.*, 13.

¹⁵⁹⁸ Johan Sundberg, Emil Ödling, „Sweden“, у: Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, Tim Marshall (eds), *Transfer of Business and Acquired Employee Rights - A Practical Guide for Europe and Across the Globe*, Springer-Verlag, Berlin, 2016, 414-415.

¹⁵⁹⁹ З. Ивошевић, М. Ивошевић, *op. cit.*, 306-307.

претходником (са ризиком да му престане) или са послодавцем следбеником, у којем случају је спорно то што са њим „нема закључен уговор“. Осим тога, није јасно зашто би запослени „по неприхватању уступања уговора о раду“ ступао на рад код послодавца следбеника.

Друго тумачење нуди Ковачевић, према којем одбијање запосленог, у случају да му послодавац претходник није отказао уговор о раду, значи да се његов уговор о раду преноси на послодавца следбеника, пошто се сви уговори о раду преносе *ex lege*.¹⁶⁰⁰ Ово тумачење је прихватљиво и, верујемо, неспорно у случају када је обавештење послодавца претходника о преношењу уговора о раду претходило самој промени послодавца, а запослени се није изјаснио о преношењу уговора о раду на трећу страну. У том случају, ако послодавац претходник не откаже уговор о раду запосленом до дана промене послодавца, може се сматрати да је и његов уговор о раду, по сили закона, пренесен на послодавца следбеника. Међутим, уколико је запослени одбио пренос уговора о раду, ово правило, чини се, не би могло да важи, будући да је запослени одбијањем да се сагласи са преносом свог уговора о раду - упркос сазнању за правну последицу која може да уследи (отказ уговора о раду од стране послодавца претходника) - исказао вољу да остане у радном односу код послодавца претходника. Стога би преношење његовог уговора о раду на послодавца следбеника било противно његовој недвосмислено израженој вољи. Зато, уколико послодавац претходник не откаже уговор о раду запосленом који је одбио пренос уговора о раду, може се сматрати да се радни однос дотичног запосленог наставља са њиме (послодавцем претходником).

Међутим, ваља указати и то да Законом о раду није прецизирано да ли послодавац претходник обавештава запослене о будућем, планираном или о већ извршеном преношењу уговора о раду.¹⁶⁰¹ Премда законска формулација указује да је пре реч о претходном обавештењу, није искључено да иста буде протумачена на начин

¹⁶⁰⁰ Lj. Kovačević, „Individual Rights of Employees in Transfers of Undertakings in Serbia“, 240.

¹⁶⁰¹ У Закону о раду, поред наведене одредбе која говори о обавези обавештавања од стране послодавца претходника, постоји још један члан којим се установљава дужност послодавца претходника и послодавца следбеника да 15 дана пре промене послодавца, обавесте репрезентативни синдикат, односно ако он не постоји код послодавца, непосредно запослене, о датуму или предложеном датуму промене послодавца, разлoзима за промену послодавца, као и правним, економским и социјалним последицама промене послодавца на положај запослених и мерама за њихово запошљавање. Дакле, запослени се, према Закону о раду два пута обавештавају. Први пут, послодавац претходник и послодавац следбеник обавештавају све запослене (преко репрезентативног синдиката или, ако он не постоји, непосредно) и то 15 дана пре промене послодавца, о чињеницама таксативно наведеним у самом закону. Други пут, пак, послодавац претходник обавештава о *преношењу уговора о раду* оне запослене чији се уговори о раду преносе на послодавца следбеника. Закон о раду (2005), члан 149 и 151.

да се ради о накнадном обавештењу, те се у пракси може догодити да послодавац претходник запослене обавести након извршене статусне промене, односно промене послодавца у складу са законом. У том случају би правне последице одбијања односно неизјашњавања запосленог биле знатно другачије, будући да би тада запослени, након добијеног обавештења о преношењу уговора, био дужан да „верификује“ пренос уговора о раду до којег је дошло по сили закона, и то позитивним изјашњавањем о извршеном преносу у прописаном року. Уколико запослени то не учини, већ одбије пренос уговора о раду или се о преносу не изјасни, послодавац претходник би могао да му откаже уговор о раду. За разлику од немачког и шведског решења, где послодавац претходник може отказати уговоре о раду само ако утврди да запосленима који су одбили пренос уговора о раду не може обезбедити друго одговарајуће радно место, Закон о раду не предвиђа такву претходну обавезу послодавца претходника. Да ли ће неизјашњавање или одбијање преноса резултирати отказом уговора о раду зависи искључиво од воље послодавца претходника. То значи да радни однос не престаје по сили закона, самим одбијањем преноса уговора о раду или неизјашњавањем о том питању, већ послодавац претходник мора донети решење о престанку радног односа. Уколико он то не учини, треба сматрати, као у немачком праву, да радни однос с њим није ни прекидан, већ да се наставља. Међутим, у интересу правне сигурности, било би боље да је послодавац у коришћењу свог дискреционог права временски ограничен. У сваком случају, у перспективи је неопходно да се наведени члан Закона о раду треба измени, тако што ће се прецизирати да ли се ради о обавештењу послодавца претходника о извршеном или о планираном преношењу уговора о раду, будући да се правне последице значајно разликују у зависности од ове чињенице. У првом случају, послодавац претходник би обавештавао запослене о извршеном преносу уговора о раду, остављајући одређени рок запосленима који желе да одбију пренос уговора о раду да уложе приговор. То значи да запослени који су сагласни са наступањем законских последица не би имали обавезу да се саглашавају, већ би приговоре улагали само они запослени који не желе да се њихови уговори о раду пренесу на другог послодавца. Одбијање би, дакле, у том случају значило да запослени спречавају, односно „блокирају“ наступање радноправних последица статусне промене или правног преноса предузећа (дејство *ab initio*). У другом случају, послодавац претходник би био обавезан да запослене обавести пре извршене промене послодавца, те уговори о раду оних запослених који су одбили (не и оних који се нису изјаснили) да се сагласе са преносом, не би били обухваћени правилом о *ex lege* преносу уговора о раду. Без обзира на опцију

која се одабере, ваљало би законом орочити период важења дискреционог права послодавца претходника и предвидети његову обавезу да пре (потенцијалног) отказа уговора о раду запосленом понуди друго одговарајуће радно место.

1.1.3.3. Закључна разматрања

Сумирајући решења из упоредног законодавства и извлачећи одређене закључке, може се, пре свега, констатовати да је случај *Katsikas* прихваћен и протумачен у државама чланицама на најразличитије могуће начине, услед чега степен заштите запослених значајно варира од земље до земље. До тако разнолике реакције држава дошло је првенствено зато што је Суд правде прибегло механизму делимичне хармонизације, и то (упркос другачијим тумачењима неких држава) не по питању постојања права на одбијања (које је неспорно признао), већ по питању правних последица његовог коришћења. Како је приметила Laulom „можда се због осетљивости питања које има утицаја на законе о отказу, Суд правде овде суздржао од покушаја да усклади националне одредбе које, међутим, имају велике последице на примену права приговора“.¹⁶⁰² Како би задовољио државе чланице, Суд правде им је дао широк простор за прилагођавање сопственог законодавства, омогућавајући им на тај начин да на националном нивоу постигну одређену равнотежу између права запослених, с једне стране, и других економских циљева, с друге стране. И европски законодавац, очигледно, није хтео да се упусти у веома осетљиве области отказног права будући да након овог случаја који се догодио 1993. године, ниједна верзије Директиве о преносу предузећа (ни од 1998. ни од 2001. године) не спомиње право запосленог да одбије пренос уговора о раду.¹⁶⁰³ Стога, све док се питање постојања права на одбијање преноса уговора о раду не реши експлицитно на нивоу Европске уније, важне ће бити теоријске расправе о релевантности овог права. У том смислу, упркос разноликости тумачења, како основних социјалних права, тако и пресуде Суда правде у предмету *Katsikas*, мишљења смо да у анализи овог питања треба кренути од чињенице да је уговор о раду конвенција заснована на приватном праву, услед чега се општи принципи уговорног права примењују и у радном праву, све док карактеристике радног односа не захтевају другачије. Стога, први фокус при анализи права запосленог да одбије пренос

¹⁶⁰² S. Laulom, „The European Court of Justice in the dialogue on the transfers of undertaking: A fallible interlocutor?“, 173.

¹⁶⁰³ A.-C. Hartzel *et al.*, *op. cit.*, 15.

уговора о раду треба бити концепт приватне аутономије. Приватна аутономија и, њен важан елемент, слобода уговарања, у основи пружају физичким и правним лицима право на слободно закључивање уговора. Ови уговори су за све стране обавезујући само захваљујући њиховој вољи, јер су слободно пристале на њихово закључење.¹⁶⁰⁴ Управо полазећи од наведеног, правила уговорног права условљавају промену једне уговорне стране у неком обострано обавезујућем уговору пристанком друге уговорне стране у том односу. Пристанак се тражи због тога што се уступање уговора тиче и друге уговорне стране којој, с обзиром да пријемник постаје не само поверилац, већ и дужник обавезе, није свеједно какве су његове имовинске прилике, лични и други квалитети. Међутим, поред промене уговорне стране на основу уговора (за који је увек потребна сагласност друге уговорне стране) уговорно право познаје и случајеве промене уговорне стране на основу самог закона, у ком случају до промене једне уговорне стране долази без обзира на сагласност друге стране у постојећем уговорном односу. С обзиром да се овим правилом дубоко задире у принцип аутономије воље, оно се уводи само изузетно, и то углавном у односу на уговорни однос који је у току, ако постоји посебан интерес за његово одржавање. Уколико се уведе, препорука је да се успоставе одговарајући механизми правне заштите друге уговорне стране, попут примене сличних правила која важе за уговорно уступање уговора. У том смислу, како би осигурало, колико је то могуће, да се радни однос настави са послодавцем следбеником и да се запослени заштити од отказа мотивисаних искључиво чињеницом да је дошло до промене послодавца, радно законодавство великог броја савремених држава увело је правило о *ex lege* преносу права и обавеза послодавца претходника која на дан преноса предузећа произилазе из постојећег уговора о раду или радног односа. До преноса долази аутоматски, по сили закона, који је непосредан основ универзалне сукцесије. Стога, тумачење да такав пренос зависи од пристанка уговорних страна није одрживо. Међутим, иако је мотивисано (пре свега) заштитом запослења, правило о аутоматском преносу уговора о раду неспорно задире у аутономију воље запослених и њихово право да слободно изабере свог послодавца. Зато увођење права запослених да одбију пренос уговора о раду на послодавца следбеника служи као средство њихове додатне заштите, имајући у виду да таква промена не мора увек бити у њиховом интересу. Ако запосленима не би уопште било дозвољено да се успротиве преносу уговора о раду, то би значило да је социјални аспект Директиве 2001/23/ЕЗ само

¹⁶⁰⁴ *Ibid.*, 29.

супсидијаран њеном економском циљу: пренос уговора о раду био би кључан како би се осигурало да предузеће након преноса несметано функционише. Насупрот томе, ако запослени имају право да уложе приговор на њихово премештање, социјални циљ Директиве се посматра као виши: тада се прави разлика између преноса предузећа и преноса уговора о раду.¹⁶⁰⁵ У овом случају, запосленима се даје алтернатива ако њихови интереси не одговарају преносу предузећа и тиме доприноси јачању основне заштите коју имају према Директиви 2001/23/ЕЗ. Међутим, увођење права запослених на одбијање ће имати мало смисла ако се улагање приговора на пренос уговора о раду квалификује као отказ уговора о раду од стране запосленог или као оправдани разлог за отказ од стране послодавца. Стога, уколико је намера установљивања овог права заиста заштита запослених, његово коришћење не би смело да утиче на радни однос запосленог са послодавцем претходником, будући да улагањем приговора запослени у ствари исказује жељу да настави радни однос са послодавцем претходником, „посебно у случајевима када је само део предузећа пренесен где последично остаје шанса за даље запослење“¹⁶⁰⁶. У том смислу, најбоља решења, по нашем мишљењу, нуди немачко право.

1.2. Начело очувања стечених права запослених

Пренос предузећа као континуираног привредног пословања може довести до тога да се запослени суоче са новим послодавцем који има другачију радну праксу и услове рада. Иако је једно од основних правила уговорног права да сваки уговор може бити промењен споразумом уговорних страна, већина упоредних законодавстава која регулишу пренос уговора о раду у случају промене послодавца ограничавају ово наизглед широко распрострањено правило. То је зато што већина њих почива на истом правном основу - Директиви 2001/23/ЕЗ која је прихватила начело очувања стечених права - *ius quaesitum*, односно права запослених у случају промене послодавца, „како у погледу о/п/станка радног односа, тако и у погледу услова рада уговорених приликом преноса“.¹⁶⁰⁷ Послодавац следбеник, односно физичко или правно лице које је одговорно за вођење предузећа, по окончању преноса, треба да гарантује остварење

¹⁶⁰⁵ A. Garde, „Partial Harmonisation and European Social Policy: A Case Study on the Acquired Rights Directive“, 180.

¹⁶⁰⁶ M. Körner, *op. cit.*, 13.

¹⁶⁰⁷ Бранко Лубарда, *Увод у радно право - са елементима социјалног права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2015, 225.

стечених права и заштиту запослених од отпуштања по основу самог преноса.¹⁶⁰⁸ То, пре свега, значи да ће права и обавезе послодавца претходника која произилази из уговора о раду или из вануговорних радних односа постојећих на дан преноса - чији су детаљи одређени националним законом - бити аутоматски пренесени на послодавца следбеника. Осим тога, пренос предузећа, сам по себи, не сме бити не само оправдан разлог за отказ уговора о раду од стране послодавца следбеника, него ни повод за измену уговорених услова рада на штету запосленог.

1.2.1. Која се права и обавезе преносе?

Основни циљ доношења Директиве 2001/23/ЕЗ био је да осигура да права и обавезе послодавца претходника који произилазе из закљученог уговора о раду или радног односа, важећег на дан преноса, буду пренесена на послодавца следбеника, по основу самог преноса.¹⁶⁰⁹ Стога важан сегмент правила о аутоматском преносу представља питање обима права (и обавеза) која су обухваћена овим правилом. Уопштено посматрано, „под стеченим правима подразумевају се индивидуална и колективна права која је (представник) запослени(х) стекао до тренутка преноса“.¹⁶¹⁰ Дакле, „преносе се сва права, овлашћења, дужности и одговорности по уговорима или у вези са њима“,¹⁶¹¹ односно читав послодавчев правни положај (уговорни статус) који обухвата права и обавезе које он има према запосленима на темељу индивидуалног уговора о раду (односно другог уговора или другог правног акта (нпр. решења) о пријему у радни однос), затим права и обавезе који произилазе из колективног уговора о раду или другог општег акта послодавца (нпр. правилника о раду), као и права и обавезе који му у вези уговора о раду, односно радног односа припадају по самом закону (у области радноправне заштите и социјалног осигурања). Притом, као што је напред поменуто, запослени се не могу одрећи права која им даје Директива 2001/23/ЕЗ, нити им та права могу бити ограничена, чак ни када запослени на то пристану, па чак ни онда када су недостаци настали услед одрицања права надокнађени таквим погодностима да, узимајући ствар у целини, запослени нису доведени у лошији

¹⁶⁰⁸ *Ibid.*

¹⁶⁰⁹ Б. Лубарда, *Европско радно право*, 288.

¹⁶¹⁰ То значи да се од момента преноса послодавац претходник ослобађа обавеза према запосленима (по основу уговора о раду) и њиховим представницима (као и према синдикату, по основу колективног уговора), а послодавац следбеник аутоматски преузима обавезе послодавца претходника. Б. Лубарда, *Увод у радно право - са елементима социјалног права*, 225.

¹⁶¹¹ Patrick Elias, John Bowers, *Transfer of Undertakings: The Legal Pitfalls*, 6th edition, Sweet & Maxwell Ltd, Edinburgh, 1996, 43.

правни положај.¹⁶¹² Осим тога, члан 3(2) Директиве 2001/23/ЕЗ (који је у последњи час додат Новелом Директиве 98/50/ЕЗ) предвиђа, у интересу транспарентности, да државе чланице могу усвојити одговарајуће мере којима осигуравају да послодавац претходник обавести послодавца следбеника о свим правима и обавезама које ће се на њега пренети, у оној мери у којој су та права и обавезе познате или морале бити познате послодавцу претходнику у време преноса. Међутим, пропуштање послодавца претходника да обавести свог следбеника о таквим правима и обавезама неће утицати на пренос тог права или обавезе или права било којег запосленог у односу на послодавца претходника и/или следбеника у погледу тог права или обавезе.¹⁶¹³

1.2.1.1. Права и обавезе који произилазе из индивидуалних уговора о раду или радног односа

Начело очувања запослења подразумева пренос, пре свега, свих „права и обавезе која произилазе из постојећег индивидуалног уговора о раду закљученог између послодавца претходника и запосленог, који важи на дан преноса“. Послодавац следбеник је, стога, у могућности да оствари сва права која је према запосленима могао да оствари његов правни претходник. Штавише, послодавац следбеник може изрећи дисциплинску санкцију ако је запослени прекршио радну обавезу пре него што је дошло до промене послодавца, под условом да у међувремену рок застарелости није истекао.¹⁶¹⁴ С друге стране, запослени могу остварити сва права и привилегије које су имали код претходног послодавца, укључујући права на идентичну зараду, структуру зараде и друге материјалне накнаде које проистичу из радног односа.¹⁶¹⁵ Притом, права и обавезе запослених пре и после преноса уговора о раду треба посматрати у целини. У том смислу, приликом утврђивања постојања и/или обима права запослених која произилазе из континуитета радног односа (тј. година радног стажа) узима се у обзир укупан стаж запослених остварен код оба послодавца (послодавца претходника и његовог правног наследника).¹⁶¹⁶ Дакле, пренос уговора о раду на послодавца следбеника не утиче на дужину радног стажа будући да се преносом не прекида

¹⁶¹² Пресуда у предмету бр. 324/86 (*Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v. Daddy's Dance Hall A/S*) од 10. фебруара 1988. године (*European Court Reports* 1988, 72), параграф 15.

¹⁶¹³ Директива 2001/23/ЕЗ, члан 3(2).

¹⁶¹⁴ Лј. Ковачевић, Е. Kovács, *op. cit.*, 116.

¹⁶¹⁵ Т. Kalamatiev, А. Ristovski, „Transfer of Undertakings and Protection of Employees Individual Rights in the Republic of Macedonia“, 271.

¹⁶¹⁶ *Ibid.*

континуитет радног односа: „радни однос се наставља код новог послодавца као да је стари послодавац“.¹⁶¹⁷ Стога се, примера ради, при обрачуну минулог рада или висине отпремнине у случају отказа уговора о раду због потреба послодавца узима и време проведено у радном односу код послодавца претходника.¹⁶¹⁸ Међутим, постоје одређена права и обавезе код којих правило о аутоматском преносу (такође) неспорно важи, али њега није једноставно применити у свакој ситуацији. Ово се, најпре, односи на клаузулу забране конкуренције. Наиме, послодавац претходник и запослени могу уговорити да запослени не може радити одређене (конкретне) послове у своје име и за свој рачун, као и у име и за рачун другог лица, без сагласности послодавца, и то током трајања радног односа или након његовог престанка у одређеном временском периоду и/или у одређеном радијусу. Таква забрана или ограничење конкуренције потиче искључиво из уговора и није елемент који се у уговору о раду подразумева.¹⁶¹⁹ Премда је преношење ове клаузуле неспорно, услед чега послодавац следбеник има право да захтева од запослених да је се придржавају, постоје околности када њена примена након преноса не би била оправдана, будући да одређена ограничења (права на рад) која су била разумна у односу на послодавца претходника могу бити неразумна, па самим тим и неспроводива у односу на послодавца следбеника. Примера ради, уколико је клаузулом предвиђено да запослени не сме да успоставља пословну сарадњу са послодавчевим клијентима, тамо где је послодавац претходник велика компанија са различитом и/или територијално много широм базом клијената од базе клијената послодавца следбеника, поставља се питање да ли ће ово ограничење права на рад и даље бити разумно. Осим тога, питање је према коме запослени има ту обавезу, односно у односу на ког послодавца важи ограничење конкуренције.¹⁶²⁰ Ако обавезу има према послодавцу претходнику, онда се, према мишљењу одређених правних писаца, може пренети само ако предузеће или део предузећа које се преноси задржи свој идентитет и ако се не споји са пословањем послодавца следбеника у толикој мери да се не разликује.¹⁶²¹ Ово важи, наравно, под условом да није уговорено да ће клаузула у сваком случају бити пренесена на послодавца следбеника.

Поред тога, са аспекта правила о *ex lege* преносу, споран може бити пренос опција на акције (енгл. *employee share option, stock option*), права по основу доприноса

¹⁶¹⁷ N. Smit, *Labour Law Implications of the Transfer of an Undertaking*, 232.

¹⁶¹⁸ Видети, примера ради, домаћи Закон о раду (2005), члан 108, став 2 и члан 158, став 3.

¹⁶¹⁹ N. Smit, *Labour Law Implications of the Transfer of an Undertaking*, 234.

¹⁶²⁰ *Ibid.*

¹⁶²¹ *Ibid.*

пословном успеху послодавца (бонуса, стимулација и сл.) и права на учешће у подели добити. Наиме, запосленима се често даје право да купе акције свог послодавца директно од тог послодавца, и то или бесплатно или по повлашћеној цени. Понекад ово право чак чини део укупног пакета примања запослених. Такво право ће се сигурно квалификовати за пренос као право (и обавеза послодавца) које произилази из уговора о раду или радног односа. Начелно, право се мора пренети у случају релевантног преноса предузећа. Тешко је, међутим, предвидети како ће се такво право остварити у односу на послодавца следбеника. Прво, ово ће бити могуће само ако је послодавац претходник компанија која се котира на берзи и има доступне акције. Друго, чини се да је ово право које се може искористити само против послодавца претходника у смислу затворене шеме која захтева запослење код тог послодавца.¹⁶²² У Великој Британији је постојао случај да запослени (чији је уговор о раду пренесен на послодавца следбеника) који је имао право да искористи опције на акције против послодавца претходника није након преноса покушао да утврди да је то право прешло на послодавца следбеника, већ је уместо тога тврдио да има право да искористи опције на акције против послодавца претходника у року од шест месеци ако буде отпуштен због технолошког вишка у смислу Закона о заштити запослења од 1978. године. Међутим, британски Апелациони суд је одбио овај аргумент послодаваца сматрајући да је уговор о опцијама на акције засебан и независан уговор од уговора о раду.¹⁶²³ Није сигурно какав би исход судског поступка био да је ово право запосленом дато самим уговором о раду.¹⁶²⁴ И права по основу доприноса пословном успеху послодавца (бонуси, стимулације и сл.) квалификују се као права (и пратеће обавезе) која подлежу преносу.¹⁶²⁵ Међутим, може бити проблематично ако је бонус, примера ради, повезан са прометом компаније или оствареном добити. Ово може резултирати неприкладним исходиштем ако се примени на послодавца следбеника. Према се сматра да се у овом случају може постићи другачији договор, у теорији се тврди да такав договор не би требао да буде мање повољан за запосленог него што је био првобитни.¹⁶²⁶

¹⁶²² *Ibid.*, 235.

¹⁶²³ *Chapman and Elkin v. CPS Computer Group plc* 1987 IRLR 462 (CA). Наведено према: N. Smit, *Labour Law Implications of the Transfer of an Undertaking*, 235.

¹⁶²⁴ Чини се да ће шеме опција на акције морати да се обезбеди да, у околностима када запослени више нису запослени у компанији, такве опције не престају.

¹⁶²⁵ N. Smit, *Labour Law Implications of the Transfer of an Undertaking*, 235.

¹⁶²⁶ *Ibid.*

1.2.1.2. Права и обавезе који произилазе из колективних уговора о раду

Пренос права и обавеза који су дефинисани у уговору о раду није, сам по себи, довољан да гарантује да ће степен заштите који запослени имају остати исти као и пре самог преноса, имајући у виду да права и обавезе из радног односа зависе и од садржаја колективног уговора о раду који се примењује код одређеног послодавца. Стога, Директива 2001/23/ЕЗ у члану 3(3) предвиђа да „након преноса предузећа, послодавац следбеник наставља поштовати одредбе и услове договорене колективним уговором послодавца претходника *до дана укидања или истека колективног уговора или ступања на снагу или примене другог колективног уговора*“. Притом, „државе чланице могу ограничити период поштовања таквих одредби и услова, под условом да није краћи од једне године“.¹⁶²⁷ На овај начин, Директивом 2001/23/ЕЗ се штите права запослених и спречава кршење оквира уговора о раду којим је регулисан радни однос. Обавеза послодавца следбеника да најмање годину дана примењује колективни уговор који је важио код послодавца претходника представља гаранцију очувања услова рада. Колективни уговор о раду закључен код послодавца следбеника тада постаје основ за регулисање радних односа између запослених и послодавца следбеника, због чега се услови рада не могу погоршати након промене послодавца барем у гарантованом периоду од једне године.¹⁶²⁸ Штавише, неки сегменти ове забране могу трајати дуже, ако се узме у обзир да колективни уговор закључен са послодавцем претходником производи индиректне ефекте чак и по истеку рока, ако су (повољнији) услови рада и права уграђени у уговор о раду.¹⁶²⁹ Међутим, према одредбама саме Директиве 2001/23/ЕЗ обавеза послодавца следбеника да поштује услове рада садржане у колективним уговорима послодавца претходника траје само до тренутка укидања или истека важења или ступања на снагу или примене новог колективног уговора. Прва ситуација, која ослобађа послодавца следбеника од обавезе примене колективног уговора је више него једноставна. Следствено чињеници да се колективни уговори у одређеним радноправним системима закључују на одређено време, *истеком периода њиховог важења* послодавац следбеник престаје бити обавезан да их примењује.¹⁶³⁰ Међутим, полазећи (вероватно) од чињенице да би наметање обавезе примене

¹⁶²⁷ Директива 2001/23/ЕЗ, члан 3(3).

¹⁶²⁸ Lj. Kovačević, „Individual Rights of Employees in Transfers of Undertakings in Serbia“, 239.

¹⁶²⁹ Roger Blanpain, *Belgium*, Wolters Kluwer, The Hague, 2012, 400.

¹⁶³⁰ Филип Бојић, „Примена колективног уговора од стране послодавца следбеника“, *Право и привреда*, број 4-6/2017, 763.

колективног уговора закљученог код послодавца претходника до истека његовог важења могло бити превелик терет за послодавце следбенике (у ситуацијама када је период важења доста дуг), Директива 2001/23/ЕЗ даје могућност државама чланицама да тај период временски лимитирају, али не краће од годину дана. Наведену могућност је искористио велики број европских држава, попут Немачке, Аустрије, Шпаније, Португалије, Пољске, Чешке, Италије, Кипра, Словеније, Летоније, Мађарске, Шведске, Хрватске, али и бројне државе које теже чланству у Европској унији (Србија, Црна Гора, Република Српска, Северна Македонија и др.), ограничавајући примену колективног уговора о раду од стране послодавца следбеника на Директивом 2001/23/ЕЗ одређени минимум од годину дана, док је једино у Француској период важења продужен на 15 месеци од дана промене.¹⁶³¹ Сходно томе, уколико колективни уговор о раду закључен код послодавца претходника не истекне пре истека периода од годину дана односно 15 месеци од дана извршене промене, истеком овог периода послодавац следбеник престаје бити обавезан да наведени колективни уговор примењује, иако он и даље може важити код послодавца претходника.

Друга ситуација у којој колективни уговор закључен код послодавца претходника престаје да важи јесте *ступање на снагу или примена другог колективног уговора*. Наиме, послодавац следбеник може, по извршеној промени, позвати репрезентативни синдикат на преговоре у циљу закључења новог колективног уговора. То ће се, вероватно, догодити у случају да су одредбе новог колективног уговора повољније по запослене него што су одредбе колективног уговора закљученог код послодавца претходника, будући да се не може очекивати да би запослени прихватили услове рада који су неповољнији у односу на услове предвиђене претходним колективним уговором.¹⁶³² Наравно, постоји могућност да се послодавац следбеник на тај корак одлучи у циљу постизања боље прегледности и веће систематичности правних правила садржаних у аутономним изворима права, те избегавања постојања већег броја колективних уговора који важе за различите групе запослених. У сваком случају, колективни уговор закључен код послодавца претходника престаје да важи

¹⁶³¹ Постоје, међутим, и државе попут Естоније, Луксембурга, Холандије и Словачке у којима није уведено временско ограничење важења колективног уговора код послодавца следбеника од тренутка извршене промене, те ће се у њиховим правним системима одредбе колективног уговора закљученог код послодавца претходника примењивати до истека рока на који је уговор закључен, а под условом да послодавац следбеник не закључи нови колективни уговор са репрезентативним синдикатом. М. Sargeant, *Implementation Report Directive 2001/23/EC on the approximation of laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event, of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses*, 30-44.

¹⁶³² Ф. Бојић, „Примена колективног уговора од стране послодавца следбеника“, 763.

ступањем на снагу новог колективног уговора о раду. Другачија је, међутим, ситуација када је да код послодавца следбеника у тренутку преноса уговора о раду већ био на снази одређени колективни уговор. У овом случају постоји „конкуренција“ између колективних уговора, што би, како упозоравају неки аутори, могло угрозити заштиту запослених од дискриминације.¹⁶³³ То је због чињенице да примена два различита уговора на две различите категорије запослених који раде за послодавца следбеника може довести до тога да запослени код истог послодавца имају различите услове рада, укључујући различите зараде за исти рад или рад исте вредности.¹⁶³⁴ С тим у вези, поставило се питање правне допуштености примене колективног уговора послодавца следбеника на преузете запослене одмах након преноса предузећа. Према ставу теорије, обавеза примене колективног уговора који је закључио послодавац претходник постоји чак и ако је послодавац следбеник везан колективним уговором закљученим са репрезентативним синдикатом свог предузећа. Сматра се да је такав различит третман оправдан законском обавезом послодавца следбеника да очува услове рада запослених обухваћених преносом предузећа, барем годину дана.¹⁶³⁵ У упоредном радном законодавству ово питање, по правилу, није изричито регулисано. Изузетак чини, аустријско радно законодавство које предвиђа да у случајевима када се различити колективни уговори примењују на послодавца претходника и послодавца следбеника, одредбе колективног уговора послодавца следбеника замениће колективни уговор послодавца претходника који се примењивао на запослене који се преузимају. Међутим, зарада не сме пасти испод минималне зараде према колективном уговору послодавца претходника.¹⁶³⁶ И шведско право садржи решење за наведену правну ситуацију, али другачије садржине. Према одредбама шведског Закона о запошљавању (суодлучивању на радном месту) од 1976. године, тамо где је послодавац следбеник везан другачијим колективним уговором од послодавца претходника, постојећи колективни уговор послодавца следбеника има предност. Међутим, без обзира на то, послодавац следбеник је дужан да примењује услове рада у складу са колективним уговором о раду послодавца претходника у периоду од једне године након преноса у односу на запослене који су преузети. Сходно томе, одредбе које регулишу однос са синдикатом (облигациони део колективног уговора) неће се примењивати, нити се

¹⁶³³ Ivana Grčurev, *Croatia*, Wolters Kluwer, The Hague, 2013, 106.

¹⁶³⁴ *Ibid.*

¹⁶³⁵ Lj. Kovačević, „Individual Rights of Employees in Transfers of Undertakings in Serbia“, 240.

¹⁶³⁶ Stephan Nitzl, Christian Stuppig, „Austria“, у: Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, Tim Marshall (eds), *Transfer of Business and Acquired Employee Rights - A Practical Guide for Europe and Across the Globe*, Springer-Verlag, Berlin, 2016, 51.

синдикат, као такав, признаје.¹⁶³⁷ Према се може дискутовати о усклађености наведених решења са одредбама Директиве 2001/23/ЕЗ и широко прихваћеним начелом очувања запослења, ваља приметити да је и Суд правде у својој новијој судској пракси на трагу да заузме исти став. Тако је, примера ради, у случају *Scattolon*, оценио да се „члан 3(3) Директиве 2001/23/ЕЗ [...] мора тумачити тако да послодавац следбеник може, почевши од датума преноса, потпуно законито примењивати услове рада који су утврђени колективним уговором који је код њега на снази, укључујући и одредбе уговора које се односе на износ накнаде за рад“.¹⁶³⁸ Дакле, уколико је код послодавца следбеника на снази колективни уговор (који је потписан на нивоу гране или на нивоу тог послодавца), одредбе тог уговора могу заменити колективни уговор који је био на снази код послодавца претходника. Према оцени Суда правде, „спровођење опције моменталне замене услова рада које премештени радници уживају према колективном уговору који је важио код послодавца претходника са условима утврђеним колективним уговором који важи код послодавца следбеника не може имати за циљ или ефекат наметање тим запосленима услова који су начелно мање повољни од услова који су били гарантовани запосленима пре преноса предузећа“.¹⁶³⁹ Овакав ванредан став Суда правде сугерише да правило о забрани измене уговорених услова рада на штету запослених које се раније сматрало апсолутним, није тако апсолутно. Иако Суд „негира апсолутност начела аутоматске замене колективног уговора“,¹⁶⁴⁰ те моменталну замену колективног уговора закљученог код послодавца претходника колективним уговором који је на снази код послодавца следбеника условљава поштовањем услова рада које су премештени запослени уживали пре промене послодавца, он то чини употребом стандарда *начелно*, остављајући тиме простор да у појединостима услови рада могу бити и мање повољни за преузете запослене. Тиме се отвара простор за различита тумачења и процене, а самим тим и велики број судских поступака чији ће задатак бити „да процене укупну меру погоршања услова рада новим колективним уговором“.¹⁶⁴¹ У том смислу, могу се очекивати дуги процеси усаглашавања одредби колективних уговора а, последично, и нарушена правна сигурност запослених. Осим тога, чини се да би наметање примене колективног уговора који је на снази код послодавца следбеника

¹⁶³⁷ J. Sundberg, E. Ödling, *op. cit.*, 416.

¹⁶³⁸ Пресуда у предмету бр. C-108/10 (*Ivana Scattolon v. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca*) од 6. септембра 2011. године (*European Court Reports* 2011, 542), параграф 74.

¹⁶³⁹ *Ibid.*, параграф 76.

¹⁶⁴⁰ Edoardo Ales, „The Transfer of Undertaking Directive: A Puzzling Piece of Legislation“, у: Erica Kovács, Martin Winner (eds), *Stakeholder Protection in Restructuring*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2019, 191.

¹⁶⁴¹ *Ibid.*

имало смисла ако колективни уговор закључен са послодавцем следбеником даје већи обим права и повољније услове рада од права и услова рада који су садржани у колективном уговору закљученим са послодавцем претходником. У том смислу, у неким државама, попут Шпаније, закон предвиђа да ако су услови колективних уговора које уживају запослени послодавца следбеника повољнији од услова рада запослених послодавца претходника, запослени послодавца претходника уживаће боље услове.¹⁶⁴² Сличне одредбе постоје и у законодавствима Кипра, Мађарске и Литваније.¹⁶⁴³ Међутим, занимљиво је приметити да је Суд правде у образложењу пресуде у предмету *Scattolon*, посебно истакао да послодавац следбеник, сходно одредбама саме Директиве, нема обавезу да примењује колективни уговор који је код њега на снази на запослене који су премештени, уколико он садржи већа права и повољније услове рада. У том смислу, запослени се „не могу успешно позивати на одредбе Директиве 2001/23/ЕЗ да би побољшали ниво плаћања или друге услове рада приликом преноса предузећа. Штавише, [...] предметна Директива не спречава постојање одређених разлика у третману зарада између запослених који су премештени и оних који су већ били у тренутку преноса запослени код послодавца следбеника. Иако би се други правни инструменти и принципи могли показати релевантним за испитивање законитости таквих разлика, Директива 2001/23/ЕЗ има за циљ једино избегавање стављања запослених, само због премештања код другог послодавца, у неповољнији положај у односу на онај који су претходно уживали“.¹⁶⁴⁴

Домаће радно законодавство не садржи одредбу којом се изричито решава „конкуренија“ колективних уговора о раду. Према Закону о раду, у случају статусне промене, односно промене послодавца у складу са законом, послодавац следбеник преузима од послодавца претходника општи акт и све уговоре о раду који важе на дан промене послодавца.¹⁶⁴⁵ Осим тога, Законом се експлицитно предвиђа да је послодавац следбеник дужан да примењује општи акт послодавца претходника најмање годину дана од дана промене послодавца, осим ако пре истека тог рока *истекне време* на које је закључен колективни уговор код послодавца претходника или код послодавца

¹⁶⁴² M. Sargeant, *Implementation Report Directive 2001/23/EC on the approximation of laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event, of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses*, 33.

¹⁶⁴³ *Ibid.*, 30-44.

¹⁶⁴⁴ Пресуда у предмету бр. C-108/10 (*Ivana Scattolon v. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca*) од 6. септембра 2011. године (*European Court Reports* 2011, 542), параграф 76.

¹⁶⁴⁵ Закон о раду (2005), члан 147.

следбеника буде *закључен нови* колективни уговор.¹⁶⁴⁶ Имајући у виду да се колективни уговор може закључити само на одређено време, у трајању не дужем од три године,¹⁶⁴⁷ послодавац следбеник је у обавези да примењује колективни уговор минимум годину дана од дана промене, осим ако пре истека тог рока истекне време на које је закључен колективни уговор код послодавца претходника или код послодавца следбеника буде закључен нови колективни уговор. Према томе, послодавац следбеник није дужан да примењује колективни уговор послодавца претходника по истеку рока за који је он закључен, „ако није закључен споразум о продужењу важења тог колективног уговора“.¹⁶⁴⁸ Другим речима, само послодавац следбеник може прихватити да га колективни уговор обавезује и дуже од једне године, односно „на наведено га не може обавезати колективни уговор у чијем закључењу је учествовао послодавац претходник и са чим се послодавац следбеник није сагласио“.¹⁶⁴⁹ С обзиром на наведено, није за очекивати да ће у пракси послодавац следбеник бити спреман да примењује одредбе колективног уговора дуже од годину дана, посебно ако би његова примена подразумевала додатне трошкове.¹⁶⁵⁰ У сваком случају, наведена решења усклађена су са европским стандардима садржаним у Директиви 2001/23/ЕЗ, а, чак су, у извесном смислу, и прецизнија од њих. Наиме, као што је напред поменуто, Директива 2001/23/ЕЗ обавезу послодавца следбеника да примењује колективни уговор послодавца следбеника орочава до *ступања на снагу или примене другог колективног уговора*, што је отворило врата тумачењима да послодавац следбеник може почети са применом „свог“ колективног уговора већ од тренутка извршене промене послодавца, под условом да одредбе новог уговора нису начелно неповољније по запослене. За разлику од наведеног решења, домаћи Закон о раду дужност послодавца следбеника да примењује колективни уговор послодавца претходника искључује у случају да код послодавца следбеника буде *закључен нови* колективни уговор, чиме спречава појаву дилема и спорних тумачења која су се појавила на комунитарноправном нивоу.

Међутим, у домаћем праву се поставило питање правне могућности послодавца следбеника да правилником о раду уреди права, обавезе и одговорности из радног

¹⁶⁴⁶ *Ibid.*, члан 150.

¹⁶⁴⁷ *Ibid.*, члан 263, став 1.

¹⁶⁴⁸ Мишљење Министарства рада и социјалне политике, бр. 011-00-01185/2007-02 од 15. 1. 2008. године, извор: *Paragraf Lex*.

Мишљење Министарства рада и социјалне политике, бр. 011-00-687/2009-02 од 23. 9. 2009. године, извор: *Paragraf Lex*.

¹⁶⁴⁹ Мишљење Министарства рада и социјалне политике, бр. 011-00-1209/2007-02 од 14. 2. 2008. године, извор: *Paragraf Lex*.

¹⁶⁵⁰ Ф. Бојић, „Примена колективног уговора од стране послодавца следбеника“, 762.

односа у случају да не дође до закључивања колективног уговора са репрезентативним синдикатом, а није прошло годину дана од промене послодавца. Наравно, под претпоставком да су послодавац следбеник и синдикат претходно започели поступак преговарања ради закључивања новог колективног права.¹⁶⁵¹ Будући да Закон о раду наведену ситуацију не регулише експлицитно, ваљало би указати на одлуку Уставног суда Србије, донету поводом иницијативе за оцену законитости поступка доношења правилника о раду, усвојеног од стране послодавца следбеника.¹⁶⁵² У наведеној одлуци, Уставни суд је утврдио да су у конкретном случају били испуњени законом прописани услови да се права, обавезе и одговорности из радног односа уреде правилником о раду, имајући у виду да послодавац следбеник и репрезентативни синдикат нису постигли сагласност за закључење колективног уговора у року од 60 дана од дана започињања преговора, а уједно је утврђено да је послодавац следбеник претходно извршио законску обавезу о примени колективног уговора послодавца претходника најмање годину дана од дана промене послодавца следбеника и да, стога, није био дужан да и даље примењује колективни уговор у чијем је закључивању учествовао послодавац претходник.¹⁶⁵³ Стога је, према налажењу Уставног суда, након истека годину дана од дана промене послодавца, надлежни орган код послодавца могао да донесе правилник о раду којим ће уредити права, обавезе и одговорности из радног односа. Сличног става било је и министарство надлежно за рад које је у датом мишљењу, јасно и у духу Директиве 2001/23/ЕЗ, навело да „ако се не постигне сагласност за закључивање новог или измену преузетог колективног уговора, а није протекло година дана од дана промене послодавца, послодавац не може да донесе правилник о раду, већ остаје на снази колективни уговор“.¹⁶⁵⁴

И, најзад, као што је напред поменуто, треба указати да домаћи Закон о раду не садржи решење за случај да је у тренутку промене послодавца код послодавца следбеника већ био на снази одређени колективни уговор (тзв. „конкуренција уговора“). Стога је вредно пажње мишљење министарства надлежног за рад у којем је, сматрамо, правилно протумачена релевантна одредба (члана 150) Закона о раду. Према наводима из мишљења, у случају промене послодавца, послодавац следбеник је дужан да на права, обавезе и одговорности запослених које је преузео, примењује одредбе

¹⁶⁵¹ *Ibid.*, 764.

¹⁶⁵² Одлука Уставног суда, IУ број 44/2008 од 18. децембра 2008. године (*Службени гласник РС*, бр. 9/2009).

¹⁶⁵³ *Ibid.*

¹⁶⁵⁴ Мишљење Министарства рада, запошљавања и социјалне политике, бр. 011-00-02283/2006-02 од 17.3.2006. године, извор: *Paragraf Lex*.

колективног уговора послодавца претходника, најмање годину дана од дана промене послодавца, без обзира што је послодавац следбеник већ имао закључен колективни уговор. Колективни уговор послодавца следбеника примењиваће се на друге запослене, које није преузео од послодавца претходника. У наведеној ситуацији послодавац и репрезентативни синдикати требали би да започну преговоре за закључивање новог колективног уговора, којим би се на јединствен начин регулисала права, обавезе и одговорности свих запослених код послодавца.¹⁶⁵⁵ У том смислу, може се закључити да су домаћа решења у вези са преносом колективних уговора послодавца претходника хармонизована са стандардима Европске уније. Међутим, како лепо примећују Ковачевић и Бојић, „неопходно је сагледати реалну слику у Републици Србији, те указати на податке да је тренд колективног преговарања и закључивања колективних уговора на нивоу послодавца у константном паду, чиме наведене законске обавезе остају мртво слово на хартији“.¹⁶⁵⁶ Наведени тренд је узрокован високом стопом незапослености и слабошћу синдиката, пре свега, због пада стопе синдикализације и недостатка агилности синдиката у погледу обезбеђивања ефикасне примене радног законодавства.¹⁶⁵⁷ Стога, упркос покушајима српског законодавца да охрабри социјалне партнере да права, обавезе и одговорности из радног односа регулишу колективним уговорима код послодавца, уместо једностаним правним актима послодавца (правилником о раду),¹⁶⁵⁸ број закључених уговора на нивоу послодавца је и даље изузетно низак.¹⁶⁵⁹ У том смислу, Ковачевић даје ваљан предлог за превазилажење наведене ситуације у смислу примене Препоруке Међународне организације рада број 91 о колективним уговорима,¹⁶⁶⁰ којом је указано да послодавац који не може да закључи колективни уговор са репрезентативним синдикатом, може да преговара са изабраним радничким представницима и да са њима закључи колективни уговор.¹⁶⁶¹

¹⁶⁵⁵ Закључивањем новог колективног уговора код послодавца следбеника, престао би да важи колективни уговор послодавца претходника, а радноправни положај запослених био би регулисан на јединствен начин. Мишљење Министарства рада и социјалне политике, бр. 011-00-113/2008-02 од 20.2.2008. године, извор: *Paragraf Lex*.

¹⁶⁵⁶ Ф. Бојић, „Примена колективног уговора од стране послодавца следбеника“, 765. Исто и: Лј. Ковачевић, „Individual Rights of Employees in Transfers of Undertakings in Serbia“, 239-240.

¹⁶⁵⁷ Лј. Ковачевић, „Individual Rights of Employees in Transfers of Undertakings in Serbia“, 239.

¹⁶⁵⁸ Закон о раду (2005), члан 3.

¹⁶⁵⁹ Лј. Ковачевић, „Individual Rights of Employees in Transfers of Undertakings in Serbia“, 239.

¹⁶⁶⁰ Препорука број 91 о колективним уговорима (Collective Agreements Recommendation, 1951, No. 91).

¹⁶⁶¹ Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, 172-173.

1.2.2. Забрана измене уговора о раду

Поред *ex lege* преноса уговора о раду, питање измене пренесених уговора о раду несумњиво је једно од најважнијих, како за запослене, тако и за послодавце. Промена правног идентитета послодавца може довести до тога да се запослени сусретну са новим послодавцем који има другачију радну праксу и неповољније услове рада од оних које су уживали код послодавца претходника. Уколико би послодавац следбеник имао могућност да измени уговорене услове рада, степен заштите запослених би могао бити значајно умањен. С друге стране, послодавци следбеници имају тежњу да уговоре о раду премештених запослених измене како би их ускладили са условима рада раније запослених лица. За њих је ово важно у смислу административних погодности, добрих индустријских односа и, пре свега, уштеде трошкова, односно остварења економских циљева.¹⁶⁶² С обзиром на изразито изражен сукоб интереса запослених и послодаваца, ово питање није једноставно на принципијелан начин уредити. То, уосталом, потврђује и члан 3 Директиве 2001/23/ЕЗ који проблему заштите права запослених приступа истовремено из „статичне“ и „динамичне“ перспективе. „Статичне“ у смислу предвиђања преноса јединственог радног односа (члан 3, став 1), какав постоји на дан преноса предузећа, а „динамичке“ у смислу могућности његовог уређења, након преноса, у складу са одредбама новог колективног уговора закљученог код послодавца следбеника (члан 3, став 3).¹⁶⁶³ Озбиљне несигурности у вези са интерпретацијом оба наведена става навеле су националне судове да затраже неколико прелиминарних пресуда од Суда правде у Луксембургу, како би разјаснио нормативно језгро Директиве 2001/23/ЕЗ. То је резултирало пресудама у којима је Суд правде, чини се, покушао да пронађе одређени баланс сукобљених интереса, позивајући се истовремено како на „статичност“, тако и на „динамичке“ аспекте Директиве 2001/23/ЕЗ. У том смислу, Суд је нагласио да је стварни циљ предметне Директиве „осигурати, колико је то могуће, да радни однос остане непромењен са послодавцем следбеником, посебно обавезивањем послодавца следбеника да настави да поштује одредбе и услове рада утврђене колективним уговором о раду закљученим код послодавца претходника (члан 3 (3)) и заштитом запослених од отказа мотивисаних искључиво чињеницом

¹⁶⁶² С. Barnard, *op. cit.*, 606.

¹⁶⁶³ Е. Ales, „The Transfer of Undertaking Directive: A Puzzling Piece of Legislation“, 180.

промене послодавца (члан 4 (1))¹⁶⁶⁴. Према Суд није изричито указао, „чини се да се услов „могуће“ односи како на наставак радног односа као таквог, тако и на његов наставак без измена уговорених услова рада“.¹⁶⁶⁵ Такво разумевање наведеног става потврдио је и сам Суд правде у случају *Daddy's Dance Hall*, у којем је оценио да је заштита коју нуди Директива 2001/23/ЕЗ „питање јавне политике, па стога независна од воље страна уговора о раду. Правила ове Директиве, посебно она која се тичу заштите запослених од отказа због преноса предузећа, морају се сматрати обавезујућим, тако да није могуће одступити од њих на начин који је неповољан за запослене“.¹⁶⁶⁶ Запослени, стога, немају право да се одрекну права која су им дата Директивом и та се права не могу ограничити, чак ни уз њихов пристанак.¹⁶⁶⁷ На овакво тумачење не утиче чињеница да, као у овом случају, запослени остварују нове користи као надокнаду за недостатке произашле из измене уговора о раду, тако да се, узимајући ствар у целини, не стављају у лошији положај него раније. Међутим, „у мери у којој национално право дозвољава да се радни однос промени на начин неповољан за запослене у ситуацијама које нису везане за пренос предузећа, посебно у погледу њихове заштите од отказа, таква алтернатива није искључена само зато што је предузеће у међувремену пренесено и, стога, постигнут споразум са новим послодавцем“. Према оцени Суда, у ствари, „будући да се на основу члана 3(1) Директиве 2001/23/ЕЗ послодавац следбеник суброгира у права и обавезе послодавца претходника које проистичу из радног односа, тај однос се може променити у односу на послодавца следбеника у истој мери у којој је то могао у односу на послодавца претходника, под условом да сам пренос предузећа не представља разлог за ту измену“.¹⁶⁶⁸

Исто тумачење се може наћи у предмету *Martin*, у којем је Суд, након што је потврдио да је заштита загарантована Директивом 2001/23/ЕЗ ствар јавне политике, изјавио да се „правила Директиве морају сматрати обавезујућим, како не би било могуће од њих одступити на начин неповољан по запослене“.¹⁶⁶⁹ Он је, такође, истакао да се запослени не могу одрећи права која су им дата Директивом 2001/23/ЕЗ и да се та

¹⁶⁶⁴ Пресуда у предмету бр. C-19/83 (*Knud Wendelboe and others v. L.J. Music ApS, in liquidation*) од 7. фебруара 1985. године (*European Court Reports* 1985, 54), параграф 15.

¹⁶⁶⁵ E. Ales, „The Transfer of Undertaking Directive: A Puzzling Piece of Legislation“, 181.

¹⁶⁶⁶ Пресуда у предмету бр. 324/86 (*Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v. Daddy's Dance Hall A/S*) од 10. фебруара 1988. године (*European Court Reports* 1988, 72), параграф 14.

¹⁶⁶⁷ *Ibid.*, параграф 15.

¹⁶⁶⁸ *Ibid.*, параграф 17.

¹⁶⁶⁹ Пресуда у предмету бр. C-04/01 (*Serene Martin, Rohit Daby and Brian Willis v. South Bank University*) од 6. новембра 2003. године (*European Court Reports* 2003, 594), параграф 39.

права не могу ограничити чак ни уз њихову сагласност“,¹⁶⁷⁰ и још једном, у име делимичног усклађивања, подвукао да „све док национално законодавство дозвољава да се радни однос промени на начин неповољан за запослене у ситуацијама које нису везане за пренос предузећа, таква алтернатива није искључена само зато што је предузеће у међувремену пренесено и, стога, склопљен споразум са новим послодавцем“. ¹⁶⁷¹ Међутим, уколико је „пренос предузећа разлог неповољне измене услова рада запослених у дотичном предузећу, сваки пристанак који су неки од запослених дали на такву измену је начелно неважећи“. ¹⁶⁷² Суд није одговорио да ли је потребно сачекати да прође одређени временски период да би се сматрало да пренос предузећа није разлог за измену уговора о раду. Такође, остало је нејасно да ли пренос предузећа мора бити једини или главни разлог за измену услова рада да би се измена сматрала незаконитом или је довољно да је пренос био само један у низу разлога предметне измене. У првом случају, послодавац следбеник би могао уживати у одређеној ширини маневарског простора ради измене услова рада, док би му у другом случају то било веома тешко. Али, оно што се сигурно може закључити на основу ове две (напред цитиране) пресуде је да се уговори о раду могу изменити, чак и на начин неповољан за запослене, под условом да национални закон дозвољава такве измене, као и да разлог измена није сама промена послодавца или неки други разлог повезан са том променом. Ово је прави пример „балансирања“ које је Суд извршио како би задржао заједно „статичку заштиту услова рада и динамичку слободу послодавца да преуреди своје прописе након преноса“. ¹⁶⁷³ Па ипак, новији случајеви указују на то да Суд правде почиње да ублажава свој приступ на штету запослених, означавајући, тако, нови нежељени правац тумачења Директиве 2001/23/ЕЗ, нарочито у јавном сектору. Тако је, примера ради, у напред поменутом случају *Delahaye*, Суд потврдио да се Директива 2001/23/ЕЗ „мора тумачити тако да у начелу не спречава - у случају преноса предузећа са правног лица приватног права на државу - ову потоњу, као новог послодавца, да смањи висину зараде запослених у циљу усклађивања са националним правилима која су на снази за државне службенике“. ¹⁶⁷⁴ Овај случај се, иначе, тичао запослене у једном непрофитном удружењу у Луксембургу, које је било укључено у обуку незапослених лица како би им се омогућило да се интегришу на тржишту радне снаге. Делатност

¹⁶⁷⁰ *Ibid.*, параграф 40.

¹⁶⁷¹ *Ibid.*, параграф 41.

¹⁶⁷² *Ibid.*, параграф 45.

¹⁶⁷³ Е. Ales, „The Transfer of Undertaking Directive: A Puzzling Piece of Legislation“, 182.

¹⁶⁷⁴ Пресуда у предмету бр. C-425/02 (*Johanna Maria Delahaye, née Delahaye v. Ministre de la Fonction publique et de la Réforme administrative*) од 17. јуна 2004. године (*European Court Reports* 2004, 706).

удружења је касније пренесена на државу Луксембург која је наставила да је обавља у облику јавне службе. Госпођа Delahaeye је, заједно са осталим запосленима у удружењу, преузета као државни службеник. Међутим, на основу прописа о накнадама државних службеника, утврђена месечна плата била јој 37 процената нижа од оне коју је примала док је радила у удружењу, а у радни стаж јој није било урачунато време рада код послодавца претходника.¹⁶⁷⁵ Оспоравање оваквог поступања од стране госпође Delahaeye навело је луксембуршки Управни суд да се обрати Суду правде са питањем да ли је у описаној ситуацији могуће да се права и обавезе послодавца претходника преузму само у мери у којој је то у складу са посебним режимом радних односа државних службеника. У овом случају, дакле, није било спорно да је дошло до преноса предузећа (са приватноправног на јавноправног послодавца) у смислу Директиве 2001/23/ЕЗ. Спорне су биле само последице таквог преноса, посебно у погледу плата запослених.¹⁶⁷⁶

Премда се могло очекивати да ће права запослених на зараду бити очувана на нивоу пре преноса предузећа, општи правобранилац (у овом предмету) Léger није био тог мишљења. Према његовом уверењу, у случају преноса предузећа са приватноправног на јавноправног послодавца - промене у радним односима су дозвољене, најмање тамо где то захтева обавезно национално правило које уређује положај државних службеника.¹⁶⁷⁷ Међутим, уколико ниво промене који захтева обавезно национално правило буде „значајан“, дотични запослени имаће право да тврде да је уговор о раду отказан као резултат радњи послодавца.¹⁶⁷⁸ Разочаравајуће, али ово предложено ускраћивање индивидуалних права из радног односа одобрено је од стране Суда правде у Луксембургу. Релевантни део својих запажања Суд правде је преформулисао тврдњом - увек злослутном за запослене - да је Директива 2001/23/ЕЗ

¹⁶⁷⁵ *Ibid.*, параграфи 12-18.

¹⁶⁷⁶ *Ibid.*, параграф 22.

¹⁶⁷⁷ Opinion of Mr Advocate General Léger delivered on 17 June 2004 (*European Court Reports* 2004, 376), параграфи 46 и 54.

¹⁶⁷⁸ Приступ општег правобраниоца је изузетан по томе што подразумева, у ситуацији која је призната као пренос предузећа у сврху Директиве 2001/23/ЕЗ, непримењивање две најважније одредбе Директиве у корист преузетих запослених. Отуда, премда члан 3 Директиве 2001/23/ЕЗ недвосмислено предвиђа да ће се „права и обавезе послодавца претходника који произилазе из уговора о раду или из радног односа који постоји на датум преноса [...] пренети на послодавца следбеника“, општи правобранилац је храбро тврдио да „супротно тврдњи госпође Delahaeye, даље поштовање услова рада који су постојали на датум преноса не представља апсолутни или неповредив принцип“. Осим тога, иако члан 4 Директиве 2001/23/ЕЗ предвиђа да пренос предузећа „сам по себи не може представљати основ за отказ“, општи правобранилац је сматрао да престанак радног односа који је произашао из примене „важећих националних правила у вези са правним положајем запослених у јавном сектору“ није искључен, али би одговорност за то требало приписати послодавцу. *Ibid.*, параграфи 43, 54 и 57.

намењена само делимичној хармонизацији.¹⁶⁷⁹ По оцени Суда, Директива 2001/23/ЕЗ не спречава - у случају преноса предузећа са правног лица приватног права на правно лице јавног права - примену националног закона којим је регулисан отказ уговора о раду приватноправних субјеката. Уместо тога, једина последица је да се одговорност за такав отказ припише послодавцу.¹⁶⁸⁰ У светлу горе наведеног, можда је једина срећна карактеристика пресуде у предмету *Delahaye* њено уско подручје примене, будући да се, по наводима Суда, примењује само тамо где држава делује „у циљу усаглашавања са важећим националним правилима која регулишу положај државних службеника“.¹⁶⁸¹ У том смислу, поставља се питање разлога који су довели до овакве промене у тумачењу Директиве 2001/23/ЕЗ. Могуће је да су Суд правде и општи правобранилац оваквим резонавањем покушали да избегну оно што би се могло сматрати прекомерним мешањем европског права у национална законодавства и поделу која постоји у већини правних система држава чланица, између, с једне стране, запослених у општем режиму радних односа, и, с друге стране, државних службеника чије је запошљавање регулисано посебним прописима. Ако је то случај, чини се да је плаћена превисока цена. Боље решење од оног које је изабрао Суд било би да се материјални услови рада сматрају заштићеним у случају преноса предузећа са приватноправног послодавца на послодавца у јавном сектору, а да се евентуално држави чланици омогући да природу радног односа преобрази из општег у посебан режим индивидуалних радних односа. Уместо тога, Суд је дозволио послодавцу следбенику да изврши било коју промену услова рада коју захтева посебан закон у овој области. Ниједна таква промена се не сматра искљученом. Једина корист за запослене постаје право да се у случају престанка радног односа због битне промене услова рада на њихову штету, послодавац следбеник сматра одговорним за тај престанак.¹⁶⁸²

Још један „споран“ став, Суд правде је заузео у случају *Scattolon*, у којем је, као што смо напред видели, оценио да су измене услова рада утврђених колективним уговором о раду који је важио код послодавца претходника дозвољене тамо где услови рада *свеукупно* („не одредбу по одредбу“¹⁶⁸³) гледано нису ништа мање повољни од

¹⁶⁷⁹ Пресуда у предмету бр. C-425/02 (*Johanna Maria Delahaye, née Delahaye v. Ministre de la Fonction publique et de la Réforme administrative*) од 17. јуна 2004. године (*European Court Reports* 2004, 706), параграф 32.

¹⁶⁸⁰ *Ibid.*

¹⁶⁸¹ *Ibid.*, параграф 29.

¹⁶⁸² Пресуда у предмету бр. C-425/02 (*Johanna Maria Delahaye, née Delahaye v. Ministre de la Fonction publique et de la Réforme administrative*) од 11. новембра 2004. године (*European Court Reports* 2004, 706), параграф 35.

¹⁶⁸³ C. Barnard, *op. cit.*, 608.

оних који су били гарантовани запосленима пре преноса предузећа.¹⁶⁸⁴ Стога, закључујући по овом питању, може се констатовати да, с једне стране, Суд правде снажно афирмише право на очување услова рада који су запослени уживали у тренутку преноса предузећа, а, с друге стране, не гарантује на одговарајући начин њихову примену у динамичкој фази након преноса. Допуштајући послодавцу следбенику да измени услове рада чак и ако су измене узроковане самом променом послодавца, под условом да „начелно“ нису неповољнији од услова рада које су запослени раније уживали, Суд правде ризикује да угрози апсолутност начела очувања запослења, чиме се, последично, угрожава способност Директиве 2001/23/ЕЗ да постигне своје задате циљеве.

Имајући у виду напред наведено, као и нејасне одредбе саме Директиве 2001/23/ЕЗ, чини се да у разматрању могућности измене пренесених уговора о раду треба поћи од питања да ли се сврха одредби о преносу уговора о раду остварује увођењем такве могућности или не? У том смислу, ваља, још једном, подсетити да је примарни циљ одредби о аутоматском преносу уговора о раду осигурање заштите права и обавеза који произилазе из уговора о раду или радног односа запослених погођених преносом предузећа. Ова заштита је питање јавне политике и свако њено ограничење треба пажљиво размотрити. Одредбе којима се штите права запослених у случају преноса предузећа као континуираног пословања настоје да минимизирају ефекат промене лица одговорног за вођење предузећа на дотичне запослене. Циљ ових одредби није да пружи заштиту премештеним запосленима изнад нивоа заштите коју уживају било који други запослени у било којој другој радноправној ситуацији. Њихов циљ је да запослене задрже на позицији на којој би били да се није променио правни идентитет послодавца. Стога, дејство ових одредби не би требало да буде забрана било какве измене уговора о раду, без изузетка. Премештени запослени треба да буду у потпуно истом правном положају након преноса као и пре преноса, а измене уговора о раду које су дозвољене према националном законодавству пре промене послодавца треба да буду могуће и након промене.¹⁶⁸⁵ У том смислу, првобитна пракса Суда правде у Луксембургу забрањивала је било какве измене уговора о раду ако је измена извршена због саме промене послодавца. У литератури су се, међутим, појавила мишљења да овакав став Суда (можда) иде предалеко у томе што не дозвољава било

¹⁶⁸⁴ Пресуда у предмету бр. C-108/10 (*Ivana Scattolon v. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca*) од 6. септембра 2011. године (*European Court Reports* 2011, 542), параграф 76.

¹⁶⁸⁵ N. Smit, *Labour Law Implications of the Transfer of an Undertaking*, 245.

какве измене уговора о раду из разлога везаних за сам пренос предузећа, чак и ако је то повољније по запосленог. Другим речима, поставило се питање зашто запослени може ваљано одбити пренос уговора о раду или радног односа на послодавца следбеника, а не може пристати на промену услова рада према измењеном/новом уговору о раду?¹⁶⁸⁶ Супротно мишљење, пак, истиче да без обзира на то што би закон могао веровати (и констатовати) да обе стране уговора о раду имају једнака права и могућности да закључују и/или мењају уговоре о раду, запослени који слободно пристаје на измену уговора о раду неретко је мит.¹⁶⁸⁷ Тамо где постоји избор између потписивања анекса уговора о раду или губитка посла, јасно је да послодавац и запослени немају једнаку преговарачку моћ. У том смислу, „законске одредбе против неправедног отказа се могу лако изиграти ако се послодавцу да слобода да врши притисак на раднике да дају отказ уместо да га добију“.¹⁶⁸⁸ Према томе, верује се да је за добро запослених потребно увести забрану одрицања од права и услова рада који су постојали пре преноса. Јер, у супротном, уколико би се дозволиле измене уговора о раду које свеукупно гледано нису неповољније у односу на оне раније важеће (што је најновији став Суда правде), питање је како би се „одмериле“ упоредне позиције запосленог пре и после извршене промене послодавца. Осим тога, тиме се даје моћно средство у руке послодавца, којим се веома једноставно може ослободити непожељних запослених или вишка, под изговором потреба процеса и организације рада.¹⁶⁸⁹

Сходно наведеном, јасно је да се мора донети ни мало лака правнополитичка одлука о томе треба ли допустити измене уговора о раду у случају промене послодавца, те (ако треба) који аспекти радног односа би могли бити подложни променама. У сваком случају, неспорним се чини да запослени у најмању руку не би требало да буду у могућности да се одрекну заштите одредби које се односе на аутоматски пренос уговора о раду или радног односа. Заштита која се односи на континуитет запослења би требало да буде неповредива и подложна само праву појединог запосленог да уложи приговор на пренос његовог уговора о раду на послодавца следбеника. У погледу могућности измене уговора о раду, упркос најновијем фаворизовању флексибилног приступа према коме су дозвољене неке измене и одрицања, чак и ако су узроковане самом променом послодавца, ваља указати да би прихватање ове опције неретко

¹⁶⁸⁶ *Ibid.*, 242.

¹⁶⁸⁷ *Ibid.*, 243.

¹⁶⁸⁸ Слободанка Ковачевић Перић, „Анекс уговора о раду - измена уговорених услова рада“, *Право и праведна*, број 7-9/2015, 370.

¹⁶⁸⁹ *Ibid.*

захтевало вођење судског поступка путем којег би се осигурало да пристанак запослених на измењене услова рада буде слободан. Такође, њено прихватање би значило да суд или неки други форум мора да одлучује о питању да ли су измењени услови рада у целини мање повољни за запосленог или не, што, свакако, не би био лак задатак. Стога се чини да је једина друга одржива опција да се забране све измене уговора о раду ако су узроковане самом променом послодавца, било да су корисније или штетне по запосленог.

1.2.3. Важење „динамичке клаузуле“ у уговорима о раду

Обавеза очувања услова рада, поред напред наведених, отворила је још једно важно питање - питање примене такозване „динамичке клаузуле“ у уговорима о раду која је, у специфичном контексту националног радног законодавства, постојала у Великој Британији и Немачкој.¹⁶⁹⁰ Наиме, за разлику од земаља континенталне Европе, укључујући Немачку, у којима колективни уговори имају обавезно облигационо (*inter partes*) и нормативно (*erga omnes*) дејство, колективни уговори у Великој Британији добијају само ограничено правно дејство као подразумевани услов индивидуалног уговора о раду.¹⁶⁹¹ Дакле, колективни уговори у овој земљи (немају обавезно облигационо и нормативно дејство, већ) улазе у индивидуални уговор о раду као подразумевани елемент у одсуству супротног договора.¹⁶⁹² Притом, клаузуле којима се инкорпорирају колективни уговори у индивидуалне уговоре о раду могу бити статичке (инкорпорирају важећи колективни уговор) или динамичке (инкорпорирају будућу верзију колективног уговора).¹⁶⁹³

Питање примене динамичких клаузула у случају промене послодавца први пут се пред Судом правде појавило у случај *Martin*,¹⁶⁹⁴ а детаљније је обрађено у случају *Werhof*.¹⁶⁹⁵ Међутим, будући да је потоњи случај био немачки, без обзира на велик одјек који је створио у том правном поретку, није изазвао толико узбуђења као

¹⁶⁹⁰ E. Ales, *International and European Labour Law - a commentary*, 1005.

¹⁶⁹¹ У погледу дејства колективних уговора, Kahn-Freund је навео: „није велико претеривање рећи да је уговорна функција колективних уговора углавном у корист управе, а њена нормативна функција углавном у корист рада“. Otto Kahn-Freund, *Labor and the Law*, Stevens & Sons, London, 1977, 129.

¹⁶⁹² N. Smit, *Labour Law Implications of the Transfer of an Undertaking*, 8

¹⁶⁹³ E. Ales, *International and European Labour Law - a commentary*, 1005.

¹⁶⁹⁴ Пресуда у предмету бр. C-4/01 (*Serene Martin, Rohit Daby and Brian Willis v. South Bank University*) од 6. новембра 2003. године (*European Court Reports* 2003, 594).

¹⁶⁹⁵ Пресуда у предмету бр. C-499/04 (*Hans Werhof v. Freeway Traffic Systems GmbH & Co. KG.*) од 19. фебруара 2013. године (*European Court Reports* 2006, 168).

британски случај *Alemo-Herron*,¹⁶⁹⁶ у којем је питање примене динамичких клаузула коначно решено. То је, како наводи Ales, последица конкурентске предности коју му даје енглески као доминантни језик међународне књижевности.¹⁶⁹⁷ Било како било, Суд правде је у случају *Werhof* поставио темеље своје доктрине о ефектима колективног уговора и колективног преговарања при преносу предузећа. Разлог зашто се сматра да је пресудом у овом случају Суд правде одбио могућност примене динамичких клаузула налази се у посебности чињеничних и законодавних околности случаја. Наиме, господин *Werhof* је био немачки радник у металној индустрији чији је уговор о раду у време преноса садржавао статичку клаузулу која се односила на услове плаћања договорене у посебном колективном уговору који је био на снази у време преноса. Притом, Савезна Република Немачка је искористила могућност која је дата државама чланицама према другом подставу члана 3(3) Директиве 2001/23/ЕЗ и ограничила је период важења колективних уговора који су се примењивали у тренутку преноса на највише једну годину. У тим околностима, господин *Werhof* се позвао на члан 3(3) Директиве 2001/23/ЕЗ како би затражио „динамичку“ заштиту која би му омогућила да има користи од каснијег колективног уговора, након оног који је био на снази у тренутку преношења, чак иако његов уговор уопште није садржавао динамичку клаузулу. Суд правде је дао негативан одговор одбацујући идеју да Директива намеће такву заштиту ако уговор о раду који је био на снази у време преноса садржи клаузуле које се односе на одређени колективни уговор. Дакле, Суд није донео општу одлуку о томе да је инкомпатибилно са Директивом очувати ефекте динамичких клаузула које се односе на будуће колективне уговоре, већ је једноставно одбацио тумачење према којем би Директива захтевала од држава чланица да пруже динамичку заштиту чак и када уговор садржи статичку клаузулу, а тим пре што дотична држава чланица ограничава ефекте споразума који су постојали у тренутку преношења на период од једне године. Међутим, образлажући свој став, Суд правде је навео да „Директива није имала за циљ да заштити правна очекивања и, према томе, хипотетичке предности које проистичу из будућих промена колективних уговора [...] Осим тога, иако се у складу са циљем Директиве морају заштитити интереси запослених на које се пренос односи, интерес послодавца следбеника, који мора бити у позицији да изврши прилагођавања и

¹⁶⁹⁶ Пресуда у предмету бр. С-426/11 (*Mark Alemo-Herron and Others v. Parkwood Leisure Ltd*) од 9. марта 2006. године (*European Court Reports* 2013, 521).

¹⁶⁹⁷ E. Ales, „The Transfer of Undertaking Directive: A Puzzling Piece of Legislation“, 187.

промене неопходне за обављање својих послова, не може бити занемарен“.¹⁶⁹⁸ Наведена изјава је изазвала оштре критике и дубоко огорчење у правној литератури. Велики број правних писаца је протумачио ову изјаву као опасну по заштиту запослених, па и незакониту, будући да се њоме уводи даљи циљ Директиве који законодавац Заједнице није предвидео.¹⁶⁹⁹

У таквој перспективи, британски случај *Alemo-Herron* се може посматрати као даља разрада *Werhof*-е доктрине будући да је њиме Суд правде даље операционализовао и продубио своје раније (спорне) ставове. То, вероватно, и јесте један од разлога што је ова пресуда много више одјекнула у научној јавности и изазвала много оштрије критике бројних правних писаца. Према чињеничном стању у овом предмету, господин Alemo-Herron и његове колеге, били су запослени у лондонској општини Луишам (енгл. Lewisham). Одељење у којем су радили накнадно је „приватизовано“, а њихови уговори о раду пренесени на приватну компанију. Притом, уговори о раду које су закључили подносиоци представке садржали су одредбу у којој се наводи да ће њихови услови рада бити утврђени „у складу са колективним уговорима које с времена на време закључује Национално заједничко веће [...] допуњеним споразумима постигнутим на локалном нивоу преко општинских преговарачких одбора“.¹⁷⁰⁰ Стога су релевантни колективно уговорени услови, *prima facie*, били уграђени у уговор о раду, чинећи те услове примењивим на индивидуални радни однос. Послодавац следбеник, приватна компанија, није био укључен нити заступан у преговорима који су довели до договора о низу повећања зарада након што је дошло до преноса предузеће. Стога, када је одлучио да не поштује висину зарада утврђену преко Националног заједничког већа, подносиоци представке покренули су поступак пред британским судом ради признавања повећања зарада. Разлог зашто је Суд правде на крају био укључен у овај случај била је потреба тумачења Директиве 2001/23/ЕЗ: да ли релевантне одредбе члана 3 предметне Директиве треба тумачити као

¹⁶⁹⁸ Пресуда у предмету бр. С-499/04 (*Hans Werhof v. Freeway Traffic Systems GmbH & Co. KG.*) од 19. фебруара 2013. године (*European Court Reports* 2006, 168), параграф 29 и 31.

¹⁶⁹⁹ Jeremias Prassl, „Freedom of Contract as a General Principle of EU Law? Transfers of Undertakings and the Protection of Employer Rights in EU Labour Law“, *Industrial Law Journal*, vol. 42, број 4/2013, 434; N. Countouris, W. Njoja, *op. cit.*, 421. За разлику од већинског дела научне јавности који је упутио бројне критике на рачун ове пресуде, Ales сматра да ова пресуда не ревидира циљеве Директиве 2001/23/ЕЗ, већ да пре представља есеј Суда правде који има за циљ да се предметна Директива примењује у измењеном друштвено-економском окружењу. „Наведеним тумачењем Суда правде“, према мишљењу Ales-а, „Суд је само експлицитно концепирао став који је већ био присутан и у његовој ранијој судској пракси, када је употребио термин „могуће“ као услов под којим радни однос остаје непромењен са послодавцем следбеником“. E. Ales, „The Transfer of Undertaking Directive: A Puzzling Piece of Legislation“, 189.

¹⁷⁰⁰ Пресуда у предмету бр. С-426/11 (*Mark Alemo-Herron and Others v. Parkwood Leisure Ltd*) од 9. марта 2006. године (*European Court Reports* 2013, 521), параграф 10.

обавезу укључивања колективних уговора у уговор о раду у време када је послодавац следбеник преузео предузеће (тзв. „статички“ приступ) или, такође, и уговоре који су склопљени касније (тзв. „динамички“ приступ). Другим речима, да ли, у светлу пресуде Суда правде у случају *Werhof*, Директива 2001/23/ЕЗ захтева, дозвољава или забрањује примену динамичких клаузула које се односе на будуће колективне уговоре?

Према мишљењу критичког дела научне јавности, на нивоу текстуалног тумачења Директиве 2001/23/ЕЗ, питања која је поставио Врховни суд Велике Британије захтевала су једноставан одговор. Циљ Директиве 2001/23/ЕЗ био је „да обезбеди заштиту запослених у случају промене послодавца“¹⁷⁰¹ постављањем минималног нивоа заштите, док допушта „државама чланицама да примене или донесу законе или друге прописе који су повољнији за запослене“.¹⁷⁰² У том смислу, „динамичке клаузуле“ су недвосмислен пример такве повећане заштите запослених,¹⁷⁰³ те као такве морају бити дозвољене. Па ипак, Суд правде није био таквог става, већ је прогласио динамичку клаузулу неспојивом са Директивом 2001/23/ЕЗ, оправдавајући свој закључак помоћу два различита правца. Прво, у оквиру секундарног права Европске уније, Суд је реинтерпретирао *telos* Директиве тврдећи да је њен циљ „осигурати правичну равнотежу“ између конкурентских интереса. Наиме, Суд је утврдио је да су динамичке клаузуле (које се односе на колективне уговоре преговаране и договорене након датума преноса предметног предузећа) повољније за запослене, а Директива 2001/23/ЕЗ, према оцени Суда „нема за циљ само да заштити интересе запослених у случају преноса предузећа, већ настоји да обезбеди правичну равнотежу између интереса тих запослених, с једне стране, и интереса послодавца следбеника, с друге стране. Тачније, она јасно ставља до знања да послодавац следбеник мора бити у позицији да изврши прилагођавања и промене неопходне за наставак својих операција“.¹⁷⁰⁴ У том смислу, према оцени Суда, „динамичка клаузула која се односи на колективне уговоре договорене након дана преноса дотичног предузећа који имају за циљ да регулишу промене услова рада у јавном сектору може значајно ограничити маневарски простор који је потребан приватноправном послодавцу следбенику да направи таква прилагођавања и промене“.¹⁷⁰⁵ У таквој ситуацији, „таква клаузула може

¹⁷⁰¹ Директива 2001/23/ЕЗ, уводна изјава 2 преамбуле.

¹⁷⁰² Директива 2001/23/ЕЗ, члан 8.

¹⁷⁰³ Пресуда у предмету бр. С-426/11 (*Mark Alemo-Herron and Others v. Parkwood Leisure Ltd*) од 9. марта 2006. године (*European Court Reports* 2013, 521), параграф 24.

¹⁷⁰⁴ *Ibid.*, параграф 25.

¹⁷⁰⁵ *Ibid.*, параграф 28.

нарушити правичну равнотежу између интереса послодавца следбеника, с једне стране, и интереса запослених, с друге стране“.¹⁷⁰⁶

Друго, Суд је разматрао примарно законодавство и закључио да основна права Европске уније и слобода уговарања, такође, искључују динамичко тумачење. Према његовој оцени, устаљена судска пракса указује да се одредбе Директиве 2001/23/ЕЗ морају тумачити на начин који је у складу са чланом 16 Повеље о основним правима Европске уније који утврђује слободу пословања. У том смислу, „у светлу члана 3 Директиве 2001/23/ЕЗ, очигледно је да, због слободе вођења посла, послодавац следбеник мора бити у стању да ефикасно заступа своје интересе у уговорном поступку чији је члан и да преговара о аспектима који одређују промене услова рада својих запослених с обзиром на будуће економске активности“.¹⁷⁰⁷ Уколико он то није у могућности, „он не може ефикасно да заступа своје интересе у уговорном процесу, па је његова слобода уговарања смањена до те мере да такво ограничење може негативно утицати на саму суштину његове слободе пословања“.¹⁷⁰⁸ Стога се, према мишљењу Суда, члан 3 Директиве 2001/23/ЕЗ, заједно са чланом 8 те Директиве, „не може тумачити као право државама чланицама да предузму мере које, иако су повољније за запослене, могу негативно утицати на саму суштину слободе послодавца следбеника за обављање делатности“.¹⁷⁰⁹ Имајући у виду наведено, Суд је закључио, да члан 3 Директиве 2001/23/ЕЗ спречава државу чланицу да у случају преноса предузећа обезбеђује примену динамичких клаузула које се односе на будуће колективне уговоре.

Премда се наведено образложење и сама пресуда Суда правде може сматрати само једном у низу пресуда у којој је Суд разматрао могућност примене Директиве 2001/23/ЕЗ у контексту одређеног чињеничног стања (додуше са импликацијама на неколико стотина хиљада запослених), пажљивијим разматрањем њене садржине правни писци су утврдили да је њен утицај потенцијално много већи и далекосежнији, не само по британски систем колективних радних односа, већ и по европско радно право.¹⁷¹⁰ Са прве тачке гледишта, сматра се да је ова пресуда поткопала саму природу

¹⁷⁰⁶ *Ibid.*, параграф 29.

¹⁷⁰⁷ *Ibid.*, параграф 33.

¹⁷⁰⁸ *Ibid.*, параграф 34.

¹⁷⁰⁹ *Ibid.*, параграф 36.

¹⁷¹⁰ J. Prassl, „Freedom of Contract as a General Principle of EU Law? Transfers of Undertakings and the Protection of Employer Rights in EU Labour Law“, 434-446; Rebecca Zahn, „The Court of Justice of the European Union and Transfers of Undertakings. Implications for Collective Labour Rights“, *European Labour Law Journal*, vol. 6, број 1/2015, 72-85; John McMullen, „TUPE: Ringing the (Wrong) Changes. The Collective Redundancies and Transfer of Undertakings (Protection of Employment) (Amendment) Regulations 2014“, *Industrial Law Journal*, vol. 43, број 2/2014, 149-169; Marija Bartl, Candida Leone, „Minimum

британског колективног радног права у којем колективни уговори постају извршни њиховим укључивањем (било изричитим или имплицитним) у индивидуални уговор о раду. Као што је општи правобранилац Cruz Villalón у свом мишљењу препознао, такав приступ „даје странама велику слободу, чак и тамо где се слажу да буду везане будућим споразумима, јер [...] нема ништа што би их спречило да поново преговарају о клаузули у уговору која се односи на колективни уговор“.¹⁷¹¹ Захтевајући да послодавац следбеник може да учествује у раду Националног заједничког већа пре него што га обавезе колективни уговор, Суд правде није разумео инхерентно волунтаристичку и уговорну природу британског колективног радног права. Иако послодавац следбеник у овом случају можда није могао да учествује у одбору за колективно преговарање, он није био спречен да поново преговара о динамичкој клаузули са релевантним синдикатом, те је његова слобода уговорања остала очувана.¹⁷¹² Штавише, послодавац следбеник је слободан да одлучи да ли ће купити одређено предузеће. У тренутку куповине јасно је да ли су услови уговора о раду регулисани колективним уговором. Он је, стога, свестан потенцијалних обавеза које проистичу из преноса и има избор да ли ће се, упркос томе, определити за преузимање предузећа. „Тешко је видети“, пише Zahn, „на који начин се послодавцу следбенику крши слобода пословања ако се од њега тражи да се придржава колективних уговора - чак и оних о којима ће се преговарати у будућности - ако је свестан такве обавезе у време доношења одлуке о преузимању предузећа“.¹⁷¹³ Па ипак, као одговор на ову пресуду, британска влада је (2014. године) изменила Уредбу о преносу предузећа (заштити запослења) од 2006. године, појашњавајући да се „никаква права, овлашћења, дужности и одговорности у вези са било којом одредбом колективног уговора“ неће пренети послодавцу следбенику ако је колективни уговор закључен након дана преноса, а „послодавац следбеник није учесник у колективном преговарању у вези те одредбе“.¹⁷¹⁴ Осим тога, одредбе и услови рада који су ваљано укључени у колективне уговоре могу се мењати годину дана након преноса. Штавише, новим амандманом је

Harmonisation after *Alemo-Herron*: The Janus Face of EU Fundamental Rights Review“, *European Constitutional Law Review*, vol. 11, број 1/2015, 140-154.

¹⁷¹¹ Opinion of Advocate General Cruz Villalón delivered on 19 February 2013 (*European Court Reports* 2013, 82), параграф 36.

¹⁷¹² R. Zahn, *op. cit.*, 80.

¹⁷¹³ *Ibid.*

¹⁷¹⁴ The Collective Redundancies and Transfer of Undertakings (Protection of Employment) (Amendment) Regulations 2014 (No 16), правило 7. Наведена Уредба је ступила на снагу 31. јануара 2014. године и сада има и нови, измењени назив - Уредба о колективном отшустању и преносу предузећа (заштити запослења)(измена).

запосленима који су чланови синдиката украћено право да их синдикат ефикасно представља кроз колективно преговарање. Стога је одлука Суда правде у предмету *Alemo-Herron* имала непорецив учинак даљег сужавања обима колективних права запослених у Великој Британији. Имајући у виду да је Велика Британија у међувремену иступила из Европске уније, остаје да се види да ли ће британски радноправни систем наставити да следи логику Суда правде Европске уније или ће обновити важење старих принципа колективног радног права.

Поред наведеног, сматра се да ова пресуда Суда правде има важне последице и по европско радно право. Пре свега, оцењује се да она показује спремност Суда да ограничи маневарски простор државама чланицама ради заштите права запослених приликом имплементације Директиве 2001/23/ЕЗ. У наведеној пресуди, Суд правде јасно ставља до знања да државе чланице немају право „да предузимају мере које, иако су повољније за запослене, могу негативно утицати на саму суштину слободe пословања послодавца следбеника“.¹⁷¹⁵ Према његовој оцени, Директива 2001/23/ЕЗ нема за циљ само да заштити интересе запослених у случају преноса предузећа, већ настоји да обезбеди правичну равнотежу интереса запослених, с једне стране, и интереса послодавца следбеника, с друге стране.¹⁷¹⁶ Овакво тумачење Суда потенцијално је проблематично из два разлога: прво, није јасно да ли (би) Директива уопште (требала) има(ти) за циљ равнотежу интереса послодаваца и запослених. Друго, чак и да (треба да) има, тумачење Суда не доводи до успостављања правичне равнотеже конкурентских интереса. У том смислу, ваља нагласити да сама Директива 2001/23/ЕЗ ни у једној одредби не спомиње такву „правичну равнотежу“ интереса. Она, како је приметило више правних писаца, није заснована на унутрашњем балансу, већ је осмишљена као противтежа утицају либерализације тржишта.¹⁷¹⁷ Овакав приступ очигледно произилази из уводних изјава преамбуле Директиве 2001/23/ЕЗ у којима се наводи да „привредна кретања изазивају, на националном нивоу и на нивоу Заједнице, промене у структури предузећа [... па је, стога, - М. Д.] неопходно обезбедити заштиту запослених у случају промене послодавца, посебно ради осигурања заштите њихових права“.¹⁷¹⁸ Као што је лорд Норе приметио, „у уводним изјавама није поменута било каква потреба заштите послодаваца у случају промене послодавца у односу на права

¹⁷¹⁵ Пресуда у предмету бр. С-426/11 (*Mark Alemo-Herron and Others v. Parkwood Leisure Ltd*) од 9. марта 2006. године (*European Court Reports* 2013, 521), параграф 36.

¹⁷¹⁶ *Ibid.*, параграф 25.

¹⁷¹⁷ Robert Upex, Michael Ryley, *TUPE: Law and Practice*, Jordan Publishing Limited, Bristol, 2006, 4–5.

¹⁷¹⁸ Директива 2001/23/ЕЗ, уводне изјаве 2 и 3 преамбуле.

која је требало осигурати ради заштите запослених¹⁷¹⁹. Па ипак, као таква, Директива 2001/23/EЗ се у данашњем европском радном праву може окарактерисати као посебна законодавна мера: њено „једноставно усредсређивање на заштиту радника из седамдесетих година прошлог века не пристаје тренутном фокусу радног законодавства Европске уније на флексибилност тржишта рада¹⁷²⁰. У том смислу, може се уочити полако одступање од првобитног искучивог усмерења на заштиту запослених, како у законодавним изменама саме Директиве (из 1998. године),¹⁷²¹ тако и у њеном судском тумачењу.¹⁷²² Међутим, реинтерпретација циљева Директиве 2001/23/EЗ у случају *Alemo-Herron* не може се, по мишљењу великог дела научне јавности, оценити као наставак ових постепених промена, већ као радикални раскид са постојећим режимом. Прво, иако Суд ставља велики нагласак на своју одлуку у случају *Werhof*, он исту „прилагођава“ конкретном случају на фундаментално другачији начин. Конкретно, док у случају *Werhof* „тврди да се интереси послодавца следбеника не смеју занемарити“¹⁷²³, у случају *Alemo-Herron* оцењује да ти интереси морају бити позитивно заштићени: послодавац следбеник мора бити у позицији да изврши прилагођавања и промене неопходне да настави са својим операцијама.¹⁷²⁴ Последице разлике у тумачењу циљева Директиве 2001/23/EЗ су очигледне: док пресуда у случају *Werhof* не сугерише да је инкомпатибилно са предметном Директивом очувати ефекте динамичких клаузула које се односе на будуће колективне уговоре, у предмету *Alemo-Herron*, Суд закључује да се члан 3 Директиве 2001/23/EЗ мора тумачити тако да спречава државу чланицу да у случају преноса предузећа обезбеди примену динамичких клаузула. Друго, чак и ако би се Директива тумачила као правни акт усмерен на постизање равнотеже интереса послодавца и запослених, језик Суда је изненађујуће једностран. Ово је евидентно, примера ради, у наводној потреби да се осигура да послодавац следбеник може да изврши сва „прилагођавања и промене неопходне за наставак својих операција“.¹⁷²⁵ Поред тога, флексибилност послодавца се

¹⁷¹⁹ Наведено према: J. Prassl, „Freedom of Contract as a General Principle of EU Law? Transfers of Undertakings and the Protection of Employer Rights in EU Labour Law“, 439.

¹⁷²⁰ A. C. L. Davies, *EU Labour Law*, 234.

¹⁷²¹ Stephen Hardy, Richard Painter, „Revising the Acquired Rights Directive - Council Proposal to revise the Acquired Rights Directive (77/181/EEC) COM (94) 300 Final“, *Industrial Law Journal*, vol. 25, број 2/1996, 164.

¹⁷²² S. O’Leary, *op. cit.*, 286.

¹⁷²³ Пресуда у предмету бр. C-499/04 (*Hans Werhof v. Freeway Traffic Systems GmbH & Co. KG.*) од 19. фебруара 2013. године (*European Court Reports* 2006, 168), параграф 31.

¹⁷²⁴ Пресуда у предмету бр. C-426/11 (*Mark Alemo-Herron and Others v. Parkwood Leisure Ltd*) од 9. марта 2006. године (*European Court Reports* 2013, 521), параграф 25.

¹⁷²⁵ *Ibid.*

сматра посебном важном у контексту трансфера из јавног у приватни сектор, „с обзиром на неизбежне разлике у условима рада који постоје између та два сектора“.¹⁷²⁶ Наведено сугерише да што буде већи диспаритет у условима рада у било ком датом преносу предузећа, то ће запослени уживати мање заштите.¹⁷²⁷ Као што Hayes истиче, „сада је Суд правде спреман да Директиву постави као пуку полазну тачку из које се могу успоставити нове равнотеже и да права утврђена у Повељи користи као механизам за успостављање сопствене воље“.¹⁷²⁸ Окретањем Директиве са оне која поставља минималне стандарде за приближавање националних закона на ону која ограничава ниво заштите коју запослени могу очекивати у случајевима када постоји сукоб са економским правима, Суд правде сужава „право држава чланица да одреде своје националне режиме радних односа“¹⁷²⁹ и, понављајући то у својој судској пракси, прети „оствареном компромису за постизање социјалне интеграције“.¹⁷³⁰

Са шире перспективе европског комунитарног радног права, одлука је изазвала неколико додатних забринутости у погледу учешћа Европске уније у постављању и примени стандарда радног права. Наиме, неспорно је да европско радно законодавство не постоји у нормативном вакууму. Његов развој се увек ослањао на широк спектар правних извора са различитим „односима и циљевима“.¹⁷³¹ У том смислу радноправне норме се нужно ослањају на основна права као општа правна начела Европске уније у изградњи секундарног законодавства, што у претходној судској пракси није било контроверзно.¹⁷³² Међутим, пресуда Суда у случају *Alemo-Herron* представља значајно одступање од претходне праксе. То није због признавања слободе уговарања као правног начела Европске уније или примене Повеље као такве, већ због, како се наводи, агресивног тумачења до сада ретко примењиваног члана 16 Повеље о основним правима (посвећеног слободи пословања), и то са циљем оправдавања укидања права

¹⁷²⁶ *Ibid.*, параграф 27.

¹⁷²⁷ У том смислу, Bartl *et al.* лепо примећују да „уколико нису изричито забранили државама чланицама да новом (приватном) послодавцу наметну старе услове рада (у јавном сектору), онда писци Директиве нису разумели неизбежне разлике у деловању јавног у односу на приватни сектор, за које се чини да аутоматски захтевају погоршање положаја запослених“. Видети: M. Bartl, C. Leone, *op. cit.*, 146.

¹⁷²⁸ Lydia Hayes, „New holes in the floor of labour rights: *Alemo-Herron v Parkwood Leisure*“, 1 January 2014, <http://www.onlabourlaw.blogspot.co.uk/2014/01/new-holes-in-floor-of-labour-rights.html>, 15.04.2021. године.

¹⁷²⁹ Judy Fudge, „Constitutionalizing Labour Rights in Europe“, у: Tom Campbell, Keith Ewing, Adam Tompkins (eds), *The Legal Protection of Human Rights: Sceptical Essays*, Oxford University Press, Oxford, 2011, 264.

¹⁷³⁰ Florian Rödl, „The labour constitution of the European Union“, у: Raúl Letelier, Agustín José Menéndez (eds), *The Sinews of European Peace: Reconstituting the Democratic Legitimacy of the Socio-Economic Constitution of the European Union*, Arena Report No. 7/09, Oslo, 2009, 412.

¹⁷³¹ Antonio Lo Faro, *Regulating Social Europe*, Hart Publishing, Oxford, 2000, 17–19.

¹⁷³² J. Prassl, „Freedom of Contract as a General Principle of EU Law? Transfers of Undertakings and the Protection of Employer Rights in EU Labour Law“, 441.

запослених. Претходни покушаји да се тај члан Повеље користи у другим контекстима, посебно у области потрошачких права, имали су мало успеха. У случају *Ryanair*, примера ради, нискобуџетна авиокомпанија тврдила је да би њена отворена брига према Уредби о правима путника бр. 261/2004¹⁷³³ одузела превозницима „део плодова њиховог рада и њихових улагања“,¹⁷³⁴ те да је тиме прекршен члан 16 Повеље. У кратком одговору на тај аргумент, Суд је једноставно навео да слобода пословања није апсолутна и да се њен обим утврђује у складу са јасним ограничењима наведеним у члану 52(1) Повеље.¹⁷³⁵ С обзиром на важност заштите потрошача, уравнотежење интереса није постигнуто на штету потрошача. Одлука Суда правде у случају *Alemo-Herron*, међутим, раскида са овим приступом на два начина: прво, подизањем слободе уговарања на кључно место у члану 16 Повеље, и, друго, давањем истој до тада несвојствене тежине у поразу заштите запослених.

Стога, након пресуде у случају *Alemo-Herron*, у литератури се поставља питање шта остаје од минималне хармонизације. Ако Суд правде утврди своје право на преиспитивање поступака држава чланица које превазилазе минимална правила Европске уније, то неће само пореметити поделу власти између институција Европске уније и између Европске уније и њених држава чланица, већ ће, потенцијално, довести до снижавања социјалних стандарда у Европи.¹⁷³⁶ У чисто формалном смислу, проширење подручја примене Повеље Европске уније о основним правима на законодавне мере држава чланица које превазилазе минималну хармонизацију далеко је од очигледног или (како општи правобранилац сугерише) „природног“, будући да мере држава чланица које превазилазе минимална правила Европске уније не спадају недвосмислено у подручје Повеље. Осим тога, поставља се питање: у чију је корист све ово? Пре свега, национална правила која настоје да пруже већу заштиту запосленима од оне гарантоване Директивом 2001/23/ЕЗ највише ће оспоравати они који највише губе

¹⁷³³ Уредба (ЕЗ) бр. 261/2004 Европског Парламента и Савета од 11. фебруара 2004. о утврђивању општих правила одштете и помоћи путницима у случају ускраћеног укрцаја и отказивања или дужег кашњења лета у поласку те о стављању ван снаге Уредбе (ЕЕЗ) бр. 295/91 (Regulation (EC) No 261/2004 of the European Parliament and of the Council of 11 February 2004 establishing common rules on compensation and assistance to passengers in the event of denied boarding and of cancellation or long delay of flights, and repealing Regulation (EEC) No 295/91 (Text with EEA relevance) - Commission Statement (*Official Journal L* 46, 17.2.2004, 1–8)).

¹⁷³⁴ Пресуда у предмету бр. C-12/11 (*Denise McDonagh v. Ryanair Ltd*) од 31. јануара 2013. године (*European Court Reports* 2013, 43), параграф 59.

¹⁷³⁵ *Ibid.*, параграф 60.

¹⁷³⁶ М. Bartl, С. Leone, *op. cit.*, 153.

од веће заштите - тј. привредни субјекти који су главни агенти европске интеграције.¹⁷³⁷ Друго, спремност Суда да се меша може проистећи из његове интеграционистичке агенде,¹⁷³⁸ при чему се свака укинута национална мера може тумачити као ново, европски потпуно усклађено, правило. У том смислу, Bartl и Leone, постављају једно важно питање: „ако се минимална хармонизација обично односи на пружање веће заштите запосленима, потрошачима или животној средини, које ће бити последице прећутног преузимања овлашћења Суда да преиспитује ове политичке изборе - у светлу онога што изгледа да су у великој мери дискрециони политички стандарди?“¹⁷³⁹

1.3. Одговорност за потраживања запослених доспела пре промене послодавца

Правило о аутоматском преношењу права и обавеза из радног односа које постоје на дан преноса је најважнији сегмент заштите запослених у случају промене послодавца. Наведено правило подразумева да лица која су била у радном односу у тренутку промене послодавца имају према послодавцу следбенику иста уговорна права и обавезе која су имали према послодавцу претходнику. Овај вид правног следбеништва не зависи од воље односних субјеката, већ настаје непосредно на основу закона. Стога се од дана промене послодавца, послодавац следбеник, по сили закона, суброгира у сва права и обавезе (из радног односа) свог правног претходника и постаје одговоран за њихово извршење. Ова одговорност се односи првенствено на нове обавезе, односно обавезе настале након промене послодавца, као и на „обавезе које су настале након промене послодавца, али се односе на период запослења код послодавца претходника, као што је обавеза исплате тринаесте зараде“.¹⁷⁴⁰ Међутим, промена послодавца покреће још једно важно питање - одговорност за обавезе које су настале према запосленима пре промене послодавца, а које послодавац претходник није измирио. У том смислу, отвара се дилема ко је одговоран за доспеле обавезе запослених, шта је основ и која је врста одговорности.¹⁷⁴¹

¹⁷³⁷ Neil Fligstein, Alee Stone Sweet, „Constructing Politics and Markets: An Institutional Account of European Integration“, *American Journal of Sociology*, vol. 107, број 5/2002, 1206.

¹⁷³⁸ Antoine Vauchez, „Keeping the Dream Alive: The European Court of Justice and the Transnational Fabric of Integrationist Jurisprudence“, *European Political Science Review*, vol. 4, број 1/2012, 51; Eric Stein, „Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution“, *American Journal of International Law*, vol. 75, број 1/1981, 1.

¹⁷³⁹ M. Bartl, C. Leone, *op. cit.*, 154.

¹⁷⁴⁰ Lj. Kovačević, „Individual Rights of Employees in Transfers of Undertakings in Serbia“, 241.

¹⁷⁴¹ Марија Драгићевић, „Одговорност за доспела потраживања из радног односа у случају промене послодавца“, *Зборник радова „Национално и међународно право - актуелна питања и теме*, Т. 2, Правни

1.3.1. Правни режим одговорности у праву Европске уније

У разматрању питања одговорности за обавезе доспеле пре промене послодавца у праву Европске уније треба, свакако, кренути од члана 3(1), подстав 1 Директиве 2001/23/ЕЗ који предвиђа да „права и обавезе послодавца претходника која на дан преноса произилазе из постојећег уговора о раду или радног односа на темељу таквог преноса преносе се на послодавца следбеника“. У другом подставу истог члана стоји, међутим, да „државе чланице могу одредити да су од дана преноса послодавац претходник и послодавац следбеник солидарно одговорни у погледу обавеза које су настале пре дана преноса на темељу уговора о раду или радног односа који је постојао на дан преноса“. Анализа наведеног члана и, нарочито, однос између првог и другог подстава показују да пренос предузећа подразумева *ex lege* пренос права и обавеза из уговора о раду или радног односа са послодавца претходника на послодавца следбеника. Дакле, пренос свих права и обавеза наступа аутоматски, тј. принудно, и не може да се избегне. „Штавише, када универзална сукцесија наступи, она више не може да се опозове, откаже или врати у пређашње стање“¹⁷⁴², чак и када би то послодавац претходник и послодавац следбеник желели. Стога, даном преноса предузећа са послодавца претходника на послодавца следбеника преносе се сва права, обавезе и одговорности из радног односа, па и одговорност за потраживања која су настала пре промене послодавца, а која послодавац следбеник није измирио. Међутим, правило о аутоматском преносу подлеже праву држава чланица да обезбеде солидарну одговорност послодавца претходника и послодавца следбеника после дана преноса, и то само за обавезе које су настале пре дана преноса. Следи да, осим ако државе чланице не искористе ову могућност, послодавац претходник се након преноса ослобађа свих својих обавеза и одговорности које произилазе из уговора о раду или радног односа, укључујући и одговорност са потраживања која су настала пре промене, а која послодавац претходник није измирио.¹⁷⁴³ Овакво разумевање релеватних одредаба Директиве 2001/23/ЕЗ потврђује и Суд правде, који је у случају *Berg* јасно ставио до знања да је ефекат члана 3(1) ослобађање послодавца претходника свих његових обавеза које проистичу из уговора о раду од дана преноса предузећа. У наведеном случају, запослени су се успротивили преносу одређених уговорних потраживања које

факултет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2017, 335.

¹⁷⁴² М. Радовић, „Универзална сукцесија код статусних промена привредних друштава“, 130.

¹⁷⁴³ R. Blanpain, *European Labour Law*, 724.

је послодавац претходник имао према њима пре преноса уговора о раду, иако се нису противили преношењу самог уговора о раду. Према њиховом мишљењу, послодавац претходник не може бити ослобођен својих обавеза према уговору о раду ако запослени не пристану на то. Такав став, сматрају, следи из циља Директиве 2001/23/ЕЗ која настоји да обезбеди да се пренос предузећа не врши на терет њихових запослених, као и из начела облигационог права према коме нико не може преузети дуг трећег лица без сагласности повериоца. Ипак, Суд није прихватио наведене аргументе.¹⁷⁴⁴ По оцени Суда, запослени греше тврдећи да ослобађање послодавца претходника свих његових обавеза које проистичу из уговора о раду од датума преноса предузећа није у складу са циљем који се настоји остварити Директивом 2001/23/ЕЗ. Предметна Директива има за циљ да заштити права радника у случају промене послодавца омогућујући им да наставе да раде за послодавца следбеника под истим условима који су договорени са послодавцем претходником. Њена сврха, међутим, није да обезбеди да се уговор о раду или радни однос са послодавцем следбеником настави ако запослени то не желе.¹⁷⁴⁵ Поред тога, Суд сматра да се не може прихватити ни аргумент заснован на начелу облигационог права које је, како се тврди, општеприхваћено у правним системима држава чланица, а према коме се дуг може пренети само уз сагласност повериоца. Правила која се примењују у случају преноса предузећа на другог послодавца намењена су заштити, у интересу запослених, постојећих радних односа који су део пренесеног предузећа. Зато Директива предвиђа аутоматски пренос обавеза које проистичу из уговора о раду на послодавца следбеника, чиме се начело на које се запослени позивају ставља у други план. Штавише, давањем овлашћења државама чланицама да обезбеде солидарну одговорност послодавца претходника и послодавца следбеника после преноса, Директива 2001/23/ЕЗ им омогућава да ускладе правило аутоматског преноса са принципима њихових домаћих правних система.¹⁷⁴⁶ Сходно томе, члан 3(1) Директиве се мора тумачити тако да значи да се након дана преноса предузећа и само на основу преноса, послодавац претходник ослобађа свих обавеза које произилазе из уговора о раду или радног односа, чак и ако запослени у предузећу нису дали пристанак. Он свој укупни правни положај преноси, по основу самог закона, на послодавца следбеника и излази из постојећег радног односа. Наведено правило,

¹⁷⁴⁴ Пресуда у здруженим предметима бр. C-144/87 и 145/87 (*Harry Berg v. Ivo Martin Besselsen (Case 144/87) and Johannes Theodoras Maria Busschers v. Ivo Martin Besselsen (Case 145/87)* од 5. маја 1988. године (*European Court Reports* 1988, 236), параграф 8.

¹⁷⁴⁵ *Ibid.*, параграф 12.

¹⁷⁴⁶ *Ibid.*, параграф 13.

сходно одредбама Директиве 2001/23/ЕЗ, не зависи од врсте преноса предузећа, односно чињенице да ли је пренос извршен као последица правног преноса или статусне промене, нити од врсте статусне промене. Једноставно, уколико дође до промене лица које је одговорно за вођење предузећа, било као последица правног преноса или статусне промене, аутоматски, на основу самог закона, долази до преноса свих права и обавеза из уговора о раду или радног односа на послодавца следбеника. Међутим, аутоматски пренос радних односа не спречава државе чланице да предвиде солидарну одговорност послодавца претходника и послодавца следбеника за обавезе из уговора о раду које су настале пре дана преноса.¹⁷⁴⁷ Установљавањем солидарне одговорности послодавца претходника и следбеника запосленима се повећавају изгледи за намирење њихових доспелих потраживања и пружа потпуна заштита њихових интереса. Солидарна одговорност је одговорност првог реда, па су послодавац претходник и послодавац следбеник у једнаком положају према запосленима за потраживања која су настала пре промене послодавца. На овај начин се отклањају све могуће правне недоумице у вези одговорности послодавца претходника за обавезе настале до дана промене послодавца, а нови послодавац стиче право регреса према послодавцу претходнику за све обавезе које је намирио, а које, према њиховом претходном споразуму није преузео. Међутим, ваља указати да ће се правило о солидарној одговорности активирати само ако након промене послодавца, послодавац претходник настави да постоји као правни субјект. Осим тога, правило о аутоматском преносу права и обавеза и солидарној одговорности односи се само на потраживања лица која су била запослена код послодавца претходника у тренутку промене послодавца, а не и на потраживања лица којима је престао радни однос пре тога.¹⁷⁴⁸ Такође, Директива не пружа заштиту запосленима који су радили код послодавца претходника на дан преноса предузећа, али која, својом одлуком, не настављају рад код послодавца следбеника.¹⁷⁴⁹

1.3.2. Правни режим одговорности у праву држава чланица Европске уније

Полазећи од напред наведених одредби Директиве 2001/23/ЕЗ и извесне слободе која је остављена државама чланицама Европске уније у погледу начина уређења

¹⁷⁴⁷ Директива 2001/23/ЕЗ, члан 3(1).

¹⁷⁴⁸ Пресуда у предмету C-19/83 (*Knud Wendelboe and others v. L.J.Musio A/S, in liquidation*) од 7. фебруара 1985. године (European Court Reports 1985, 457).

¹⁷⁴⁹ R. Blanpain, *European Labour Law*, 721.

одговорности за потраживања доспела пре дана промене послодавца, не изненађује што је у упоредноправним системима ово питање регулисано на различите начине. Тако, примера ради, радно законодавство Чешке, Данске, Ирске, Кипра, Летоније, Литваније, Малте и Словачке прописује искључиву одговорност послодавца следбеника за уговорне обавезе које су настале пре одређене статусне промене,¹⁷⁵⁰ док законодавство Грчке, Италије, Луксембурга, Мађарске, Аустрије и Финске утврђује правило о солидарној одговорности послодавца претходника и послодавца следбеника, и то без икаквих ограничења.¹⁷⁵¹ Из угла запослених, неограничена солидарна одговорност је, свакако, најбоље решење, будући да је ризик инсолвентности дужника сведен на минимум, а положај повериоца сигурнији у смислу већих изгледа за намирење потраживања.¹⁷⁵² Међутим, постоје државе које предвиђају правило о солидарној одговорности, али искључују његову примену у одређеним случајевима, примера ради, у случајевима стечајног поступка (Француска, Шведска) или одсуства директне уговорне везе између послодавца претходника и послодавца следбеника (Француска).¹⁷⁵³ Најзад, постоји група земаља које усвајају правило о солидарној одговорности, али ограничавају његову примену, предметно или временски, у настојању да постигну одређену равнотежу између заштите запослених (као поверилаца) и слободе пословања послодаваца (као дужника).¹⁷⁵⁴ Тако, примера ради, у Пољској правило о солидарној одговорности важи само за пренос дела предузећа; у Словенији у погледу ненамирених потраживања у вези са престанком радног односа; у Белгији се односи само на потраживања која произилазе из допунског пензијског осигурања, док је у Великој Британији ограничено само на накнаду штете због повреде обавезе консултовања и обавештавања запослених. С друге стране, одређене земље увеле су временско ограничење за примену правила о солидарној одговорности на период од највише једне године (Естонија, Немачка, Португалија, Холандија) или три

¹⁷⁵⁰ Заправо, кипарско законодавство дозвољава послодавцу претходнику и послодавцу следбенику да се договоре о солидарној одговорности. С друге стране, могућност солидарне одговорности није изричито усвојена у литванском Закону о раду. Међутим, члан 6.279 литванског Грађанског законика прописује правила солидарне одговорности према којима су лица солидарно одговорна према оштећеном за њихову заједнички нанесену штету. Овај члан Грађанског законика може се применити на радне односе, па је могућност солидарне одговорности присутна и у литванском праву. M. Sargeant, *Implementation Report Directive 2001/23/EC on the approximation of laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event, of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses*, 35-36.

¹⁷⁵¹ *Ibid.*, 30-44.

¹⁷⁵² Lj. Kovačević, „Individual Rights of Employees in Transfers of Undertakings in Serbia“, 242.

¹⁷⁵³ M. Sargeant, *Implementation Report Directive 2001/23/EC on the approximation of laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event, of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses*, 33.

¹⁷⁵⁴ Lj. Kovačević, „Individual Rights of Employees in Transfers of Undertakings in Serbia“, 242.

године (Шпанија) од дана промене послодавца, тако да је након овог рока на снази правило о искључивој одговорности послодавца следбеника.¹⁷⁵⁵ Дакле, упркос наведеним разликама може се уочити да су државе чланице по овом питању хармонизовале своје законодавство са стандардима Европске уније, те да су уређењу питања одговорности приступиле на, суштински, два различита начина: 1) мањи број држава чланица прописује искључиву одговорност послодавца следбеника за све обавезе, па и оне које су доспеле пре промене послодавца; 2) док већина европских држава уводи правило о солидарној одговорности послодавца претходника и послодавца следбеника за потраживања настала пре промене послодавца, при чему неке државе ово правило искључују у одређеним случајевима или ограничавају његову примену, предметно или временски. У сваком случају, за потраживања која нису обухваћена правилом о солидарној одговорности, важи правило о искључивој одговорности послодавца следбеника.

1.3.3. Правни режим одговорности у домаћем праву

Закон о раду Републике Србије не уређује експлицитно питање одговорности за потраживања запослених која су доспела пре промене послодавца, односно њиме није, као у већини европских земаља, уведено правило о солидарној одговорности послодавца претходника и послодавца следбеника. Међутим, Закон о привредним друштвима, одредбама члана 505, став 1, предвиђа да даном регистрације статусне промене наступају правне последице, те, поред осталог, „друштво стицалац *постаје солидарно одговорно* са друштвом преносиоцем за његове обавезе које нису пренете на *друштво стицаоца*, али само до износа разлике вредности имовине друштва преносиоца која му је пренета и обавеза друштва преносиоца које је преузео, осим ако је са одређеним повериоцем другачије уговорено“. Имајући у виду овакву законску регулативу као почетно полазиште, домаћа судска пракса се поделила по питању разумевања одговорности за доспела потраживања запослених која су настала пре промене послодавца. Проблем неуједначене судске праксе се уочава, пре свега, у различитом поступању апелационих судова у предметима запослених на железници против туженог „Железнице Србије“ а.д. Београд, ради исплата увећаних зарада по основу сменског рада, након извршене статусне промене овог привредног субјекта на

¹⁷⁵⁵ *Ibid.*, 30-44.

основу члана 489 Закона о привредним друштвима (издвајањем уз оснивање).¹⁷⁵⁶ Запослени су подносили тужбе ради исплате разлике зараде по основу рада у сменама. Међутим, након подношења тужбе дошло је до статусне промене првобитно туженог „Железнице Србије“ а.д. Београд издвајањем уз оснивање нових привредних друштава, па су тужиоци уређивали тужбени захтев тако што су поред туженог „Железнице Србије“ а.д. Београд као туженог означавали и „Србија воз“ а.д. Београд, „Србија Карго“ а.д. Београд и „Инфраструктура железнице Србије“ а.д. Београд, као друштва стицаоце.¹⁷⁵⁷ У погледу основаности тужбеног захтева, након заузетог става Врховног касационог суда у погледу сменског рада, апелациони судови су имали јединствен став. Међутим, њихови ставови су се мимоилазили у погледу оцене да ли је за проширење тужбе на новог туженог-као солидарног дужника уз првобитно туженог потребна сагласност истог туженог или се ради о уређењу тужбе (исправци) за коју није потребна сагласност туженог, као и поводом тумачења члана 505, став 2 Закона о привредним друштвима и његовог односа са чланом 147 Закона о раду, односно питања одговорности за потраживања која су доспела пре извршене статусне промене.¹⁷⁵⁸ У том смислу, према оценама Апелационог суда у Нишу неспорно је да је предметно новчано потраживање настало у периоду пре статусних промена код послодавца. Међутим, „како тужени на којима је терет доказивања чињенице да су као друштво стицалац и друштво преносилац, регулисали своја међусобна права и обавезе и то уговором о статусној промени или планом поделе, нису доставили доказе, те како тужени „Железнице Србије“ а.д. Београд и даље постоји као привредни субјект, Апелациони суд налази да је правилно првостепени суд ценио пасивну легитимацију туженог „Железнице Србије“ а.д. Београд, налазећи да је солидарно, са новооснованим правним субјектом, у обавези да тужиоцу исплати тражено новчано потраживање“.¹⁷⁵⁹ Уз то, Апелациони суд у Нишу је оценио да „уколико су постојала ограничења у правима, обавезама и одговорностима запослених према послодавцу претходнику, односно послодавцу следбенику, послодавац је требало да о насталим променама

¹⁷⁵⁶ Боривоје Гајић, „Солидарна одговорност и статусна промена привредног друштва“, *Билтен Врховног касационог суда*, број 3/2016, 153.

¹⁷⁵⁷ *Ibid.*, 154-155.

¹⁷⁵⁸ *Ibid.*, 156, 161.

¹⁷⁵⁹ Пресуда Апелационог суда у Нишу Гж1. 200/17 од 20. 01. 2017. године. Слично и: Пресуда Апелационог суда у Нишу 8Гж1. 1231/16 од 11. 05. 2016. године; Пресуда Апелационог суда у Нишу Гж1. 2696/16 од 20. 12. 2016. године; Пресуда Апелационог суда у Нишу 18Гж1. 3623/16 од 09. 12. 2016. године; Пресуда Апелационог суда у Нишу 19Гж1. 2988/16 од 25. 11. 2016. године; Пресуда Апелационог суда у Нишу 19Гж1. 2922/16 од 18. 11. 2016. године; Пресуда Апелационог суда у Нишу Гж1. 3430/16 од 16. 12. 2016. године.

запослене обавести, а затим и уговори анексима уговора о раду на јасан и прецизан начин исплату конкретних новчаних потраживања, што је све изостало, а што је пропуст послодавца, а не запосленог“.¹⁷⁶⁰

С друге стране, Апелациони суд у Новом Саду, је поводом истог питања изнео (супротан) став да „статусна промена туженог „Железнице Србије“ а.д. Београд [...] нема значаја за његову обавезу исплате увећаних зарада тужиоцу јер се ради о обавезама које [...] се односе на период рада тужиоца код туженог „Железнице Србије“ а.д. Београд, који није брисан из судског регистра. Сама подела овог привредног субјекта настала издвајањем неких његових делова, без доказа о преносу имовине и постојању деобног биланса, нема значаја за ослобођење овог туженог од доспелих обавеза према запосленим које су настале до извршене статусне промене. Тужени „Железнице Србије“ а.д. Београд током поступка није понудио доказ да је дошло до преузимања његовог дуга према тужиоцу као повериоцу, да постоји пристанак тужиоца за исту промену у смислу члана 446, став 1 Закона о облигационим односима и да се тиме променом дужника, обавеза овог туженог угасила и тужени као дужник ослободио своје обавезе према тужиоцу као повериоцу у смислу члана 448, став 1 истог закона. Тужени „Железнице Србије“ а.д. Београд као послодавац тужиоца у спорном периоду је у обавези да му исплати неисплаћену увећану зараду по основу сменског рада“.¹⁷⁶¹

Врховни касациони суд Србије се у својим пресудама приклонио ставу Апелационог суда у Нишу, оцењујући да је другостепени суд правилном применом релеватних законских одредаба преиначио првостепену пресуду обавезивањем послодавца следбеника да солидарно са послодавцем претходником накнади запосленима износе на име неисплаћене месечне зараде по основу сменског рада.¹⁷⁶² Одлука другостепеног суда је, по оцени Врховног суда, „заснована на правилном схватању да запослени нису закључили нови уговор са послодавцем следбеником, већ анекс уговора о раду према коме су наставили радни однос са послодавцем следбеником који је преузео не само права већ и обавезе послодавца претходника настале из закљученог уговора о раду и радног односа. Послодавац следбеник није истицао чињенице, нити доставио доказе да је на другачији начин, уз обавештавање тужилаца као запослених, са правним претходником регулисао индивидуална права и стечена права запослених. То је била његова процесна дужност и ризик за исход

¹⁷⁶⁰ *Ibid.*

¹⁷⁶¹ Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж1. 2372/16, извор: Б. Гајић, *op. cit.*, 160-161.

¹⁷⁶² Пресуда Врховног касационог суда, Рев2 2419/2018(1) од 29. 5. 2019. године, извор: *Paragraf Lex*.

парнице пошто терет доказивања чињенице испуњења обавезе или чињенице услед које је обавеза престала, у смислу члана 231, став 3 Закона о парничном поступку, сноси дужник, а не поверилац¹⁷⁶³.

Међутим, оцењујући наводе о повреди права на правично суђење из члана 32, став 1 Устава, Уставни суд је оценио „да је, *prima facie*, уставноправно неприхватљиво становиште Врховног касационог суда да је закључењем анекса уговора о раду подносилац уставне жалбе аутоматски према тужиоцу преузео и све обавезе првотуженог по основу радног односа које су настале пре извршене статусне промене, укључујући и неисплаћену увећану зараду по основу сменског рада, с обзиром на то да закључење анекса представља реализацију законске обавезе подносиоца уставне жалбе да тужиоца задржи у радном односу, без промене његовог радноправног статуса“.¹⁷⁶⁴ Полазећи од чињенице да план статусне промене није садржао опис преузетих обавеза, као и начин на који ће се њихов пренос и реализација извршити, али да је предвиђао закључење посебног уговора (протокола) о опису преузетих обавеза и начину њиховог преноса и реализације, као и чињенице да је исти закључен 24. јуна 2016. године између првотуженог и новооснованих привредних друштава, те да су истим у почетни биланс првотуженог (после издвајања) пренета „резервисања“ за судске спорове, Уставни суд је нашао да је оцена правне природе (карактера) протокола била од суштинске важности за исход предметног поступка.¹⁷⁶⁵

Приликом оцене цитираних навода домаће судске праксе и, уопште, анализе питања одговорности за потраживања запослених настала пре промене послодавца у домаћем праву, треба кренути, још једном, од одредби Закона о раду којима су регулисана „права запослених код промене послодавца“. Као што је напред поменуто, Закон о раду Србије не уређује експлицитно питање одговорности за потраживања запослених доспела пре промене послодавца. Међутим, домаћи закон је по узору на стандарде садржане у Директиви 2001/23/ЕЗ прихватио правило о *ex lege* преносу уговора о раду са послодавца претходника на послодавца следбеника, као први, најзначајнији стуб заштите запослених у случају промене послодавца. Подсетимо, према слову Закона о раду „у случају статусне промене, односно промене послодавца, у складу са законом, послодавац следбеник преузима од послодавца претходника општи

¹⁷⁶³ *Ibid.*

¹⁷⁶⁴ Одлука Уставног суда, Уж број 10900/2017 од 24. 12. 2018. године, извор: *Paragraf Lex*.

¹⁷⁶⁵ *Ibid.*

акт и све уговоре о раду који важе на дан промене послодавца¹⁷⁶⁶. Овај вид универзалне сукцесије не зависи од воље односних субјеката, већ претпоставља одређену интервенцију државе: сукцесија у области рада настаје непосредно на основу закона (*ope legis*).¹⁷⁶⁷ То значи да по основу самог закона долази до промене једне уговорне стране уговора о раду - послодавца, а запослени постају силом закона повериоци лица које се супституише послодавцу. Јасно је да то треће лице - послодавац следбеник не преузима сам уговор о раду у смислу одређене правне чињенице, већ правни положај (уговорни статус) послодавца претходника, односно скуп свих права, обавеза и одговорности које произилазе из индивидуалних уговора о раду, општих аката и закона у области рада и социјалног осигурања. С друге стране, послодавац претходник се од дана извршене промене ослобађа свих обавеза које произилазе из радног односа, па и оних које су доспеле пре саме промене, а које послодавац претходник није измирио. Једина могућност одступања од правила о искључивој одговорности послодавца следбеника јесте, сходно одредбама Директиве 2001/23/ЕЗ, увођење правила о солидарној одговорности послодавца претходника и послодавца следбеника, и то за обавезе које су настале пре дана преноса на темељу уговора о раду или радног односа који је постојао на дан преноса. Будући да Закон о раду Србије није установио наведено правило о солидарној одговорности, може се закључити да је у нашем праву послодавац следбеник искључиво одговоран за све обавезе из радног односа, па и оне које су доспеле пре извршене промене послодавца. Наведено, чини се, није спорно када су у питању статусне промене у којима послодавац претходник престаје да постоји без ликвидације (спајање, припајање и подела), у ком случају обавезе послодавца претходника морају, силом закона, прећи на послодавца следбеника. У том смислу, Закон о привредним друштвима предвиђа да ако статусна промена резултира ликвидацијом друштва преносиоца, његове обавезе се преносе на друштво стицаоца у складу са уговором о статусној промени или планом поделе, а друштво стицалац постаје нови дужник у погледу ових обавеза. У случају да постоји више друштава стицалаца, свако од њих ће имати *супсидијарну* одговорност за обавезе које су у складу са уговором о статусној промени, односно планом поделе прешле на остала друштва стицаоце до износа разлике вредности имовине друштва преносиоца која му је пренета и обавеза друштва преносиоца које је преузео, осим ако је са

¹⁷⁶⁶ Закон о раду (2005), члан 147.

¹⁷⁶⁷ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, 484.

одређеним повериоцем другачије уговорено.¹⁷⁶⁸ За обавезе друштва преносиоца престалог поделом које уговором о статусној промени, односно планом поделе нису распоређене ниједном друштву стицаоцу, нити се тумачењем тог уговора, односно плана може одредити којем друштву стицаоцу се имају расподелити, *солидарно одговара свако друштво стицалац* до износа разлике између вредности имовине која је на то друштво пренета и обавеза које је то друштво преузело.¹⁷⁶⁹

Међутим, у судској пракси су се појавиле одређене дилеме у погледу статусне промене раздвајања, будући да се код ове промене издваја део имовине и обавеза, при чему послодавац претходник и даље постоји, услед чега се појављује могућност установљавања одговорности различитих субјеката, тј. послодавца претходника и/или послодавца следбеника. У вези наведене статусне промене, ваља напоменути да је упркос одређеним специфичностима, у теорији и упоредном законодавству, па и код нас, прихваћено да та парцијална имовина са обавезама и овде прелази на друштво стицаоца путем универзалне сукцесије, а не према правилима о сингуларној сукцесији.¹⁷⁷⁰ Кључна особеност ове врсте универзалне сукцесије (која се у теорији назива „парцијална (делимична)“ универзална сукцесија) огледа се у томе што у великој мери зависи од воље друштава која учествују у сукцесији будући да друштва планом поделе утврђују који ће део имовине и обавеза као целина бити пренет на одређено друштво.¹⁷⁷¹ Тако, у складу са домаћим Законом о привредним друштвима, друштво преносилац може, путем уговора о статусној промени или плана поделе, пренети све или неке своје обавезе. За обавезе друштва преносиоца које нису пренесене на друштво стицаоца уговором о статусној промени или планом поделе - друштво стицалац постаје солидарно одговорно са друштвом преносиоцем, али само до износа разлике вредности имовине друштва преносиоца која му је пренета и обавеза друштва преносиоца које је преузео, осим ако је са одређеним повериоцем другачије уговорено.¹⁷⁷² То значи да Закон о привредним друштвима установљава правило о ограниченој солидарној одговорности друштва преносиоца и друштва стицаоца, *и то за обавезе друштва преносиоца које нису пренесене на друштво стицаоца*. Дакле, да би се утврдила солидарна одговорност друштва преносиоца и друштва стицаоца, потребно је најпре утврдити како су уговором о статусној промени или планом поделе регулисане

¹⁷⁶⁸ Закон о привредним друштвима, члан 505, став 3, тачка 3.

¹⁷⁶⁹ *Ibid.*, члан 506, став 2.

¹⁷⁷⁰ М. Радовић, „Универзална сукцесија код статусних промена привредних друштава“, 126.

¹⁷⁷¹ *Ibid.*, 127.

¹⁷⁷² Закон о привредним друштвима, члан 505, став 1, тачка 3.

обавезе, односно које су обавезе пренесене на послодавца следбеника, а које нису, будући да од наведеног зависи врста одговорности. Наиме, за обавезе које су пренесене на друштво стицаоца постоји искључива одговорност друштва стицаоца, док у погледу обавеза друштва преносиоца које нису пренесене на друштво стицаоца постоји солидарна одговорност друштва стицаоца и друштва преносиоца. У том смислу, може се закључити да ни у једној варијанти не постоји могућност утврђивања искључиве одговорности друштва преносиоца, што је посебно важно у контексту одговорности за обавезе из радног односа. Наиме, тумачење према којем је за потраживања из радног односа искључиво одговоран послодавац претходник из разлога што је предметно потраживање настало пре промене послодавца или што су учествујуће стране тако хтеле (уговориле), противно је одредби члана 147 Закона о раду, али и одредби члана 3(1) Директиве 2001/23/ЕЗ, којима је установљено правило о аутоматском преносу свих права и обавеза које на дан промене произилазе из постојећег уговора о раду са послодавца претходника на послодавца следбеника. Ово посебно из разлога што Закон о раду не установљава изузетке од правила о *ex lege* преносу уговора, ни у погледу одређене врсте потраживања (примера ради из допунског пензијског осигурања), ни у погледу правног разлога (случаја) промене послодавца. Из тих разлога, уколико дође до статусне промене (без обзира на врсту) или до неког другог случаја промене послодавца у складу са законом - а запослени се сагласи да његов уговор о раду буде пренесен - по сили закона се преносе и сва права и обавезе из уговора о раду на послодавца следбеника, док послодавац претходник бива ослобођен свих одговорности по основу саме промене. Међутим, када је реч о статусној промени у којој послодавац претходник наставља да постоји, Закон о привредним друштвима предвиђа могућност да послодавац претходник и послодавац следбеник, путем уговора о статусној промени или плана поделе, регулишу пренос имовине и обавеза на другачији начин, односно да се одређене доспеле обавезе из радног односа послодавца претходника не пренесу на послодавца следбеника. Дакле, да ли је одређена обавеза (која је настала пре промене) у оквиру ове статусне промене остала на страни послодавца претходника или је пренета на послодавца следбеника, утврђује се на основу статусног документа - уговора о статусној промени или плана подела. Наведено разграничење је потребно како би се утврдила одговорност за обавезе из радног односа: уколико је одређена обавеза послодавца претходника пренесена на послодавца следбеника, он постаје искључиво одговоран за њено намирење, а, уколико обавеза није пренесена на послодавца следбеника, послодавац следбеник постаје солидарно одговоран са послодавцем

претходником за њено испуњење, и то само износа који је законом одређен. У сваком случају, послодавац претходник и послодавац следбеник треба прецизно да уреде питање међусобних права и обавеза, и то уговором о статусној промени или планом поделе, а не другим уговорима или протоколима закљученим знатно након извршене статусне промене (као што је био случај у напред наведеном примеру). Поред тога, они су дужни да о садржини статусног документа и начину регулисања обавеза из радног односа обавесте запослене чији су уговори о раду пренесени, и то на јасан и транспарентан начин, како би исти у тренутку промене послодавца били информисани о дужницима својих обавеза, те у случају спора могли правилно означити пасивно легитимисану страну. Притом, чини се неспорним да могућност међусобног споразумевања послодавца претходника и послодавца следбеника важи само у погледу обавеза које су настале пре дана промене на основу уговора о раду који је постојао на дан промене, док у погледу обавеза насталих након промене важи искључива одговорност послодавца следбеника.

Међутим, без обзира на напред наведено, чињеница је да је однос одредбе Закона о раду о *ex lege* преносу уговора о раду (и свих права и обавеза из радног односа) и одредбе Закона о привредним друштвима којима се регулишу правне последице статусне промене раздвајања, ствара бројне правне недоумице и практичне проблеме. Домаћи судови су поводом наведеног питања заузимали прилично опречне ставове, што је резултирало различитим судским одлукама поводом битно сличног чињеничног стања, услед чега су запослени доведени у битно различит правни положај. Ако се има у виду да су Законом о привредним друштвима, као матичним законом у наведеној области, регулисане само статусне промене привредних друштава и да се правило о солидарној одговорности осталих правних лица морају тражити у другим посебним законима, постаје јасно да су размере ове проблематике много веће. Томе треба додати и чињеницу да појам промене послодавца шири од појма статусне промене будући да обухвата и случајевима промене послодавца који су резултат правног (уговорног) преноса предузећа, па се за правилом о солидарној одговорности у овој ситуацији мора трагати у општим правилима уговорног права. С обзиром на све то, неопходно је да српски законодавац размотри и „одмери“ све предности и недостатке правила о искључивој и (неограниченој и ограниченој) солидарној одговорности за потраживања запослених која су доспела пре промене послодавца и, у име начела правне сигурности, уреди ово питање у оквиру Закона о раду.

1.4. Право на заштиту од отказа уговора о раду из разлога везаних за промену послодавца

Кроз историју радног права отказ уговора о раду представљао је најјачи инструмент у рукама имаоца средстава за производњу, путем кога је он могао да се, без икаквих последица, ослободи „друге уговорне стране“.¹⁷⁷³ Концепција отказа базирана на неограниченој аутономији воље одговара ери либералног капитализма, односно тенденцијама (присутним и данас) које имају за циљ да се радни однос ослободи сваке принуде и ограничења и да се у основи препусти слободи воље послодавца и запосленог.¹⁷⁷⁴ Међутим, имајући у виду природу радног односа, као и озбиљност последица које престанак производи за његове субјекте, нарочито запосленог, али и за читаво друштво и државу, савремени законодавци утврђују разлоге за које правни систем везује ваљаност отказивања уговора о раду.¹⁷⁷⁵ Отпуштање запослених је, стога, допуштено само у случајевима у којима постоје оправдани разлози за отказ уговора о раду, при чему је утврђивање (не)оправданости појединих отказних разлога врло деликатно и нимало лако питање.¹⁷⁷⁶ Ово посебно важи за ситуације у којима долази до промене послодавца будући да је истима својствен изражен сукоб (економског) права послодавца да врши реорганизацију предузећа и (социјалног) права запосленог на сигурност запослења. Како нови власници предузећа (послодавци следбеници) не желе нужно преузимање целокупне радне снаге послодавца претходника, те како послодавци претходници настоје да њихово предузеће буде што атрактивније за потенцијалног купца - новог послодавца, „преноси предузећа су, у већини случајева, праћени отпуштањем запослених“.¹⁷⁷⁷ Европски законодавац није остао имун на ту чињеницу, те је, поред *ex lege* преноса уговора о раду са послодавца претходника на послодавца следбеника, као *други стуб заштите запослења* увео забрану отказа уговора о раду из разлога везаних за сам пренос предузећа. Таква забрана била је идеолошки неопходна (и стога је сасвим разумљива) јер би, у супротном, послодавац претходник и послодавац следбеник могли да избегну своје обавезе које произилазе из преноса предузећа, те би правило о *ex lege* преносу уговора о раду било потпуно обесмишљено. Сходно томе, Директива 2001/23/ЕЗ у члану 4(1) предвиђа да „пренос предузећа,

¹⁷⁷³ Слободанка Ковачевић-Перић, „Отказ од стране послодавца“, *Право и привреда*, број 4-6/2016, 642.

¹⁷⁷⁴ Горан Обрадовић, Слободанка Ковачевић-Перић, *Дисциплинска одговорност запослених*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2016, 98.

¹⁷⁷⁵ Љ. Ковачевић, Ваљани разлози за отказ уговора о раду“, 572.

¹⁷⁷⁶ *Ibid.*, 144.

¹⁷⁷⁷ S. Laulom, „The European Court of Justice in the Dialogue on Transfers of Undertakings: A Fallible Interlocutor?“, 174.

пословања или дела предузећа или пословања сам по себи не даје послодавцу претходнику или послодавцу следбенику основ за отпуштање са раднога места“. Ова забрана обавезује и послодавца претходника (у погледу отпуштања пре датума преноса) и послодавца следбеника (у погледу отпуштања након датума преноса предузећа). То значи да ако би запослени био отпуштен због чињенице да је предузеће пренесено, односно да је наступила промена послодавца, овај отказ би се сматрао незаконитим, без обзира на то да ли је отказ дао послодавац претходник или послодавац следбеник.¹⁷⁷⁸ Дакле, Директива 2001/23/ЕЗ не усклађује националне законе о отказу уговора о раду, већ забрањује отпуштања запослених у свим случајевима у којима се може доказати узрочна веза између отпуштања и преноса предузећа.¹⁷⁷⁹ Имајући у виду наведено, већина држава чланица Европске уније (Белгија, Данска, Немачка, Естонија, Грчка, Шпанија, Ирска, Италија, Кипар, Летонија, Литванија, Луксембург, Мађарска, Малта, Холандија, Пољска, Финска, Шведска и др.) је у своје национално законодавство увела правило о заштити запослених од отказа уговора о раду из разлога везаних за саму промену послодавца, експлицитно предвиђајући да промена послодавца сама по себи није основ за отказ уговора о раду.¹⁷⁸⁰ Тако, примера ради, према одредбама немачког Грађанског законика, „престанак радног односа од стране послодавца претходника или послодавца следбеника због тога што је дошло до преноса предузећа или дела предузећа је без дејства. Право на отказ радног односа из других разлога остаје нетакнуто“.¹⁷⁸¹ Притом, забрана отказа због преноса предузећа односи се на редовни (*ordentliche Kündigung*), као и на ванредни отказ (*Kündigung aus wichtigem Grund*), под условом да је пренос предузећа био главни разлог и крајњи узрок отказа.¹⁷⁸² С друге стране, постоје државе (попут Чешке, Француске, Аустрије, Португалије, Словеније и Словачке) које забрану отказа уговора о раду нису изричито увеле у своја законодавства, већ се о постојању ове забране закључује имплицитним путем, на основу одредби националних закона о престанку радног односа које, по правилу, утврђују листу ваљаних разлога за отказ уговора о раду од стране послодавца, међу којима се не налази промена послодавца као

¹⁷⁷⁸ Т. Kalamatiev, А. Ristovski, „Transfer of Undertakings and Protection of Employees Individual Rights in the Republic of Macedonia“, 275.

¹⁷⁷⁹ G. Pitt, *op. cit.*, 352.

¹⁷⁸⁰ M. Sargeant, *Implementation Report Directive 2001/23/EC on the approximation of laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event, of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses*, 44-53.

¹⁷⁸¹ Bürgerliches Gesetzbuch, члан 613а, став 4.

¹⁷⁸² J. Kirchner, S. Morgenroth, *op. cit.*, 211.

таква.¹⁷⁸³ Такав је случај и у Србији, имајући у виду да Закон о раду није експлицитно потврдио правило о заштити од отказа због промене послодавца, премда оно произилази из законских одредби посвећених промени послодавца и престанку радног односа.¹⁷⁸⁴ У том смислу, може се констатовати да је у свим државама које су увеле правило о *ex lege* преносу уговора о раду у случају промене послодавца, неспорно постојање забране отказа уговора о раду чији је основ сама промена послодавца, с тим да се у мањем броју њих наведена забрана изводи посредним путем. Ипак, за ефикасно спровођење начела правне сигурности и заштите запослених од незаконитог отказа ваљало би наведену забрану изричито потврдити законским прописима, и то посебно у земаљама (попут Србије) у којима судска пракса поводом наведеног питања није довољно изграђена, као што је то случај у развијеним земљама, попут Француске и Аустрије.¹⁷⁸⁵

Међутим, правило о забрани отказа садржано у члану 4(1) Директиве 2001/23/ЕЗ, подлеже одређеним ограничењима. Прво, државе чланице могу из заштите од отказа искључити „неке специфичне категорије запослених који нису обухваћени законима или праксом држава чланица у погледу заштите од отпуштања“.¹⁷⁸⁶ То, према оцени Суда правде, не значи и могућност држава чланица да користе овај изузетак као

¹⁷⁸³ M. Sargeant, *Implementation Report Directive 2001/23/EC on the approximation of laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event, of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses*, 44-53.

¹⁷⁸⁴ Занимљиво је приметити да за разлику од српског Закона о раду, македонско радно законодавство, по моделу Директиве 2001/23/ЕЗ, „забрањује“ отпуштања чији је једини разлог био пренос предузећа, али „дозвољава“ отпуштање због пословних потреба послодавца (претходника или наследника). Запослени имају право на заштиту у случају отказа или у случају погоршања стечених права из разлога који су повезани са преносом предузећа, док су послодавци одговорни за обештећење због повреде права запослених у таквим случајевима (Т. Kalamatiev, А. Ristovski, „Transfer of Undertakings and Protection of Employees Individual Rights in the Republic of Macedonia“, 276). Међутим, како примећује Каламатиев, упркос општој забрани отпуштања запослених због преноса предузећа, у пракси постоје примери њене злоупотребе. Пре свега, то се односи на случајеве у којима једно привредно привредно престаје да постоји (затварањем предузећа), али истовремено (или у врло кратком временском периоду) оснива друго предузеће (новоосновано предузеће) које наставља са обављањем исте или сличне привредне делатности. Затварање предузећа узрокује престанак радног односа запослених (чији се уговори о раду најчешће формалноправно отказују на основу „споразумног отказа“ за који је потребна сагласност дотичних запослених), док новоосновано предузеће постаје нови послодавац истих запослених који потписују нове уговоре о раду, али овај пут под неповољнијим условима. Видети више: Todor Kalamatiev, „Protection of Employees' Individual Rights in the Event of a Change of Employer (Transfer of Undertakings) in the Republic of Macedonia“, у: Todor Kalamatiev (ed.), *Restructuring Of Companies And Their Consequences In Relation To Employees: Conditions, dilemmas and challenges in the Laws of the EU, Austria, Macedonia and Serbia*, Faculty of Law “Iustinianus Primus” Skopje, Ss. Cyril and Methodius University, Skopje, 2017, 10-13.

¹⁷⁸⁵ Судска пракса националних судова ових држава, под јаким утицајем праксе Суда правде, забрањује отпуштања, било од стране послодавца претходника, било од стране послодавца следбеника, ако је пренос предузећа разлог отпуштања. Тако, према оцени Високог суда правде Аустрије, свако супротно тумачење би дало простора за лако заобилажење аутоматског преноса уговора о раду. S. Nitzl, C. Stuppig, *op. cit.*, 45.

¹⁷⁸⁶ Директива 2001/23/ЕЗ, члан 4(1), подстав 2.

средство за одузимање или смањење заштите од отказа категоријама запослених које, у складу са националним законодавством, уживају неку, премда и само ограничену, заштиту од отказа.¹⁷⁸⁷ Притом, ваља приметити да је наведену могућност искористио само мали број држава, и то у погледу виших менаџера и запослених који обављају плаћени рад у домаћинству послодавца (Шпанија), запослених који су радни однос засновали на одређено време (Мађарска), запослених на руководећим позицијама, чланова породице послодавца, кућног помоћног особља, као и лица која уживају посебну подршку или заштиту приликом запослења (Шведска).¹⁷⁸⁸

Друго ограничење забране отказа зајемчене Директивом 2001/23/ЕЗ односи се на ситуације у којима радни однос престаје због иначе легитимних разлога који се тичу способности и понашања запосленог или економских, технолошких или организационих промена, које доводе до престанка потребе за обављањем одређеног посла или утичу на смањење његовог обима.¹⁷⁸⁹ Дакле, не сматра се свако отпуштање које је на неки начин узрочно повезано са преносом предузећа незаконитим, јер се верује да би се тиме несразмерно ограничила послодавчева слобода предузетништва. Наиме, послодавац следбеник неретко има намеру да оствари синергију интегришући ново предузеће у структуре свог предузећа или спајајући га са другим предузећима којима управља. С друге стране, тамо где је пренесено предузеће у финансијским тешкоћама, организационе промене често ће бити неизбежне. Сходно томе, Директива 2001/23/ЕЗ предвиђа да општа забрана отказа на темељу преноса предузећа (промене послодавца) „не спречава отпуштање из економских, технолошких или организационих промена, ради којих су потребне промене у радној снази“.¹⁷⁹⁰ Другим речима, ако постоји економски, технолошки или организациони разлог (ЕТО разлог) који укључује промене у радној снази било послодавца претходника било послодавца следбеника, отказ уговора о раду биће оправдан. Имајући у виду наведено, јасно је да је обим изузетка у виду „економских, технолошких или организационих промена“ кључан за процену јачине заштите од отказа према Директиви 2001/23/ЕЗ. У стварности, међутим, није лако повући линију разграничења између забрањених (сам пренос предузећа) и дозвољених разлога (економске, технолошке или организационе промене) за отказ

¹⁷⁸⁷ Пресуда у преднету бр. С-237/84 (*Commission of the European Communities v. Kingdom of Belgium*) од 15. априла 1986. године (*European Court Reports*, 1986, 149).

¹⁷⁸⁸ M. Sargeant, *Implementation Report Directive 2001/23/EC on the approximation of laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event, of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses*, 44-53.

¹⁷⁸⁹ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, 487.

¹⁷⁹⁰ Директива 2001/23/ЕЗ, члан 4(1).

уговора о раду од стране послодавца. Пре свега, врло је тешко дефинисати „економске, технолошке и организационе промене“, а, готово немогуће унапред назначити које све ситуације би могле бити обухваћене овим изразом. Државе чланице имају одређену слободу у том погледу, те својим актима могу прецизирати значење наведеног израза. Међутим, највећи број националних законодаваца није искористио наведену могућност те иако експлицитно дозвољавају отказ уговора о раду услед „економске, технолошке или организационе промене“, они не одређују значење овог израза. Изузетак представља, примера ради, кипарско радно законодавство које дефинише економске, технолошке или организационе разлоге на посебан начин, „као модернизацију, механизацију или било коју другу промену у методама производње или организације која смањује број потребних запослених; промену производа или метода производње или потребне специјализације запослених; укидање одељења; потешкоће при пласману производа на тржиште или кредитне потешкоће; недостатак нарудбина или сировина; недостатак средстава за производњу; смањење обима посла“.¹⁷⁹¹ Имајући у виду наведено, Beltzer оцењује да оправдани разлог за отказ не може бити, пре свега, потреба рационализације радне снаге које је претходила преносу предузећа, а која је извршена како би се предузеће лакше продало.¹⁷⁹² С друге стране, Countouris и Njoya верују да се „економски, технолошки или организациони разлог“ не може односити на опште економске циљеве као што су продаја предузећа по повољној цени, увођење флексибилности или смањење оперативних трошкова. Наведени разлог мора бити посебно повезан са вођењем предузећа које захтева „промене у радној снази“.¹⁷⁹³ У том смислу, Суд правде лепо примећује да свака одлука која се односи на предузеће, укључујући и одлуку о преносу предузећа или дела предузећа, нужно ће укључивати промене које се уопштено могу описати као „економске, технолошке или организационе“.¹⁷⁹⁴ Међутим, Директива не би имала смисла ако би се свака таква промена третираола као довољно оправдање за отпуштање. „Да би наведене промене биле ваљан разлог за отказ, морају бити такве да доводе до отпуштања погођених радника без обзира на то да ли је дошло до преноса предузећа или није“.¹⁷⁹⁵

¹⁷⁹¹ M. Sargeant, *Implementation Report Directive 2001/23/EC on the approximation of laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event, of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses*, 48.

¹⁷⁹² R. M. Beltzer, *op. cit.*, 149.

¹⁷⁹³ N. Countouris, W. Njoya, *op. cit.*, 441.

¹⁷⁹⁴ Пресуда у предмету бр. C-362/89 (*Giuseppe d'Urso, Adriana Ventadori and others v. Ercole Marelli Elettromeccanica Generale SpA and others*) од 25. јула 1991. године (*European Court Reports* 1991, 326), параграф 18-20.

¹⁷⁹⁵ N. Countouris, W. Njoya, *op. cit.*, 441.

У циљу обезбеђивања поштовања забране отказа уговора о раду из разлога везаних за саму промену послодавца, Суд правде је одбио да дозволи забијање клина између два стуба заштите запослења садржаних у члановима 3 и 4 Директиве 2001/23/ЕЗ.¹⁷⁹⁶ Као што је напред наведено, одредба о *ex lege* преносу уговора о раду примењује се само на оне запослене који имају важећи уговор о раду на дан преноса предузећа. Стога, да би избегао дејство примене члана 3 Директиве 2001/23/ЕЗ, послодавац претходник може отпустити запослене непосредно пре преноса предузећа ради постизања веће откупне цене од потенцијалног купца или, пак, то може учинити на захтев потенцијалног купца који или није заинтересован за преузимање целокупне радне снаге или може имати у плану да након преноса предузећа поново ангажује исте запослене, али са лошијим условима рада. С друге стране, послодавац следбеник може имати потребу да измени услове рада запослених који су премештени, како би изједначио услове рада запослених који су премештени и запослених који су код њега већ били у радном односу. То може довести до престанка радног односа отказом од стране запосленог због битне промене услова или до отказа од стране послодавца претходника због одбијања запосленог да се сагласи да преносом уговора о раду на послодавца следбеника. Из тих разлога, Суд правде је оценио да се морају узети у обзир све околности у којима је дошло до отказа, како пре преноса предузећа (извршене промене послодавца), тако и након тога.¹⁷⁹⁷

1.4.1. Заштита од отказа уговора о раду од стране послодавца претходника

Правило о преносу уговора о раду који је на снази на дан промене послодавца не би имало много смисла када би послодавац претходник могао лако да откаже наведене уговоре неколико дана, па чак и недеља, пре реорганизације предузећа.¹⁷⁹⁸ Из тих разлога, већина европских држава, као што смо напред видели, прописује забрану отказа уговора о раду од стране послодавца из разлога везаних за саму промену послодавца, не спречавајући, притом, могућа отпуштања из економских, технолошких или организационих разлога који укључује промене у радној снази. Да би се утврдило да ли је у конкретном случају отказ повезан са променом послодавца препоручује се

¹⁷⁹⁶ С. Barnard, *op. cit.*, 613.

¹⁷⁹⁷ Пресуда у предмету бр. С- 101/87 (*P. Bork International A/S, in liquidation v. Foreningen af Arbejdsledere I Danmark, acting on behalf of Birger E. Petersen, and Jens E. Olsen and others v. Junckers Industrier A/S*) од 15. јуна 1988. године (*European Court Reports* 1988, 308), параграф 17.

¹⁷⁹⁸ Лј. Ковачевић, „Individual Rights of Employees in Transfers of Undertakings in Serbia“, 246.

коришћење двостепеног теста узročности: најпре, треба утврдити чињеничну узročност, односно да ли би до отказа дошло да није било преноса предузећа, па ако је одговор негативан, треба наставити са испитивањем правних узрока: да ли је пренос предузећа био „главни“, „доминантан“ или „претежнији“ разлог отказа? Ако јесте, отказ је незаконит.¹⁷⁹⁹ Том приликом, према оцени Суда правде, национални судови морају узети у обзир објективне околности које су довеле до отказа, посебно да ли се отказ догодио на датум близу дана промене послодавца и да ли је након извршене промене послодавац следбеник запослио иста лица којима је послодавац претходник отказао уговоре о раду.¹⁸⁰⁰

Српски законодавац није осмислио механизам за одвраћање послодавца у намери да откажу уговоре о раду као средство за избегавање правила о заштити запослених у случају промене послодавца. С друге стране, постоје (мање-више успешни) напори у законима неких европских земаља да се ограничи право послодавца претходника да откаже уговоре о раду у периоду непосредно пре преноса предузећа.¹⁸⁰¹ Тако се, примера ради, у британском радном праву свако отпуштање запосленог чији је једини или главни основ пренос предузећа сматра аутоматским неправедним отказом, под условом да се не односи на економске, технолошке или организационе промене¹⁸⁰² То, међутим, не решава проблем утврђивања правичног обима ограничења послодавца, па се у теорији предлаже редефинисање и реинтерпретирање термина „потребе послодавца“ односно израза „економске, технолошке и организационе промене“ јер се верује да би се тиме спречило њихово широко тумачење и последично подвођење отпуштања повезаних са променом послодавца у оквир отпуштања због потреба послодавца.¹⁸⁰³ Поред тога, додатни проблем представља утврђивања правних последица незаконитог отказа. У погледу наведеног, у правној литератури се истиче да

¹⁷⁹⁹ N. Smit, *Labour Law Implications of the Transfer of an Undertaking*, 334.

¹⁸⁰⁰ Пресуда у предмету бр. C- 101/87 (*P. Bork International A/S, in liquidation v. Foreningen af Arbejdsledere I Danmark, acting on behalf of Birger E. Petersen, and Jens E. Olsen and others v. Junckers Industrier A/S*) од 15. јуна 1988. године (*European Court Reports* 1988, 308), параграф 17.

¹⁸⁰¹ Lj. Kovačević, „Individual Rights of Employees in Transfers of Undertakings in Serbia“, 246.

¹⁸⁰² До 31. јануара 2014. године, када су ступиле на снагу измене и допуне британске Уредбе о преносу предузећа (заштити запослења) - енгл. *TUPE*, свако отпуштање запосленог који је имао довољно дуг радни стаж (који је у међувремену повећан са једне на две године) сматрало се аутоматски неправедним, ако је једини или главни разлог отпуштања био 1) сам пренос предузећа, или 2) разлог повезан са преносом предузећа, под условом да не представља економски, технолошки или организациони разлог, ради којег су потребне промене у радној снази. Након наведеног датума, отпуштање запосленог сматра се аутоматски неправедним само ако је једини или главни разлог за отпуштање запосленог био пренос предузећа и ако се не односи на економске, технолошке или организационе промене. Притом, услов у погледу дужине радног стажа за подношење захтева за неправедно отпуштање неће се примењивати ако је запослени поднео захтев за заштиту од неправедног отпуштања пре него што је утврдио своја права према Уредби о преносу предузећа (заштити запослења). T. Marshall, K. Hodgkiss, *op. cit.*, 433.

¹⁸⁰³ N. Smit, *Labour Law Implications of the Transfer of an Undertaking*, 335.

би враћање запосленог на рад требало да буде примарни правни лек, као и у другим случајевима незаконитог отказа. Једина специфичност у овом случају је та што би послодавац претходник могао извршити судски налог за враћање запослених на рад само ако предузеће није пренесено у време утврђивања да је отказ незаконит, док би извршење оваквог налога била обавеза послодавца следбеника уколико је предузеће пренесено пре таквог утврђења. Слично становиште заузео је и Суд правде, оценивши да запослени које је послодавац претходник незаконито отпустио непосредно пре преноса предузећа (а чије уговоре о раду послодавац следбеник није преузео) могу затражити заштиту и од послодавца следбеника.¹⁸⁰⁴ То је зато што њихове уговоре о раду треба сматрати важећим из најмање два разлога. Прво, запослени који су супротно члану 4(1) отпуштени пре промене послодавца, морају се сматрати запосленима у предузећу на дан преноса. Друго, устаљена је судска пракса да се правила Директиве, посебно она која се тичу заштите запослених од отпуштања због промене послодавца, морају сматрати обавезујућим, тако да није могуће одступити од њих на начин неповољан по запослене.¹⁸⁰⁵

И, најзад, ваља указати да постоји још једна могућност отказа пре промене послодавца: отказ због одбијања запосленог да се сагласи са преносом уговора о раду на послодавца следбеника. Као што смо напред видели, у циљу гарантовања слободe запосленог да бира лице за које ће радити, велики број европских држава је увео право запосленог на одбијање (приговор) преноса уговора о раду на послодавца следбеника. Одбијање може бити мотивисано жељом запосленог да настави да ради код послодавца претходника, али и чињеницом да би се након промене послодавца суочио са знатно лошијим условима рада. Такође, запослени се могу противити преносу уговора о раду „из разлога који нису нужно разумни када се посматрају објективно, али који су од личног значаја за запосленог“.¹⁸⁰⁶ Због тога се морају законом регулисати правне последице коришћења овог важног права запослених. То може бити, као што смо напред видели, наставак рада код послодавца претходника или отказ уговора о раду од стране послодавца претходника, што је опција српског законодавца. Из угла правне сигурности и заштите запослења, али и примарних мотива запосленог при одбијању преноса, боља опција би била да се, као у немачком праву, предвиди наставак запослења код послодавца претходника у свим случајевима у којима се улаже приговор

¹⁸⁰⁴ Пресуда у предмету бр. C- 101/87 (*Jules Dethier Équipement SA v. Jules Dassy and Sovam SPRL*) од 12. марта 1998. године (*European Court Reports* 1998, 99), параграф 41.

¹⁸⁰⁵ *Ibid.*, параграфи 39-40.

¹⁸⁰⁶ N. Smit, *Labour Law Implications of the Transfer of an Undertaking*, 336.

на пренос уговора о раду. У том случају, међутим, постоји врло реална могућност смањења броја запослених, па су критеријуми поштеног избора веома важни, будући да запослени који се противе преносу не смеју бити циљани као вишак, само због уложеног приговора на пренос уговора о раду.¹⁸⁰⁷

1.4.2. Заштита од отказа уговора о раду од стране послодавца следбеника

Промена послодавца сама по себи не представља оправдан разлог за престанак радног односа отказом од стране послодавца следбеника, иако ће процена да ли је отказ (искључиво или претежно) мотивисан наведеном променом бити велико питање у сваком конкретном случају. Ово даље значи да се послодавац следбеник може ослободити одговорности за незаконит отказ само ако се докаже да је његова одлука била мотивисана способностима или понашањем запосленог.¹⁸⁰⁸ Исто важи и ако постоје докази који потврђују постојање разлога који се тичу потреба вршења економских, технолошких или организационих промена, у ком случају се може, примера ради, тврдити да отказ није био резултат само промене послодавца, већ је био саставни део широког скупа активности предузетих ради избегавања инсолвентности и смањења текућих трошкова који угрожавају опстанак предузећа.¹⁸⁰⁹ Дакле, радње новог послодавца су, исто као и радње његовог претходника, обухваћене чланом 4(1) Директиве 2001/23/ЕЗ, те се отказ уговора о раду који је повезан са променом послодавца као таквом сматра незаконитим, без обзира на то да ли је стари или нови послодавац извршио отпуштање. Притом, процене да ли је отказ повезан са променом послодавца (или није) су изузетно деликатне, јер постоји танка и крхка линија разграничења између права на *bona fide* отказ повезан са економским, технолошким и организационим променама предузећа и злоупотребе овог права ради лакшег реструктурирања предузећа.¹⁸¹⁰ Један од критеријума за разграничење који се у правној литератури неретко предлаже јесте временски тренутак давања отказа. У том смислу, сматра се да што је више времена након промене послодавца протекло, то је мања

¹⁸⁰⁷ Слично: Hugh Collins, „Dismissals on Transfer of a Business“, *Industrial Law Journal*, vol. 15, број 1/1986, 253.

¹⁸⁰⁸ Nicola Smit, „A Chronicle of Issues Raised in the Course of Dismissals by the Transferor and/or Transferee in Circumstances Involving the Transfer of an Undertaking“, *Industrial Law Journal (Juta)*, vol. 26, број 1/2005, 1873-1874.

¹⁸⁰⁹ N. Smit, *Labour Law Implications of the Transfer of an Undertaking*, 342.

¹⁸¹⁰ Lj. Kovačević, „Individual Rights of Employees in Transfers of Undertakings in Serbia“, 248.

вероватноћа да је отказ повезан са наведеном променом.¹⁸¹¹ Међутим, ни овај критеријум није поуздан, будући да чак и ако се уведе временско ограничење до када би се откази уговора о раду могли сматрати повезаним са променом послодавца, то би на крају, ипак, било чињенично питање које би се морало испитати у сваком појединачном случају.

Наведену, нимало једноставну проблематику разграничења (не)основаних разлога за отказ уговора о раду у случајевима промене послодавца додатно компликује члан 4(2) Директиве 2001/23/ЕЗ чије подручје примене није лако разумљиво: „ако се уговор о раду или радни однос прекину зато што пренос укључује битну промену услова рада на штету запосленог, сматра се да је послодавац одговоран за престанак уговора о раду или радног односа“. Значајна промена услова рада, према ставовима Суда правде, подразумева пружање запосленом лошијих услова рада, као што је смањени ниво новчаних примања или одбијање гаранције да ће се задржати већ постојећа права.¹⁸¹² „То, међутим“, сматра Countouris, „не значи да државе чланице морају гарантовати погођеним запосленима да промена послодавца неће утицати на њихов већ постојећи ниво примања, већ значи само да ако се новчана примања запослених битније измене на њихову штету и запослени услед тога одлуче да не наставе са радним односом, то ће се рачунати као отказ за који је одговоран послодавац следбеник“. ¹⁸¹³ Другим речима, битнија измена услова рада на штету запослених представља основ за исплату накнаде штете због незаконитог отказа, али не даје запосленима право да захтевају поштовање услова рада које су уживали код послодавца претходника. Супротно наведеном мишљењу које је раширено у правној литератури, Riesenhuber сматра да се ова одредба не односи на измену услова рада предвиђених уговорима о раду који се преносе на послодавца следбеника према члану 3 Директиве 2001/23/ЕЗ. Промена ових услова на штету запослених забрањена је предметном Директивом и стога мора бити незаконита. Ако наведени члан Директиве, у начелу, забрањује било какву промену услова рада као последицу промене послодавца, не би било доследно да члан 4(2) Директиве предвиђа санкцију само за битну промену услова рада. Осим тога, и санкција би била неадекватна: отказ изазван значајном променом

¹⁸¹¹ John McMullen „Takeovers, transfers and business re-organizations“, *Industrial Law Journal*, vol. 21, број 1/1992, 25-29.

¹⁸¹² Пресуда у здруженим предметима бр. C-171/94 и бр. C-172/94 (*Albert Merckx and Patrick Neuhuys v. Ford Motors Company Belgium SA*) од 6. јула 1995. године (*European Court Reports 1995*, 227), параграф 38; Пресуда у предмету бр. C-425/02 (*Johanna Maria Delahaye, née Delahaye v. Ministre de la Fonction publique et de la Réforme administrative*) од 11. новембра 2004. године (*European Court Reports 2004*, 706), параграф 35.

¹⁸¹³ N. Countouris, W. Njoya, *op. cit.*, 440.

услова рада не само да се мора приписати послодавцу, већ се мора сматрати незаконитим.¹⁸¹⁴ С обзиром на ова разматрања, Riesenhuber закључује да се подручје примене члана 4(2) може на задовољавајући начин објаснити у смислу да се односи на све неизбежне чињеничне промене (у оквиру законски могућих, примера ради, по налогу послодавца следбеника), које се могу огледати, примера ради, у промени радног места (премда ће такве промене обично бити испод прага „битних“) и све допуштене законске измене у смислу члана 3(3) Директиве 2001/23/ЕЗ, попут оних које се дешавају када се промени важећи колективни уговор. Тако тумачен, члан 4(2) Директиве 2001/23/ЕЗ заправо предвиђа проширење заштите у случају када дозвољена промена услова рада има „знатније“ ефекте који иду на штету запосленог.¹⁸¹⁵

Приликом анализе наведених (несагласних) тумачења члана 4(2) Директиве 2001/23/ЕЗ, ваља, пре свега, још једном подсетити да је у пракси Суда правде више пута наглашавано да је стварни циљ предметне Директиве „осигурати, колико је то могуће, да радни однос остане непромењен са послодавцем следбеником, посебно обавезивањем послодавца следбеника да настави да поштује одредбе и услове рада утврђене колективним уговором о раду закљученим код послодавца претходника (члан 3 (3)) и заштитом запослених од отказа мотивисаних само чињеницом промене послодавца (члан 4 (1))“.¹⁸¹⁶ То, дакле, значи да послодавац следбеник не сме мењати услове рада на штету запослених, уколико су измене уговора о раду везане за саму промену послодавца. Чак и ако се, сходно најновијим ставовима Суда правде, прихвати флексиблинији приступ, измена уговора о раду „не може имати за циљ или ефекат наметање тим запосленима услова који су начелно мање повољни од услова који су били гарантовани запосленима пре преноса предузећа“.¹⁸¹⁷ Међутим, уколико упркос наведеној забрани, послодавац следбеник изврши знатне измене уговора о раду на штету запосленог, па запослени одбије да се сагласи са истима, те му услед тога послодавац откаже уговор о раду, сматраће се да је послодавац одговоран за престанак радног односа. Такође, уколико услед знатне измене услова рада на штету запосленог, запослени откаже уговор о раду, сматраће се да је послодавац одговоран за престанак радног односа.¹⁸¹⁸ Дакле, из текста члана 4(2) Директиве 2001/23/ЕЗ јасно произлази да

¹⁸¹⁴ К. Riesenhuber, *op. cit.*, 598-599.

¹⁸¹⁵ *Ibid.*, 599.

¹⁸¹⁶ Пресуда у предмету бр. C-19/83 (*Knud Wendelboe and others v. L.J. Music ApS, in liquidation*) од 7. фебруара 1985. године (*European Court Reports* 1985, 54), параграф 15.

¹⁸¹⁷ Пресуда у предмету бр. C-108/10 (*Ivana Scattolon v. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca*) од 6. септембра 2011. године (*European Court Reports* 2011, 542), параграф 76.

¹⁸¹⁸ Директива 2001/23/ЕЗ, члан 4(2).

се послодавац сматра одговорним за отказ уговора о раду или радног односа, која год да је страна (послодавац или запослени) технички одговорна за престанак радног односа, односно која год да је страна формално отказала уговор о раду. Међутим, та одредба не утврђује правне последице одговорности, већ се одговорност у погледу незаконитих отпуштања и последица кршења обавеза које намеће Директива регулише националним законима држава чланица. У том смислу, ваља поменути пресуду Суда правде у предмету *Juuri*, у којој је Суд морао размотрити импликације кршења члана 4(2) Директиве 2001/23/ЕЗ од стране послодавца.¹⁸¹⁹ Наглашавајући да је Директива 2001/23/ЕЗ законодавна мера делимичне хармонизације, Суд је оценио да она не намеће државама чланицама никакву обавезу да гарантују запосленима одређену накнаду или да осигурају примену истих правила заштите запослених као у случају када послодавац незаконито откаже уговор о раду. Према речима Суда, „на Директиву 2001/23/ЕЗ се може ослонити само како би се осигурало да је запослени заштићен у односима са послодавцем следбеником у истој мери у којој је био у односима са послодавцем претходником према правним правилима дотичне државе чланице“.¹⁸²⁰ Иако се отказ уговора о раду од стране запосленог мора третирати као да је последица радње његовог послодавца, правне последице, попут отпремнине или накнаде, морају бити прописане законима, прописима и административним одредбама држава чланица.¹⁸²¹ У светлу горе наведеног, према схватању Суда, члан 4(2) Директиве 2001/23 мора се тумачити тако да, у случајевима када је до отказа уговора о раду или радног односа дошло услед знатније промене услова рада на штету запослених, државе чланице нису у обавези да запосленима гарантују исту врсту заштите као ону која им припада када је уговор о раду или радни однос незаконито отказан од стране послодавца. Међутим, од националног суда се тражи да, у најмању руку, обезбеди да послодавац следбеник у таквом случају сноси последице које примењиво национално право налаже у случају отказа уговора о раду или радног односа од стране послодавца, као што је исплата зараде и других давања која се према националном закону односе на отказни рок који послодавац мора да испоштује.¹⁸²²

Имајући у виду наведену, велику слободу која је државама чланицама дата чланом 4(2) Директиве, не изненађује што постоје значајне разлике међу државама у

¹⁸¹⁹ Пресуда у предмету бр. C-396/07 (*Mirja Juuri v. Fazer Amica Oy*) од 27. новембра 2008. године (*European Court Reports* 2008, 656).

¹⁸²⁰ *Ibid.*, параграф 23.

¹⁸²¹ *Ibid.*, параграф 24.

¹⁸²² *Ibid.*, параграф 30.

погледу обима заштите запослених од отказа повезаних са променом послодавца. У неким јурисдикцијама (примера ради немачкој, француској, шпанској и италијанској) отказ уговора о раду који је последица промене послодавца је ништав, што значи да уговор о раду или радни однос и даље постоји, те запослени имају, између осталог, право да захтевају враћање на рад у складу са условима рада уговореним са послодавцем претходником.¹⁸²³ Тако, примера ради, у француском праву запослени коме је уговор о раду откзан из разлога везаних за саму промену послодавца, може тражити: 1) накнаду штете за неправедно отпуштање, која, ако се одобри, не сме бити мања од зараде исплаћене за последњих шест месеци рада, и то за запослене са најмање две године радног стажа и запослене у компанији са најмање 11 запослених, а за остале запослене у висини коју одмери суд, или 2) наставак уговора о раду са послодавцем следбеником.¹⁸²⁴ Ако послодавац следбеник одбије да запосленог врати на рад, биће дужан да плати штету у истом износу као у претходном случају. Ако, пак, пристане да отпуштеног запосленог врати на рад, запослени губи могућност да захтева накнаду штете од послодавца следбеника, али има могућност да тражи одштету од послодавца претходника.¹⁸²⁵ У другим јурисдикцијама (примера ради британском) само отпуштање, иако неоправдано или непоштено, је ипак валидно, те запослени не може захтевати враћање на рад. Дејство Директиве 2001/23/ЕЗ се тада своди на давање отпуштеном запосленом права на накнаду штете због незаконитог отказа.¹⁸²⁶

У домаћем праву није препозната потреба заштите запослених од отпуштања одмах по промени послодавца. Ово се односи и на заштиту од отказа уговора о раду од стране послодавца следбеника када запослени не прихвати измену уговора о раду, понуђену одмах по завршетку премештаја (нпр. понуду за прелазак на ниже радно место).¹⁸²⁷ Сходно томе, о постојању забране отказа уговора о раду из разлога везаних за саму промену послодавца, било од послодавца претходника или послодавца следбеника, закључује се на основу одредби Закона о раду којима је регулисан институт промене послодавца (које уводе правило о *ex lege* преносу свих уговора о раду) и одредби посвећених престанку радног односа отказом од стране послодавца

¹⁸²³ J. Kirchner, S. Morgenroth, *op. cit.*, 211.

¹⁸²⁴ P. Danesi, M.-A. Bethenod, *op. cit.*, 187. За разлику од француског, у шпанском праву, право избора између враћања запосленог на рад уз исплату зараде или исплате законске отпремнине, припада послодавцу. Pilar Menor „Spain“, у: Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, Tim Marshall (eds), *Transfer of Business and Acquired Employee Rights - A Practical Guide for Europe and Across the Globe*, Springer-Verlag, Berlin, 2016, 390.

¹⁸²⁵ P. Danesi, M.-A. Bethenod, *op. cit.*, 187.

¹⁸²⁶ N. Countouris, W. Njoya, *op. cit.*, 441.

¹⁸²⁷ Lj. Kovačević, „Individual Rights of Employees in Transfers of Undertakings in Serbia“, 249.

(које међу оправданим разлозима за отказ уговора о раду не набрајају промену послодавца). У погледу последица незаконитог отказа уговора о раду из разлога везаних за промену послодавца, у одсуству посебних одредби Закона о раду, морају се применити одредбе којима је регулисане правне последице незаконитог престанка радног односа (члан 191 Закона о раду), те би запослени - коме је послодавац (претходник или следбеник) дао отказ из разлога везаних за саму промену послодавца или због одбијања запосленог да се сагласи са преносом уговора о раду ако су му понуђени знатно неповољнији услови рада код послодавца следбеника или услед одбијања запосленог да потпише анекс уговора о раду којим су предложене знатне промене услова рада на штету запосленог - имао право да тражи враћање на рад, уз припадајућу накнаду штете у висини изгубљене зараде која у себи садржи припадајући порез и доприносе у складу са законом. У домаћем праву то је, свакако, повољнија опција од друге могућности, односно права запосленог да, уместо враћања на рад, захтева исплату „накнаде штете“ која може износити највише 18 зарада запосленог у зависности од временаведеног у радном односу код послодавца, година живота запосленог, као и броја издржаваних чланова породице. Ово из разлога што запослени који се не враћа на рад у случају незаконитог отказа (било да је то његова иницијатива или да је послодавац доказао да наставак радног односа, уз уважавање свих околности и интереса обе стране у спору, није могућ) има право само на новчани износ (који у суштини има карактер новчане компензације, а не накнаде штете) до 18 односно 36 зарада, а не и на накнаду штете у висини изгубљене зараде и других примања (која, иначе, припада запосленом који се враћа на рад, уколико је причињена).¹⁸²⁸ У том смислу, ваља поменути да домаћа пракса познаје случајеве у којима су судови усвајали тужбене захтеве за поништај решења о отказу и, последично, захтев за „накнаду штете“ у случајевима када су запослени одбијали да се сагласе са преносом уговора о раду јер им је понуђено обављање послова радног места које се разликује у односу на оне које су обављали код послодавца претходника. Тако, према оцени Апелационог суда у Београду, правилно је „првостепени суд [...] закључио да је тужиоцу незаконито престао радни однос, с обзиром да је послодавац следбеник понудио тужиоцу рад на нижем радном месту, са нижом зарадом (понудио му је радно место физичког радника,

¹⁸²⁸ Видети више: Горан Обрадовић, „О потпуној накнади штете код незаконитог отказа“, у: Невена Петрушић (ур.), *Пристап правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије*, тематски зборник радова, књига 3, Ниш, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, 2009, 97-104; Горан Обрадовић, Слободанка Ковачевић-Перић, „Новчана накнада нематеријалне штете због незаконитог отказа“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, број 67/2014, 199-220.

са бруто зарадом од 24.000,00 динара, а тужилац је био командир смене у назначеној организационој целини), због чега је тужилац правилно одбио пренос уговора о раду. Ради тога, тужилац има право на новчану реституцију¹⁸²⁹. Без обзира на овакве, позитивне примере домаће судске праксе, чини се неопходним да се, ради ефикасног спровођења начела правне сигурности и заштите запослених од незаконитих отказа, правило о заштити запослених од отказа узрокованих искључиво променама послодавца експлицитно потврди Законом о раду, те да се предвиде правне последице престанка радног односа услед одбијања запосленог да се сагласи са знатним изменама уговора о раду на штету запосленог, без обзира да ли је отказ (технички) дао запослени или послодавац следбеник.

2. ПОСЛЕДИЦЕ ПРОМЕНЕ ПОСЛОДАВЦА НА КОЛЕКТИВНА ПРАВА И ОБАВЕЗЕ ЗАПОСЛЕНИХ

„Осим што регулише однос између запосленог и његовог послодавца, радно право има и колективну димензију, где се на запосленог првенствено гледа као на део, или члана, групе (заједнице) запослених“.¹⁸³⁰ Колективним радним правом се запослени уводе у колективну заштитну мрежу односно заштиту која се остварује колективним путем - посредством синдиката, савета запослених или правоваљано изабраних представника запослених. Пошто су им признате колективне слободе и права, запослени су стекли право на адекватно заступање пред својим послодавцима, омогућено им је да се информишу и изразе своје ставове (кроз консултовање и колективно преговарање), па чак и да предузму неки облик колективног деловања (штрајк, бојкот, пикетинг).¹⁸³¹ С тим у вези, „на колективном нивоу, радно право успоставља једнакост која се не може у потпуности постићи и остварити на индивидуалном нивоу“.¹⁸³² Сходно наведеном, заштита запослених у случају промене послодавца морала је бити обезбеђена и признавањем колективних права запослених

¹⁸²⁹ Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж1 858/2019 од 23.1.2020. године.

¹⁸³⁰ Ljubinka Kovačević, „Information and Consultation of Employees in Case of Collective Redundancy and Transfer of Undertakings – (In)Compatibility of Serbian Legislation and Case Law with International and European Standards“, у: Todor Kalamatiev (ed.), *Restructuring Of Companies And Their Consequences In Relation To Employees: Conditions, dilemmas and challenges in the Laws of the EU, Austria, Macedonia and Serbia*, Faculty of Law “Justinianus Primus” Skopje, Ss. Cyril and Methodius University, Skopje, 2017, 39.

¹⁸³¹ *Ibid.*

¹⁸³² Alain Supiot, *Critique du droit du travail*, Presses Universitaires de France, 2007, 124-125. Наведено према: Lj. Kovačević, „Information and Consultation of Employees in Case of Collective Redundancy and Transfer of Undertakings – (In)Compatibility of Serbian Legislation and Case Law with International and European Standards“, 39.

или, тачније, признавањем њиховог права да учествују у доношењу одлука о питањима од значаја за њихов положај у случају реструктурирања предузећа, *као трећим стубом заштите запослених*. Признавање права на партиципацију има за циљ ублажавање негативних последица реструктурирања и доношење правичних одлука - одлука које су довољно легитимне да их запослени и њихови представници прихвате.¹⁸³³ То се постиже оснаживањем „гласа“ и учешћа запослених путем различитих образаца, почев од директног укључивања у управљачку структуру послодавца, до консултовања и информисања путем синдикалних организација или других представничких тела.¹⁸³⁴ Иначе, право на партиципацију је најмлађе колективно право запослених, које је израз „вишег нивоа“ развоја колективног радног права и индустријске демократије, пошто претпоставља не само признавање синдикалног покрета и система колективног преговарања, већ обезбеђује њихову интеграцију и очување.¹⁸³⁵ У ширем смислу, партиципација (енгл. *workers' involvement*) укључује право на информисање и консултовање запослених или њихових представника и право на учешће запослених у процесу доношења одлука послодавца, а у ужем смислу (енгл. *participation*) обухвата само право запослених да изаберу или именују неке од чланова надзорног или управног одбора послодавца и да на овај начин утичу на процес доношења корпоративних одлука послодавца.¹⁸³⁶ Дакле, право на партиципацију је једно слојевито право које у себи обухвата три права која се значајно разликују по снази. Прво, *право на информисање* представља најмање интензиван облик укључивања запослених јер подразумева само једносмерни ток информација, односно обавезу послодавца да запосленима или њиховим представницима преноси потребне податке с циљем њиховог упознавања са одређеним питањима. Друго, *право на консултовање* подразумева размену мишљења и дијалог између запослених и послодавца у циљу проналажења компромиса, при чему коначна одлука обично остаје на послодавцима и та одлука може, али не мора одражавати ставове запослених. И, треће, *право на учешће запослених у одлучивању код послодавца* представља најинтензивнији облик учешћа

¹⁸³³ Видети више: Љубинка Ковачевић „Партиципација запослених у одлучивању о реструктурирању компанија“, *Право и привреда*, vol. 54, број 4–6/2016, 651-676; Љубинка Ковачевић, „Европски радноправни стандарди о обавештавању и консултовању запослених у привредним друштвима“, *Право и привреда*, број 7–9/2019, 649-678.

¹⁸³⁴ Luisa Ficari, „Workers' voice and involvement in the restructuring of undertakings“, у: Roger Blanpain, William Bromwich, Olga Rymkevich, Iakopo Senatori (eds), *Rethinking Corporate Governance: From Shareholder Value to Stakeholder Value*, Kluwer Law International BV, vol. 77, 2011, 92.

¹⁸³⁵ Antoine Jacobs, „Collective Labour Relations“, у: Bob Hepple, Bruno Veneziani (eds), *The Transformation of Labour Law in Europe: A Comparative Study of 15 Countries 1945-2004*, Hart Publishing, Oxford, 2009, 228-229.

¹⁸³⁶ C. Barnard, *op. cit.*, 659-660.

запослених, будући да омогућава запосленима стварни утицај на процес доношења одлука послодавца путем укључивања представника запослених у органе (надзора или управљања) послодавца.¹⁸³⁷ Притом, и само право на учешће запослених у одлучивању се може схватити у ширем смислу, у ком случају обухвата све облике укључивања представника запослених у процес одлучивања код послодавца, било да су институционални (савет запослених, учешће представника запослених у надзорном или управном одбору) или да су неформални (заједничко консултовање, примера ради) и у ужем смислу, када се односи само на институционалне облике учешћа представника запослених у одлучивању код послодавца.¹⁸³⁸

Упоредно право познаје различите режиме партиципације запослених. У једној групи држава (примера ради Немачкој, Француској и Аустрији) право на учешће запослених у одлучивању код послодавца уређено је хетерономним правним прописима (првенствено законима, ређе подзаконским општим актима) и уведено је у систем колективних радних односа као обавезни облик партиципације, било путем савета запослених или путем учешћа представника запослених у органима (управљања и надзора) послодавца.¹⁸³⁹ У другој групи држава (примера ради Сједињеним Америчким Државама, Канади, Јапану и др.) право на партиципацију се уводи и развија закључивањем колективних уговора о раду и другим актима аутономног права (плановима и програмима партиципације).¹⁸⁴⁰ Поред тога, међу државама, без обзира на прихваћен правни режим, постоје одређене разлике у погледу модела партиципације. Тако је, примера ради, у Великој Британији, Ирској, Финској, Шведској, Данској, Пољској, Литавнији, Кипру и Малти пристузан модел „једног колосека“ (енгл. *single channel*) представљања запослених заснован на колективном преговарању, односно на уговорној основи, са синдикатима као јединим саговорником/партнером.¹⁸⁴¹ С друге стране, у Немачкој, Аустрији, Француској, Мађарској, Белгији, Холандији, Шпанији, Португалији, Грчкој и другим државама је прихваћен модел „дуалног колосека“ (енгл. *dual channel*) представљања запослених где паралелно са синдикатима основаним на нивоу послодавца (који су, по правилу, искључиво одговорни за колективно преговарање, закључивање колективних уговора и штрајк) постоје и представничка тела (која се по правилу називају савети запослених) изабрана од стране свих

¹⁸³⁷ *Ibid.*, 660.

¹⁸³⁸ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, 1078, 1090.

¹⁸³⁹ *Ibid.*, 1084-1086.

¹⁸⁴⁰ *Ibid.*, 1087-1088.

¹⁸⁴¹ *Ibid.*, 1075.

запослених.¹⁸⁴² Трећу групу чине земаље које су прихватиле мешовити систем представљања запослених у коме основу чини представљање од стране синдиката, с тим да су представници синдикално-неорганизованих запослених или директно укључени (Италија) или кроз допунски колосек у предузећима у којима нема синдиката (Чешка, Летонија, Естонија).¹⁸⁴³ Најзад, државе се међусобно значајно разликују и у погледу признавања права запослених на учешће у процесу доношења одлука органа послодавца. Тако, неке државе захтевају учешће запослених (нпр. Немачка и Аустрија), друге (нпр. Велика Британија и Ирска), уопште немају регулисан систем учешћа, док треће (источноевропске земље попут Румуније, Бугарске, Литваније и Летоније) предвиђају представљање радника у управном одбору послодавца, али оно није обавезно.¹⁸⁴⁴ Чак и у државама које су увеле систем учешћа запослених, правила се у великој мери разликују у погледу субјеката на које се односе (јавни и приватни сектор или само на предузећа у државном власништву), постојања и величине прага у виду броја запослених, врсте гласа који запослени добијају, броја представника запослених у управном или надзорном одбору (који варира од једног представника до половине одбора), као и процеса именовања и одговорности чланова одбора послодавца.¹⁸⁴⁵

На задржавање значајних упоредноправних разлика у начину уређења права на партиципацију утицали су и бројни извори права Међународне организације рада, Савета Европе и Европске уније који се директно или индиректно баве овим питањем, а који су оставили довољан степен флексибилности да државе могу задржати своје националне особености. Тако, на нивоу Међународне организације рада, осим Препоруке број 94 о сарадњи на нивоу предузећа од 1952. године¹⁸⁴⁶ и Препоруке број 129 о комуникацији између послодавца и радника унутар предузећа од 1967. године,¹⁸⁴⁷ одређени аспекти права на партиципацију регулисани су низом других правних аката ове организације. У том смислу, треба, најпре, поменути Препоруку број 113 о

¹⁸⁴² С. Barnard, *op. cit.*, 686.

¹⁸⁴³ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, 1076.

¹⁸⁴⁴ Erika Kovács, „Employees’ Information, Consultation and Participation Rights in Cross-Boarder Restructuring in the EU Law - A Critical Overview“, у: Todor Kalamatiev (ed.), *Restructuring Of Companies And Their Consequences In Relation To Employees: Conditions, dilemmas and challenges in the Laws of the EU, Austria, Macedonia and Serbia*, Faculty of Law “Justinianus Primus” Skopje, Ss. Cyril and Methodius University, Skopje, 2017, 29.

¹⁸⁴⁵ *Ibid.*, 29-30.

¹⁸⁴⁶ Препорука број 94 о сарадњи на нивоу предузећа од 1952. године (Co-operation at the Level of the Undertaking Recommendation, 1952, No. 94).

¹⁸⁴⁷ Препорука број 129 о комуникацији између послодавца и радника унутар предузећа од 1967. године (Recommendation concerning Communications between Management and Workers within the Undertaking, 1967, No. 129).

консултовању на нивоу гране или државе од 1960. године¹⁸⁴⁸ и Препоруку број 130 о испитивању жалби (у оквиру предузећа у циљу њиховог решавања) од 1967. године,¹⁸⁴⁹ затим Конвенцију број 135 и Препоруку број 143 о представницима радника од 1971. године,¹⁸⁵⁰ и, најзад, Тројну декларацију принципа у вези са мултинационалним предузећима и социјалном политиком од 1977. године (последњи пут измењену 2017. године),¹⁸⁵¹ као једини инструмент Међународне организације рада који пружа директне смернице предузећима (мултинационалним и националним) о социјалној политици и инклузивној, одговорној и одрживој пракси на радном месту.

У европском комунитарном праву, право на партиципацију (информисање и консултовање) је признато у релативно скорије време - са доношењем Ревидиране европске социјалне повеље од 1996. године, мада није сврстано у корпус основних социјалних права.¹⁸⁵² С друге стране, Европска унија је усвојила више правних аката којима је непосредно или посредно поставила стандарде партиципације запослених на европском комунитарном нивоу, а у циљу хармонизације радноправних система држава чланица. Притом, разлике у интензитету права која чине садржину права на партиципацију у ширем смислу утицале су на њихово различито законодавно признавање. Тако, у погледу права на учешће у органима одлучивања послодавца (права на партиципацију у ужем смислу) национални прописи, као што смо напред видели, показују огромне разлике, што отежава постизање било каквог компромиса на европском нивоу. Стога, у праву Европске уније не постоје обавезне одредбе о праву на учешће запослених које се односе на државе чланице, али постоје неки правни акти

¹⁸⁴⁸ Препорука број 113 о консултовању на нивоу гране или државе од 1960. године (Consultation (Industrial and National Levels) Recommendation, 1960, No. 113)

¹⁸⁴⁹ Препорука број 130 о испитивању жалби од 1967. године (Examination of Grievances Recommendation, 1967, No. 130)

¹⁸⁵⁰ Конвенција број 135 о заштити и олакшицама које се пружају представницима радника у предузећу од 1971. године (*Службени лист СФРЈ - Међународни уговори*, бр. 14/82) и Препорука број 143 о представницима радника од 1971. године (Workers' Representatives Recommendation, 1971, No. 143).

¹⁸⁵¹ Тројна декларација принципа у вези са мултинационалним предузећима и социјалном политиком од 1977. године, измењену 2000, 2006. и 2017. године (Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy, Adopted by the Governing Body of the International Labour Office at its 204th Session (Geneva, November 1977) and amended at its 279th (November 2000), 295th (March 2006) and 329th (March 2017) Sessions).

¹⁸⁵² Према одредбама ове Повеље, стране потписнице су обавезне да усвоје или подстакну мере које омогућају запосленима или њиховим представницима, у складу са националним законодавством или праксом, да буду редовно или у одговарајућем тренутку информисани о економској и финансијској ситуацији у предузећу које их запошљава, да буду правовремено консултовани о предложеним одлукама које би могле значајно утицати на интересе радника, као и да допринесу одлучивању о радним условима, организацији рада и радној средини и њиховом побољшавању, заштити здравља и безбедности у предузећу, организацији друштвених и друштвено-културних служби и погодности у оквиру предузећа и надзору над применом прописа о овим питањима. Ревидирана европска социјална повеља (*Службени гласник РС - Међународни уговори*, бр. 42/09), члан 21 и 22.

који се односе на учешће запослених у прекограничним спајањима предузећа.¹⁸⁵³ То су, пре свега, Уредба Савета бр. 2157/2001 о Статуту европског друштва (СЕ),¹⁸⁵⁴ затим Директива Савета 2001/86/ЕЗ о допуни Статута Европског друштва у погледу учешћа радника¹⁸⁵⁵ и Директива 2017/1132/ЕУ о одређеним аспектима компанијског права.¹⁸⁵⁶ Наведеним правним актима, учешће запослених у прекограничном реструктурирању уређено је у складу са трима основним начелима. Прво начело има за циљ очување постојећих права на учешће запослених након прекограничног реструктурирања у случају да правни режим новонастале компаније не би обезбедио исти ниво учешћа запослених који је био примењен у компанијама које се спајају. Друго начело предвиђа да ће конкретни поступци саодлучувања запослених, у циљу постизања потребне флексибилности, бити одређени првенствено путем споразума између посебног преговарачког тела и надлежних органа послодавца.¹⁸⁵⁷ И, коначно, треће правило предвиђа постојање одређених помоћних механизма (тзв. „стандардних правила“) који се примењују у случају неслагања страна, а у циљу ограничења ове велике слободе која им је дата и подржавања преговарачке моћи запослених.¹⁸⁵⁸

¹⁸⁵³ Niklas Bruun, „Employees' Participation Rights and Business Restructuring“, *European Labour Law Journal*, vol. 2, број 1/2011, 32-33.

¹⁸⁵⁴ Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European company (SE) (*Official Journal L 294*, 10.11.2001, 1–21). Ова уредба има за циљ стварање јединственог правног оквира унутар којег привредна друштва из различитих држава чланица требају бити у могућности планирати и спроводити реорганизацију свог пословања на нивоу Заједнице.

¹⁸⁵⁵ Council Directive 2001/86/EC of 8 October 2001 supplementing the Statute for a European company with regard to the involvement of employees (*Official Journal L 294*, 10.11.2001, 22–32).

¹⁸⁵⁶ Directive (EU) 2017/1132 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 relating to certain aspects of company law (*Official Journal L 169*, 30.6.2017, 46–127)

¹⁸⁵⁷ „Посебно преговарачко тело“ је тело које преговара са надлежним органом привредних друштава о одређивању поступака у погледу учешћа запослених унутар европског друштва. Видети: Директива 2001/86/ЕЗ, члан 2(d).

¹⁸⁵⁸ E. Kovács, „Employees' Information, Consultation and Participation Rights in Cross-Boarder Restructuring in the EU Law - A Critical Overview“, 32. Тако, члан 133 Директиве 2017/1132/ЕУ одређује важећи закон о учешћу запослених. Према општем правилу (принцип пребивалишта или седишта), регулисање учешћа запослених следи законе државе чланице у којој се налази седиште компаније која је резултат реструктурирања (преживели ентитет). Пошто би то могло довести до значајног погоршања права на учешће запослених у случајевима када у земљи у којој је седиште преживелог ентитета не постоји систем учешћа запослених, члан 133 предметне Директиве предвиђа три изузетка од овог правила. Први изузетак се примењује када је барем једно од предузећа које се спајају имало у последњих шест месеци пре прекограничног спајања више од 500 запослених, а ово предузеће послује по систему учешћа запослених. Други изузетак примењује се у случају када национално право које се примењује на предузеће настало прекограничним спајањем не предвиђа барем исти ниво учешћа запослених који послује у релевантним компанијама које се спајају, мерено у односу на пропорцију представника запослених међу члановима управног или надзорног органа. Коначно, трећи изузетак се односи на случај када национално право које се примењује на предузеће настало прекограничним спајањем не предвиђа иста права на учешће за запослене у предузећима насталим прекограничним спајањем која се налазе у другим државама чланицама као за запослене у држави чланици у којој компанија настала прекограничним спајањем има седиште. Ако се примени било који изузетак, долази до формирања посебног преговарачког тела и запослени морају да преговарају са органима компанија које се спајају о

С друге стране, право запослених на информисање и консултовање је сврстано у корпус основних социјалних права у комунитарном праву, што изражава и Повеља о основним правима у Европској унији од 2000. године. Према члану 27 ове Повеље, „радницима или њиховим представницима се мора, на одговарајућим нивоима, јемчити благовремена информисаност и консултовање у случајевима и под условима који су предвиђени правом Уније и законима и праксом држава чланица“.¹⁸⁵⁹ Наведени члан послужио је као „извор инспирације“ за усвајање Директиве 2002/14/ЕЗ о успостављању општег оквира за информисање и консултовање са запосленима у Европској унији.¹⁸⁶⁰ Ова Директива представља системски правни акт у овој области и има за циљ успостављање општег оквира којим се утврђују минимални захтеви у погледу права запослених на информисање и консултовање у предузећима са најмање 50 запослених или организационим јединицама (зависним друштвима) са најмање 20 радника у једној од држава чланица. То значи да одредбе утврђене у овој Директиви надопуњују и подржавају одредбе већ постојећег законодавства Заједнице које се односи на информисање и консултовање, посебно оно које се односи на колективно отпуштање и социјалне последице преноса предузећа. Приликом састављања оваквог општег оквира, законодавац Заједнице се држао начела минималних захтева, што значи да државе чланице и социјални партнери који су позвани да примене Директиву 2002/14/ЕЗ могу да обезбеде шире признавање тог права, како са квалитативног, тако и са квантитативног становишта.¹⁸⁶¹ Тако, у складу са одредбама предметне Директиве, „практична решења за информисање и консултовање дефинишу се и спроводе у складу с националним правом и праксом везано за односе међу социјалним партнерима на снази у појединим државама чланицама тако да се осигура њихова делотворност“.¹⁸⁶² Подразумева се да ће, без обзира на њихову природу (законодавну или уговорну), практична решења бити инспирисана начелом ефикасности, које ће се увек сматрати неопходном допуном принципа супсидијарности.¹⁸⁶³ У том смислу, при дефинисању и спровођењу практичних решења за информисање и консултовање, преговори

будућем систему учешћа запослених. У случају неуспешних преговора, примењиваће се стандардна правила. Директива 2017/1132/ЕУ, члан 133.

¹⁸⁵⁹ Charter of Fundamental Rights of The European Union, члан 27.

¹⁸⁶⁰ Directive 2002/14/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 2002 establishing a general framework for informing and consulting employees in the European Community - Joint declaration of the European Parliament, the Council and the Commission on employee representation (*Official Journal* L 80, 23.3.2002, 29–34).

¹⁸⁶¹ Edoardo Ales, „2002/14/EC: Framework Information and Consultation, у: Monika Schlachter (ed.). EU Labour Law - A Commentary, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2015, 532.

¹⁸⁶² Директива 2002/14/ЕЗ, члан 1(1).

¹⁸⁶³ E. Ales, „2002/14/EC: Framework Information and Consultation“, 532.

послодавца и представника радника морају се спроводити у духу *saradnje* који првенствено подразумева поштовање узајамних права и обавеза, као и узимање у обзир интереса и предузећа и запослених. У погледу самог садржаја права на информисање и консултовање, Директива 2002/14/ЕЗ предвиђа да предузећа обухваћена њеним подручјем примене имају обавезу да информишу представнике запослених о најновијем и могућем развоју делатности предузећа или његовој економској ситуацији, док о стању, структури и могућем развоју запошљавања у предузећу и свим предвиђеним антиципираним мерама, посебно када је запослење угрожено, као и о одлукама које би могле довести до значајних промена у организацији рада или у уговорним односима, представници запослених морају бити не само обавештени, већ и консултовани. Притом, информације морају бити дате у време, на начин и са садржајем који је прикладан да омогући, посебно представницима запослених, да спроведу одговарајућу студију и, по потреби, да се припреме за консултовање, које се одржава (на релевантном нивоу управљања и представљања) с циљем постизања споразума о одлукама које спадају у делокруг овлашћења послодавца.¹⁸⁶⁴ У том смислу, ваља истаћи да формула у *циљу постизања договора* „тежи наметању обавезе социјалног дијалога у доброј вери“,¹⁸⁶⁵ али не утичу на управљачка овлашћења послодавца, па недостатак договора између страна не мења способност органа послодавца да самостално доноси одлуку.

Поред наведеног, други значајан правни акт у европском комунитарном праву у погледу права на информисање и консултовање је Директива 2009/38/ЕЗ о оснивању европског савета запослених или увођењу поступка који обухвата предузећа и групе предузећа на нивоу Заједнице ради информисања и консултовања запослених.¹⁸⁶⁶ Циљ усвајања ове Директиве јесте унапређење права запослених на информисање и консултовање, и то у предузећима са најмање 1 000 запослених у државама чланицама и најмање 150 запослених у свакој од најмање две државе чланице, као и у групама

¹⁸⁶⁴ Директива 2002/14/ЕЗ, члан 4.

¹⁸⁶⁵ Filip Dorsemont, „Case C-55/02, Commission of the European Commission v. Portuguese Republic; Case C-188/03, Imtraud Junk v. Wolfgang Kühnel“, *Common Market Law Review*, vol. 45, број 1/2006, 239.

¹⁸⁶⁶ Directive 2009/38/EC of the European Parliament and of the Council of 6 May 2009 on the establishment of a European Works Council or a procedure in Community-scale undertakings and Community-scale groups of undertakings for the purposes of informing and consulting employees (Recast) (Text with EEA relevance) (*Official Journal L* 122, 16.5.2009, 28–44)). Усвајањем ове Директиве, престала је да важи Директива Савета 94/45/ЕЗ о оснивању европског савета запослених или увођењу поступка који обухвата предузећа и групе предузећа на нивоу Заједнице ради информисања и консултовања запослених (Council Directive 94/45/EC of 22 September 1994 on the establishment of a European Works Council or a procedure in Community-scale undertakings and Community-scale groups of undertakings for the purposes of informing and consulting employees, (*Official Journal L* 254, 30.9.1994, 64–72)).

предузећа који послују на нивоу Заједнице. С обзиром на то, поставља се питање односа ове Директиве и начина њене координације са Директивом 2002/14/ЕЗ или са процедуром информисања и консултовања која је алтернативно утврђена. Да би предупредио евентуални сукоб правних аката, европски законодавац је увео правило да су поступци за информисање и консултовање запослених који су уређени Директивом 2009/38/ЕЗ, као и надлежност европског савета запослених, ограничени на транснационална питања, односно на предузећа која послују на нивоу Заједнице или на групе предузећа које послују на нивоу Заједнице као целина или на најмање два предузећа у два различита државама чланицама.¹⁸⁶⁷ То, дакле, значи да на комунитарном нивоу постоје два општа правна оквира информисања и консултовања запослених: један који важи на националном нивоу (успостављен Директивом 2002/14/ЕЗ) и други који је обезбеђен на транснационалном нивоу (Директивом 2009/38/ЕЗ), при чему оба имају за циљ јачање већ постојећих посебних одредби о информисању и консултовању садржаних, пре свега, у Директиви 2001/23/ЕЗ о преносу предузећа и Директиви Савета 98/59/ЕЗ о усклађивању законодавстава држава чланица у односу на колективно отпуштање.¹⁸⁶⁸ Иначе, Директива 2009/38/ЕЗ о европском савету запослених не одређује тачно обим информисања и консултовања, али је установила одговорност преговарачких страна да прецизирају ситуације у којима се покреће поступак информисања и консултовања. Уз то, Прилог I уз ову Директиву садржи допунске одредбе у случају да преговарачко тело запослених и управни органи послодавца не могу постићи споразум. У том смислу, Прилог прописује да европски савет запослених мора бити информисан и консултован о битним променама у организацији, увођењу нових метода рада или производних поступака, преносу производње, спајању, смањењу или затварању предузећа, подружница или њихових битних делова, колективном отпуштању вишка запослених и другим значајним питањима.¹⁸⁶⁹

Коначно, Европска унија је и непосредно регулисала питање информисања и консултовања запослених у случају реструктурирања предузећа, и то још седамдесетих

¹⁸⁶⁷ Директива 2009/38/ЕЗ, члан 1(3) и 1(4).

¹⁸⁶⁸ Осим тога, информисање и консултовање европског савета запослених повезано је са информисањем и консултовањем националних представничких тела запослених. Начини њиховог повезивања утврђују се споразумом, који не сме довести у питање одредбе националног права и/или праксе о информисању и консултовању запослених. Када такви начини нису дефинисани споразумом, државе чланице су дужне да осигурају да се поступци информисања и консултовања воде у европском савету запослених, као и у националним представничким телима запослених ако се очекују одлуке које би могле водити ка битним променама организације рада или уговорних односа. Директива 2009/38/ЕЗ, члан 9.

¹⁸⁶⁹ Директива 2009/38/ЕЗ, Прилог I, члан 1(а).

година прошлог века, директивама које се баве заштитом права запослених у случају колективног отпуштања (Директива Савета 75/129/ЕЕЗ) и преноса предузећа (Директива Савета 77/187/ЕЕЗ). Стога је јако значајно што је касније усвојеним директивама Европске уније којима је успостављен општи оквир информисања и консултовања запослених у комунитарном праву (Директива 2002/14/ЕЗ и Директива 2009/38/ЕЗ), изричито предвиђено да ове директиве не доводе у питање посебне поступке информисања и консултовања утврђене чланом 2 Директиве 98/59/ЕЗ¹⁸⁷⁰ (раније Директиве 75/129/ЕЕЗ) и чланом 7 Директиве 2001/23/ЕЗ (раније Директиве 77/187/ЕЕЗ).¹⁸⁷¹ Иначе, разлога за непосредно уређење питања информисања и консултовања запослених у поступцима реструктурирања предузећа било је више. Пре свега, један од основних циљева усвајања обе наведене директиве била је потреба да се осигура упоредива заштита права запослених у свакој држави чланици Заједнице, уз усклађивање трошкова колективног отпуштања, као и трошкова преноса предузећа која послују на нивоу Заједнице,¹⁸⁷² па је стварање хармонизованих правила о партиципацији запослених требало да допринесе том циљу, имајући у виду да државе чланице имају веома различите моделе учешћа запослених у одлучивању, а разлике могу имати озбиљне економске последице. Поред тога, значајан мотив усвајања директива у области реструктурирања предузећа било је настојање да се ублажи отпор запослених, а један од начина за постизање тог циља јесте, свакако, увођење права на партиципацију запослених којим се унапређује узајамно разумевање, смањује осећај подређености и обезбеђује подршка менаџерским прерогативима послодавца. Најзад, треба имати на уму да су одредбе ове две директиве усмерене на ублажавање негативних социјалних последица реструктурирања, али без угрожавања овлашћења послодавца да доноси економске одлуке, што се најбоље постиже посредством процесних права запослених, међу којима је право на информисање и консултовање основно.¹⁸⁷³ Имајући у виду наведено, директиве о колективном отпуштању и преносу предузећа садрже мање или више флексибилна решења којима се уводе минимални захтеви у области поштовања права запослених на информисање и консултовање, уз дозволу државама чланицама да подигну ниво заштите запослених и изаберу начин постизања задатих циљева. Тако, Директива о колективном отпуштању осигурава

¹⁸⁷⁰ Council Directive 98/59/EC of 20 July 1998 on the approximation of the laws of the Member States relating to collective redundancies (*Official Journal* L 225, 12.8.1998, 16–21).

¹⁸⁷¹ Директива 2002/14/ЕЗ, члан 9 и Директива 2009/38/ЕЗ, члан 12(4).

¹⁸⁷² R. Blanpain, *European Labour Law*, 683.

¹⁸⁷³ *Ibid.*

усклађивање поступка колективног отпуштања утврђујући обавезу информисања и консултовања представника запослених, као и обавезу сарадње са надлежним телом јавне власти (агенцијом за запошљавање), док Директива о преносу предузећа предвиђа обавезу послодавца претходника и послодавца следбеника да обавесте представнике својих запослених о будућој промени послодавца, и то пре него што се пренос предузећа изврши, односно пре него што почне непосредно утицати на њихове услове рада и запослења. У међевремену, обе ове директиве су измењене како би појасниле одређене појмове и уважиле промене које су се догодиле у пословној пракси, при чему Директива 2001/23/ЕЗ није значајније мењала област партиципације запослених, док је Директива Савета 98/59/ЕЗ (и њена претходна верзија 92/56/ЕЕЗ¹⁸⁷⁴) побољшала поступак информисања и консултовања запослених у вези са колективним отпуштањем у случају да одлуку о отказу донесе предузеће које се налази у другој држави чланици, без обзира на ниво одлучивања.¹⁸⁷⁵

2.1. Право на информисање и консултовање запослених у околностима промене послодавца

Признавање запосленима права на информисање представља значајну, „вишу фазу“ у развоју колективног радног права - оно се сматра нужном претпоставком за ограничавање правне подређености, једним од начина сузбијања „ауторитарног менџмента“ и злоупотреба у прикупљању података о запосленима. Другим речима, право на информисање представља пут за развој индустријске демократије и, коначно, за потврђивање концепта запосленог-грађанина.¹⁸⁷⁶ У правним актима Европске уније, информисање се дефинише као преношење података представницима запослених од стране послодавца како би им се омогућило упознавање са одређеним предметом и његово разматрање.¹⁸⁷⁷ Дакле, право на информисање представља, заправо, обавезу послодавца да остваривање тог права буде ефикасно. Ово је изузетно вредан закључак, јер се од самог послодавца тражи да буде активан у пружању информација, тамо где то прописује европско комунитарно право и национално законодавство и пракса, без

¹⁸⁷⁴ Council Directive 92/56/EEC of 24 June 1992 amending Directive 75/129/EEC on the approximation of the laws of the Member States relating to collective redundancies (*Official Journal* L 245, 26.8.1992, 3–5).

¹⁸⁷⁵ Lj. Kovačević, „Information and Consultation of Employees in Case of Collective Redundancy and Transfer of Undertakings – (In)Compatibility of Serbian Legislation and Case Law with International and European Standards“, 43-44.

¹⁸⁷⁶ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, 1072.

¹⁸⁷⁷ Директива 2002/14/ЕЗ, члан 2(ф); Директива 2009/38/ЕЗ, члан 2(ф).

обзира на однос запослених према њима. Осим тога, изузетно значајну чињеницу, у погледу положаја запослених, представља и прописивање (у свим релевантним актима Европске уније) дужности послодавца да информације доставља у оно време, на такав начин и са таквим садржајем који су одговарајући како би представницима запослених омогућили предузимање детаљне процене могућег утицаја и, када је то потребно, припрему консултовања са надлежним органом послодавца.¹⁸⁷⁸ Дакле, право на информисање је праћено правом на консултовање, како би у погледу одређених питања, посебно важних за положај запослених, послодавац пре доношења одлука узео у обзир мишљење представника запослених. Притом, за разлику од информисања које има једносмеран ток - од послодавца ка запосленом, консултовање значи успостављање дијалога и размену мишљења између представника запослених и управе послодавца, и то у време, на начин и са таквим садржајем који представницима запослених омогућавају изражавање мишљења на темељу информација датих о предложеним мерама на које се консултовање односи.¹⁸⁷⁹ Консултовање треба да се одвија тако да се омогући представницима запослених да се састану са послодавцем и добију одговор, као и разлоге за такав одговор, на било које мишљење које изразе. Крајњи циљ консултовања јесте постизање споразума око одлука у надлежности послодавца, премда коначна одлука обично остаје на послодавцима и та одлука може, али не мора, одражавати ставове запослених.

Право на информисање и консултовање запослених, као основно социјално право, може да се реализује посредством синдиката, савета запослених, правоваљано изабраних представника запослених или непосредно свих запослених код малих послодаваца.¹⁸⁸⁰ Међутим, на комунитарном нивоу постоје одређене дилеме и теоријске полемике у погледу чињенице ко је субјект наведеног права - непосредно запослени или представници запослених. Дилему је изазвао, пре свега, члан 27 Повеље о основним правима у Европској унији, према којем „запосленима или њиховим представницима се мора, на одговарајућим нивоима, јемчити благовремена информисаност и консултовање [...]“.¹⁸⁸¹ С обзиром на наведену формулацију, може се тврдити да наведени члан, алтернативно, предлаже да се „запослени или њихови представници“ обавесте и консултују, и то ако представници запослених нису правоваљано изабрани (на одговарајућем нивоу), онда ће запослени (као појединци или

¹⁸⁷⁸ Директива 2002/14/ЕЗ, члан 4(3); Директива 2009/38/ЕЗ, члан 2(f).

¹⁸⁷⁹ Директива 2002/14/ЕЗ, члан 2(g); Директива 2009/38/ЕЗ, члан 2(g).

¹⁸⁸⁰ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, 1073.

¹⁸⁸¹ Charter of Fundamental Rights of The European Union, члан 27.

као група) бити непосредно информисани и консултовани. С тим у вези, поставља се питање да ли то значи да члан 27 Повеље не захтева постојање представника запослених на свим релевантним нивоима да би запослени били (информисани и) консултовани, будући да се ни право на представљеност, ни дужност оснивања сталног консултативног тела (у оквиру предузећа) не могу наћи у наведеном члану. У том смислу, у теорији се истиче да, ипак, постоји разлог за неку врсту представљања запослених, посебно у погледу консултовања, јер је тешко разумети како се запослени као појединци, па чак и као група (колико год била мала), могу ефикасно консултовати о управљачким одлукама послодавца, без ослањања на некога ко је стално и компетентно посвећен том задатку.¹⁸⁸² Међутим, треба ипак, бити изузетно опрезан при истицању важности представника запослених што се тиче остваривања права/дужности на информисање и консултовање, јер би то, као нежељена последица, могло довести до раздвајања информисања и консултовања, у смислу да се прво признаје запосленима као појединцима или групи, а друго само ако постоје правоваљано изабрани представници запослених.

То се управо и догодило са Директивом 2001/23/ЕЗ, која у члану 7 предвиђа опсежне дужности информисања и консултовања запослених. Овим чланом се, пре свега, прописује „основни модел“ партиципације запослених који подразумева *информисање и консултовање* преко представника запослених, док се посебним ставом, као изузетак, предвиђа *обавеза информисања* непосредно запослених, ако нема изабраних представника запослених.

2.1.1. Обавеза информисања и консултовања представника запослених као правило

У складу са чланом 7(1) Директиве 2001/23/ЕЗ, послодавац претходник и послодавац следбеник имају обавезу да обавесте представнике својих запослених о детаљима предвиђеног преноса.¹⁸⁸³ Субјекти права на информисање су сви запослени на које утиче пренос предузећа, односно промена послодавца, а не само они чији се уговори о раду преносе на послодавца следбеника. Међутим, обавештење се не доставља запосленима непосредно, већ се то чини посредством представника запослених. Директива, притом, предвиђа да садржину обавештења морају чинити сви битни детаљи преноса, и то: датум или предложен датум преноса; разлози за пренос;

¹⁸⁸² E. Ales, „2002/14/EC: Framework Information and Consultation“, 532.

¹⁸⁸³ Директива 2001/23/ЕЗ, члан 7 (1).

правне, економске и социјалне импликације преноса за запослене, и све предвиђене мере у односу на запослене. И послодавац претходник, и послодавац следбеник су дужни да обавештење доставе благовремено. У случају послодавца претходника, то мора бити пре него што се изврши пренос, а, у случају послодавца следбеника, обавештење се мора доставити пре него што пренос предузећа почне непосредно утицати на услове рада и запослења „његових“ запослених.¹⁸⁸⁴

С друге стране, обавеза консултовања запослених постоји само у једном случају: ако послодавац претходник или послодавац следбеник предвиде мере у вези са запосленима. Међутим, ако се има у виду да „мере“ укључују све правне, економске или социјалне промене које утичу на запослене, попут, распоређивања запослених на друго радно место, прерасподеле задатака или промене у организацији пословања, може се рећи да је обавеза консултовања запослених пре правило, него изузетак.¹⁸⁸⁵ Консултовање се, иначе, мора обавити благовремено, пре него што у предузећу дође до наведених промена, а, у циљу *постизања споразума* о планираним мерама. Тиме се потврђује да је главни циљ европског законодавства био да се побољша укључивање представника запослених у процедурама преноса предузећа, како би се минимизирао социјални утицај ових процедура. То, међутим, не значи да се споразум мора постићи, будући да представници запослених немају право вета на одлуке послодавца, али се са њима мора преговарати о наведеном питању. Другим речима, консултовање има неку врсту саветодавне функције, која се, свакако, не сме третирати као пука формалност. Напротив, консултовање је често неопходан услов за доношење и спровођење одлука послодавца, због чега се у многим земљама одлуке доносе без претходног информисања и консултовања запослених сматрају неважећим (нпр. у Немачкој и Француској).¹⁸⁸⁶

Напред описане обавезе информисања и консултовања запослених, сходно одредбама Директиве 2001/23/ЕЗ, могу бити ограничене националним законодавством држава чланица у два посебна случаја. Прво, државе чланице могу ограничити наведену обавезу на случајеве у којима би пренос предузећа могао да изазове „озбиљне непогодности за знатан број запослених“. Ова могућност је отворена за државе чланице чији радноправни системі „омогућавају представницима запослених да се могу

¹⁸⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁸⁵ K. Riesenhuber, *op. cit.*, 601.

¹⁸⁸⁶ Lj. Kovačević, „Information and Consultation of Employees in Case of Collective Redundancy and Transfer of Undertakings – (In)Compatibility of Serbian Legislation and Case Law with International and European Standards“, 40.

послужити арбитражом како би добили одлуке о мерама које ће се предузети у вези са запосленима“.¹⁸⁸⁷ Друго, државе чланице могу обавезу информисања и консултовања ограничити на предузећа или организационе јединице који, што се тиче броја запослених, испуњавају услове за избор или именовање колегијалног тела за представљање запослених (*клаузула о малим предузећима*).¹⁸⁸⁸ Ова одредба се бави ситуацијом попут оне у Холандији где се обавеза информисања и консултовања представника радника примењује само на савете запослених, а то, у суштини, значи само на предузећа која запошљавају најмање 100 запослених, или најмање 35 запослених за више од једне трећине стандардног радног времена, будући да је у истима оснивање савета запослених обавезно.

Најзад, ваља нагласити да Директива 2001/23/ЕЗ садржи правило које спречава компаније да заобиђу обавезу информисања и консултовања позивајући се на чињеницу да је одлуку о преносу предузећа донела друга компанија у оквиру групе компанија која контролише послодавца. Обавезе информисања и консултовања се примењују без обзира на то да ли је одлуку о преносу предузећа донео директно послодавац претходник или друго привредно друштво које контролише послодавца. У том смислу, у Директиви 2001/23/ЕЗ се изричито наводи да „аргумент да је до таквог кршења дошло зато што привредно друштво које контролише послодавца није осигурало информацију, неће се прихватити као изговор“.¹⁸⁸⁹

2.1.2. Обавеза непосредног информисања запослених као изузетак

Само изузетно, Директива 2001/23/ЕЗ намеће обавезу државама чланицама да осигурају да се запослени непосредно и *унапред* обавесте о свим битним детаљима преноса предузећа, и то у предузећима или организационим јединицама где су „запослени без своје кривице без представника“.¹⁸⁹⁰ То може бити случај, примера ради, када није пређен праг за оснивање представничког тела запослених, будући да у том случају представљање запослених није постигнуто из разлога који нису последица недостатка организације запослених.¹⁸⁹¹ У складу са системским тумачењем наведене одредбе члана 7(6) Директиве, чини се да је законодавац увео обавезу непосредног

¹⁸⁸⁷ Директива 2001/23/ЕЗ, члан 7(3).

¹⁸⁸⁸ *Ibid.*, члан 7(5).

¹⁸⁸⁹ *Ibid.*, члан 7(4).

¹⁸⁹⁰ *Ibid.*, члан 7(6).

¹⁸⁹¹ К. Riesenhuber, *op. cit.*, 602.

информисања запослених као допуну „клаузуле о малим предузећима“, предвиђену у претходном ставу истог члана. Овакав закључак произилази и када се примени телеолошко тумачење, будући да би пренос „малог предузећа“, у принципу, могао бити лакше разумљив за сваког запосленог.¹⁸⁹² Наведени изузетак, међутим, није добро и прецизно формулисан као допуна ставу 5, с обзиром да се потоња одредба примењује тамо где нису испуњени услови за оснивање колегијалног тела представника запослених, док се став 6 примењује само ако нема представника запослених.

Највећи спор у вези са одредбом члана 7(6) Директиве 2001/23/ЕЗ произашао је, међутим, из чињенице да је наведеном одредбом предвиђена само обавеза послодавца да информисе дотичне запослене о релевантним чињеницама, али не и обавеза да их консултује по било ком питању. Другим речима, обавезе информисања и консултовања у Директиви 2001/23/ЕЗ имају различит третман, будући да се консултовање може спровести искључиво посредством представника запослених, док се информисање, по правилу, извршава преко представника запослених, али постоји алтернатива у смислу прописивања обавезе непосредног информисања запослених у случају „када су запослени без своје кривице без представника“. Притом, сама Директива не даје дефиницију представника запослених, већ предвиђа да се наведени термин и други повезани термини одређују у складу са законима или праксом држава чланица.¹⁸⁹³ То може довести до заобилажења обавезе консултовања у свим радноправним системима (попут британског) у којима оснивање представничких тела није обавезно, већ се представљање запослених врши преко синдиката.¹⁸⁹⁴ Међутим, у својој значајној одлуци од 1992. године, Суд правде је „преусмерио“ значење одредбе члана 7(6) Директиве 2001/23/ЕЗ, одбијајући да прихвати мишљење Велике Британије према којем је Директива 2001/23/ЕЗ „ограничена на делимично усклађивање правила која се односе на заштиту запослених у време преноса предузећа, те да не захтева од држава чланица да обезбеде посебно представљање запослених ради испуњавања обавеза које прописује и да је сам законодавац Заједнице предвидео могућност да национални закон

¹⁸⁹² *Ibid.*

¹⁸⁹³ Директива 2001/23/ЕЗ, члан 2(с).

¹⁸⁹⁴ Наиме, у појединим земљама (Великој Британији, Ирској, Финској, Шведској, Данској, Пољској, Литванији, Кипру и Малти) постоји модел „једног колосека“ представљања запослених који одликује једноставност пошто су улога/функција синдиката и савета запослених спојене, те се синдикат појављује као једини саговорник/партнер послодавца. Услед наведеног, синдикално неорганизовани запослени остају ван могућности представљања, што нарочито долази до изражаја у земљама са ниском стопом синдикализације. Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, 1075.

може да не захтева представљање запослених у пренесеном предузећу¹⁸⁹⁵. Према налажењу Суда правде, међутим, „тумачење које је предложила Велика Британија омогућило би државама чланицама да одреде случајеве у којима представници запослених могу бити информисани и консултовани, будући да они могу бити информисани и консултовани само у предузећима у којима национални закон предвиђа именовање представника запослених. Тиме би се државама чланицама омогућило да члан 6 (сада члан 7 - М. Д.) Директиве лише његовог пуног дејства“¹⁸⁹⁶. У ствари, према оцени Суда, намера законодавца Заједнице није била да дозволи различитим националним правним системима да прихвате ситуацију у којој представници запослених нису именовани јер је такво именовање неопходно како би се осигурало поштовање обавеза утврђених чланом 6 (сада чланом 7 - М. Д.) Директиве.¹⁸⁹⁷ Дакле, Суд правде је пригрлио идеју да се право на информисање и консултовање мора тумачити као обавеза послодавца да укључи представнике запослених у процес информисања и консултовања запослених у случају преноса предузећа, услед чега је настала дужност држава чланица да обезбеде неку врсту представљања запослених, иако *ad hoc*, како би се гарантовало уживање наведених права запослених.¹⁸⁹⁸ Таква идеја је, чини се, касније прихваћена и у законодавству Заједнице, и то, пре свега, у Директиви 2002/14/ЕЗ која већ у преамбули појашњава да садашња глобална економска ситуација захтева, као општу карактеристику, „оснаживање дијалога и промовисање међусобног поверења унутар предузећа како би се побољшало предвиђање ризика, пословна организација учинила делотворнијом, а запосленима омогућила обука у склопу предузећа уз очување сигурности, и то са циљем да запослени постану свесни потребе прилагођавања, да се повећа расположивост запослених за предузимање мера и активности којима ће се повећати њихова запошљивост, те да се промовише укључивање запослених у пословање и повећа конкурентност предузећа“¹⁸⁹⁹. Дакле, сходно европском законодавству, послодавци и запослени деле исти (приватни) интерес у сталном реципрочном ангажовању у управљању предузећем. У том смислу, циљ европских директива у овој области јесте да се свим запосленима гарантује ефикасно остваривање права на информисање и консултовање како би се лакше носили

¹⁸⁹⁵ Пресуда у предмету бр. C-382/92 (*Commission of the European Communities v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*) од 8. јуна 1994. године (*European Court Reports* 1994, 233), параграф 13.

¹⁸⁹⁶ *Ibid.*, параграф 19.

¹⁸⁹⁷ *Ibid.*, параграф 24.

¹⁸⁹⁸ Након ове пресуде, Велика Британија је у своје радно законодавство увела одредбе које предвиђају избор одговарајућих представника запослених који нису синдикално организовани. N. Countouris, W. Njoja, *op. cit.*, 452.

¹⁸⁹⁹ Директива 2002/14/ЕЗ, уводна изјава 7 преамбуле.

са социјалним последицама сталних промена којима су предузећа изложена у глобализованој економији. Дакле, с једне стране, право на информисање и консултовање јесте индивидуално право, у смислу да га сваки запослени треба безусловно уживати, а, с друге стране, оно је и колективно право, у смислу да ниједан појединац не може сам да прихвати изазов „да се упозна“ са горе наведеним променама без помоћи надлежног и сталног представничког тела.¹⁹⁰⁰ Међутим, пре него што се покуша дати одговор на кључно питање да ли су, ради постизања ефикасног информисања и консултовања запослених, државе чланице дужне да обезбеде неку врсту представљања запослених (барем у предузећима која спадају у област примене предметних директива) или ће модел партиципације запослених који постоји на националном нивоу бити довољан, треба истражити улогу коју непосредно учешће запослених може имати као алтернатива укључивању представника запослених. У том циљу, ваља поћи, још једном, од преамбуле Директиве 2002/14/ЕЗ која јасно истиче да „ова Директива не доводи у питање оне националне системе који предвиђају непосредно укључивање запослених, све док они могу несметано у сваком тренутку остварити своје право на информисање и консултовање преко својих представника“.¹⁹⁰¹ Дакле, непосредно учешће запослених је дозвољено само под два специфична услова: прво, да је национални систем информисања и консултовања већ заснован на њему и, друго, да запослени имају право, у било ком тренутку, да затраже укључивање својих представника. Осим тога, чињеница да је непосредна партиципација запослених за европског законодавца друга, мање пожељна, опција од информисања и консултовања преко представника запослених, очигледно произилази и из члана 4(3) Директиве 2002/14/ЕЗ према којој ће „информације бити дате у то време, на такав начин и са садржајем који је прикладан да омогући, посебно представницима запослених, да спроведу одговарајућа истраживања и, када је то потребно, припреме се за консултовање“. Дакле, иако се непосредно учешће запослених (барем код информисања) не може искључити, предност се даје (такође код информисања) укључивању представника запослених. Стога, осим ако су два горе наведена услова задовољена, може се тврдити да, у циљу делотворног остваривања права запослених на информисање и консултовање, мора постојати нека врста представљања запослених које државе чланице обезбеђују, барем у оквиру предузећа, на „релевантном“ нивоу на којем ће се одржати консултовање. Штавише, појам, циљеви, садржај и временски

¹⁹⁰⁰ E. Ales, „2002/14/EC: Framework Information and Consultation“, 529.

¹⁹⁰¹ Директива 2002/14/ЕЗ, уводна изјава 16 преамбуле.

оквир информисања и консултовања дефинисани у европским директивама иду, такође, у прилог аргументима да је укључивање представника запослених у процес информисања и консултовања пожељнија опција од непосредног учешћа запослених, премда се тиме не оспорава чињеница да је право на информисање и консултовање индивидуално право сваког запосленог. Заиста, ко други осим сталног представничког тела може реаговати онолико брзо и компетентно колико је потребно за благовремено информисање и формулисање мишљење на основу којег се може одржати консултовање? Ко други осим сталног представничког тела може ангажовати управу послодавца ради постизања договора? Чини се да запослени као појединци или чак као група не могу ваљано одговорити овим задацима.¹⁹⁰² Стога, у циљу постизања пуног дејства Директиве 2001/23/ЕЗ (као и Директиве 2002/14/ЕЗ), исту треба тумачити тако да захтева од држава чланица да обезбеде неку врсту представљања запослених барем у оквиру предузећа која спадају у њено подручје примене. И то не представљање било какве врсте, будући да ће такво представничко тело бити законом овлашћено за пријем и обраду информација ради припреме за консултовање, као и за спровођење консултовања у циљу постизања споразума.

2.2. Положај представника запослених у околностима промене послодавца

С обзиром на напред описану важност постојања представника запослених за ефикасно остваривање права запослених на информисање и консултовање, поставља се питање да ли и како промена послодавца утиче на њихов статус и функције, уколико су код послодавца претходника били правоваљано изабрани или именовани. С једне стране, правни положај представника запослених се мора заштити. Будући да пренос предузећа сам по себи не може оправдати промене у представљању запослених, таква заштита се, такође, може сматрати неопходном како би се спречила злоупотреба, односно „рушење представничког тела запослених путем преноса предузећа“.¹⁹⁰³ С друге стране, пренос предузећа не може оправдати успостављање представничког тела чије успостављање иначе не би било потребно или законито. Сходно томе, пренос предузећа може захтевати да се успостави ново представништво запослених у светлу нових околности пословања. У таквим случајевима, међутим, морала би се предвидети заштита интереса запослених до поновног избора њихових представника. С обзиром на

¹⁹⁰² E. Ales, „2002/14/EC: Framework Information and Consultation“, 531.

¹⁹⁰³ K. Riesenhuber, *op. cit.*, 603.

наведено, европски законодавац је у садржину Директиве 2001/23/ЕЗ унео посебне одредбе (члана 6) које имају за циљ да осигурају задржавање и заштиту статуса и функције представника или представништва запослених погођених преносом предузећа, под истим условима који су постојали до дана преноса предузећа на темељу закона и других прописа или споразума. Заштита статуса и функција гарантована одредбама ове Директиве односи се на све „представнике запослених који су националним законима или праксом признати као такви“.¹⁹⁰⁴ За разлику од Директиве 77/187/ЕЕЗ од 1977. године, Новела Директиве 98/50/ЕЗ од 1998. године, није искључила из Директиве „чланове административних, управних или надзорних органа послодавца који представљају запослене у таквим органима у одређеним државама чланицама“,¹⁹⁰⁵ те и наведена лица уживају заштиту својих функција и статуса. То, дакле, значи да су Директивом 2001/23/ЕЗ заштићени статус и функције свих институционалних и неформалних облика партиципације запослених који су предвиђени националним законодавством или праксом, и то: 1) синдикалних представника, односно лица које је именовао или изабрао синдикат или чланова синдиката, затим 2) чланова савета запослених или другог представничког тела, и 2) свих изабраних представника које су запослени предузећа изабрали у складу са националним прописима (законом, колективним уговором или другим актом аутономног права) или праксом држава чланица. Директива 2001/23/ЕЗ гарантује да ће статус и функција свих наведених лица бити сачувани под истим условима који су постојали пре преноса, ако пренесено предузеће сачува своју аутономију (енгл. *to preserve its autonomy*, нем. *seine Selbständigkeit behält*, фр. *conserve son autonomie*), а услови неопходни за успостављање представништва запослених остану испуњени.¹⁹⁰⁶ Питање да ли је предузеће очувало своју *аутономију* треба разликовати од питања да ли је очувало свој *привредни идентитет* на основу којег се, сходно члану 1(1) Директиве 2001/23/ЕЗ, одређује да ли уопште постоји пренос предузећа. Према мишљењу Суда превде у Луксембургу, „да су концепти „идентитета“ и „аутономије“ еквивалентни [...] услов који се односи на очување аутономије предузећа био би лишен сваке сврхе, будући да би се члан 6 Директиве аутоматски примењивао ако би привредни ентитет задржао свој идентитет, у смислу члана 1(1) Директиве. Сходно томе, ти концепти нису еквивалентни и питање да ли је предузеће сачувало своју

¹⁹⁰⁴ Директива 2001/23/ЕЗ, члан 2(с).

¹⁹⁰⁵ Директива 77/187/ЕЕЗ, члан 2(с).

¹⁹⁰⁶ Директива 2001/23/ЕЗ, члан 6(1), подстав 1.

аутономију, у смислу члана 6 Директиве 2001/23, мора се размотрити тек након што се утврди да је до преноса предузећа заиста дошло у смислу ове Директиве“.¹⁹⁰⁷ Према оцени Суда, термин аутономија, у смислу привредног ентитета, „означава овлашћења, додељена онима који су задужени за тај субјект, да релативно слободно и независно организују рад у оквиру тог субјекта у обављању његове посебне привредне делатности, а нарочито овлашћења да издају наредбе и упутства, додељују задатке запосленима у дотичном субјекту и утврђују употребу имовине која је на располагању субјекту, а све то без директне интервенције других организационих структура послодавца („организациона овлашћења“).¹⁹⁰⁸ Сходно томе, аутономија ће, у смислу одредби члана 6 Директиве 2001/23, бити очувана уколико, након преноса предузећа, организациона овлашћења лица која су одговорна за управљање пренесеним предузећем остану непромењена у поређењу са ситуацијом која је била на снази пре преноса предузећа.¹⁹⁰⁹ Уколико се то догоди, представници запослених ће наставити да уживају заштиту права која су везана за њихов статус и функције, попут права на плаћено одсуство због обављања синдикалних активности и права на заштиту од отказа због статуса или активности као представника запослених или учешћа у синдикалним активностима. Притом, Директива 2001/23/ЕЗ не прописује садржај права на заштиту представника запослених, већ само гарантује да ће њихов статус и функције бити очувани под истим условима који су постојали до промене послодавца, ако је испуњен услов у погледу очувања аутономије предузећа.¹⁹¹⁰ Чак и ако се аутономија предузећа наруши, државе чланице су, сходно одредбама Директиве 2001/23/ЕЗ, дужне да предузимају потребне мере како би осигурале да преузети запослени који су били представљени пре преноса и даље буду примерено представљени у раздобљу које је

¹⁹⁰⁷ Пресуда у предмету бр. C-151/09 (*Federación de Servicios Públicos de la UGT (UGT-FSP) v. Ayuntamiento de La Línea de la Concepción, María del Rosario Vecino Uribe and Ministerio Fiscal*) од 8. јуна 1994. године (*European Court Reports* 2010, 452), параграф 36.

¹⁹⁰⁸ *Ibid.*, параграф 43.

¹⁹⁰⁹ *Ibid.*, параграф 44.

¹⁹¹⁰ У међународном радном праву, стандарди за рад и заштиту представника запослених успостављени су Конвенцијом број 135 о заштити и олакшицама које се пружају представницима радника у предузећу од 1971. године и Препоруком број 143 од исте године. Према одредбама ове Конвенције, представници радника у предузећу уживају ефикасну заштиту од сваког поступка који је штетан за њих, укључујући и отпуштање, због њиховог статуса или активности као представника радника или чланства синдиката или учешћа у синдикалним активностима, ако поступају у складу са важећим законима или колективним споразумима или другим заједнички договореним аранжманима. Осим тога, представницима радника у предузећу дају се одговарајуће олакшице како би им се омогућило да брзо и ефикасно обављају своје функције. Конвенција број 135 о заштити и олакшицама које се пружају представницима радника у предузећу, чл. 1 и 2.

потребно за поновно успостављање или поновно именоване представничког тела запослених у складу с националним правом или праксом.¹⁹¹¹

Међутим, правило о очувању статуса и функције представника запослених се не примењује ако су у складу са законима и другим прописима или праксом у државама чланицама, или на темељу споразума с представницима запослених, испуњени услови који су потребни за поновно именоване представника запослених или за поновно успостављање представничког тела.¹⁹¹² То се може догодити у случају да пренос предузећа резултира повећањем броја запослених који захтевају промену броја представника или структуре представничког тела.¹⁹¹³ Ипак, представници запослених којима мандат истиче као последица преноса и даље уживају заштиту коју пружа законодавство држава чланица од радњи послодавца које могу бити штетне по њихов положај.¹⁹¹⁴ Директива не предвиђа саме заштитне инструменте нити трајање периода заштите, већ само захтева да представници запослених наставе са уживањем заштите коју им пружају национални закони и други прописи или пракса држава чланица.

Коначно, Директива 2001/23/ЕЗ садржи посебне одредбе о положају представника запослених код послодавца претходника који подлеже стечајном или другом сличном поступку који је покренут са циљем ликвидације његове имовине и који је под надзором надлежног јавног органа (који може бити стечајни управник овлашћен од стране надлежног јавног органа). У наведеном случају, статус и функције представника или представничког тела запослених не морају да буду очувани, будући да, сходно одредбама Директиве, државе чланице „могу“ (али, не морају) предузети потребне мере како би осигурале да преузети запослени буду примерено представљени до нових избора или одређивања представника запослених.¹⁹¹⁵

2.3. Потешкоће које произилазе из примене постојећих правила о информисању и консултовању запослених

Напред дати преглед постојећих правила илуструје да неколико правних режима утиче на право запослених на информисање и консултовање у околностима промене послодавца, укључујући европска комунитарна и национална правила, што доводи до

¹⁹¹¹ Директива 2001/23/ЕЗ, члан 6(1), подстав 4.

¹⁹¹² Директива 2001/23/ЕЗ, члан 6(1), подстав 2.

¹⁹¹³ К. Riesenhuber, *op. cit.*, 604; С. Barnard, *op. cit.*, 619;

¹⁹¹⁴ Директива 2001/23/ЕЗ, члан 6(2).

¹⁹¹⁵ Директива 2001/23/ЕЗ, члан 6(1), подстав 3.

преклапања правила, али и до неизвесности у погледу њихове применљивости. Пре свега, питање ко су представници запослених може изазвати одређене дилеме. Да би остварили права на информисање и консултовање, запосленима су потребни представници на нивоу послодавца или његове организационе јединице. Међутим, Директива 2001/23/ЕЗ препушта државама чланицама да својим националним законима или праксом одлуче ко су представници запослених одговорни за информисање и консултовање запослених у околностима промене послодавца. Сходно томе, државе чланице имају велику слободу у погледу избора модела партиципације, односно избора тела или лица преко којих ће запослени уживати ова права: представници синдиката, савет запослених или неки други облик представљања. За разлику од синдиката који су прихваћени у свим државама чланицама, признавање тела које представља запослене на нивоу послодавца било је доста контроверзно.¹⁹¹⁶ У немачком и аустријском праву савети запослених имају дугу традицију. У Немачкој су, тако, још у првој половини XIX века уложени напори да се оснују пропорционално састављени савети запослених ради остваривања саодлучивања у предузећима, док је 1891. године по први пут правним прописом предвиђено изборно именовање радничких одбора који су имали право да буду саслушани када су власници доносили уредбе о својим радионицама.¹⁹¹⁷ Данас, савети запослених у немачком праву имају широку надлежност, која у економским питањима (пословна политика, инвестициони планови и сл.) подразумева право на информисање, у персоналним питањима (кадровско планирање, запошљавање, професионално образовање и обуку, распоређивање запослених и сл.) поред права на информисања укључује и право на консултовање, док се у социјалним питањима (радно време, одмори, зараде, превенција од повреда на раду и професионалних болести и сл.) квалитет учешћа запослених подиже на ранг саодлучивања, које се испољава закључивањем тзв. радних споразума.¹⁹¹⁸ С друге стране, већина других држава чланица Европске уније или не познаје такав систем представљања радне снаге или они имају слабија права. Тако, примера ради, у Мађарској је систем савета запослених уведен у Закон о раду од 1992. године као могућност дата запосленима. Међутим, у пракси они нису успешни јер су у само око 20% привредних друштава

¹⁹¹⁶ E. Kovács, „Employees’ Information, Consultation and Participation Rights in Cross-Boarder Restructuring in the EU Law - A Critical Overview“, 26.

¹⁹¹⁷ Rheinhard Richardi, „Worker Participation in Decisions within Undertakings in the Federal Republic of Germany“, *Comparative Labor Law*, број 5/1982, 23 и 25.

¹⁹¹⁸ Ови споразуми имају аутоматско, правнообавезујуће нормативно дејство за стране у индивидуалном радном односу. Видети више: Manfred Weiss, *Labour Law and Industrial Relations in the Federal Republic of Germany*, Kluwer Law International, The Netherlands, 1987, 163-169.

успостављени.¹⁹¹⁹ Стога, наведена обавеза послодаваца у пракси често резултира ситуацијама, где савети запослених имају право на информисање и консултовање, али због малог броја таквих савета, запослени заправо не уживају ова права. У Шпанији се јавља проблем када пренесено предузеће не успе да очува аутономију, а код послодавца следбеника није успостављено ниједно представничко тело, у ком случају представљање запослених неће постојати.¹⁹²⁰ У Белгији, пак, један од колективних уговора који регулише ову материју није проглашен обавезујућим Краљевским декретом, што је резултирало ситуацијом у којој послодавац код кога је основан синдикат, али није основан савет запослених, нема правну обавезу да информише и консултује запослене.¹⁹²¹ Такође, ваља поменути да у једној групи земаља обавеза информисања и консултовања посредством представничког тела односи се само на предузећа која запошљавају најмање 10 запослених (Чешка), 20 запослених (Немачка и Малта), 30 запослених (Финска) или 50 запослених (Француска),¹⁹²² те запослени мањих предузећа немају право на консултовање, будући да се у таквим случајевима предвиђа само обавеза информисања запослених.

Напред наведено доводи до следећег проблема, односно питања које су правне последице ако код послодаваца нема изабраних или именованих представника запослених. Као што смо напред видели, Суд правде је у својој значајној одлуци у вези са британском правном ситуацијом појаснио да је дужност послодаваца да укључе представнике запослених у процес информисања и консултовања у случају колективног отпуштања и преноса предузећа, те су државе чланице обавезне да обезбеде правни оквир за постојање неке врсте представљања запослених на нивоу предузећа, иако *ad hoc*, како би се гарантовало уживање ових права.¹⁹²³ Сходно томе, нека врста представљања запослених би морала да буде уведена на нивоу послодавца ради ефикасног остваривања права на информисање и консултовање. Међутим, већина држава чланица Европске уније не предвиђа обавезу установљавања неког привременог облика представљања запослених, већ готове све земље (осим Француске, Италије и Малте) у случају да нема успостављеног представничког тела прописују обавезу

¹⁹¹⁹ E. Kovács, „Employees’ Information, Consultation and Participation Rights in Cross-Boarder Restructuring in the EU Law - A Critical Overview“, 26.

¹⁹²⁰ P. Menor, *op. cit.*, 392.

¹⁹²¹ M. Sargeant, *Implementation Report Directive 2001/23/EC on the approximation of laws of the Member States relating to the safeguarding of employees’ rights in the event, of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses*, 79.

¹⁹²² *Ibid.*, 79-91.

¹⁹²³ Пресуда у предмету бр. C-382/92 (*Commission of the European Communities v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*) од 8. јуна 1994. године (*European Court Reports* 1994, 233), параграф 24.

послодавца претходника и следбеника да информишу непосредно запослене, а, неке земље (примера ради Чешка и Данска) прописују чак и обавезу послодаваца да се консултују непосредно са запосленима.¹⁹²⁴ Сличан је случај и у домаћем праву. Наиме, српски Закон о раду потврдио је обавезу послодавца претходника и послодавца следбеника да 15 дана пре промене послодавца обавесте репрезентативни синдикат о датуму или предложеном датуму промене послодавца, разлозима за промену, као и правним, економским и социјалним последицама промене на положај запослених.¹⁹²⁵ Исто важи и за мере за ублажавање наведених последица, само су послодавци дужни да, поред информисања о њима, у сарадњи са репрезентативним синдикатима, исте и *предузму*, 15 дана пре него што дође до промене.¹⁹²⁶ Ако код послодавца не постоји репрезентативни синдикат, запослени имају право да буду непосредно обавештени (не и консултовани) о напред наведеним околностима.¹⁹²⁷ Будући да је стопа синдикализације у Србији изузетно ниска, чини се да је право запослених на информисање и консултовање у пракси неретко сведено на пуку формалност, те да запослени своје право на информисање могу тешко делотворно остварити, док им је право на консултовање готово по правилу ускраћено. Зато, као позитиван пример вреди навести случај ирског законодавства које предвиђа да, ако код послодавца претходника или следбеника не постоји основан синдикат или представничко тело запослених, послодавац претходник или послодавац следбеник морају да успоставе поступак путем којег ће запослени имати могућност да изаберу једно или више лица која ће их представљати. Тамо где, без обзира на то, нема представника запослених у дотичном предузећу (без кривице запослених), сваки од дотичних запослених мора бити писмено обавештен најкасније у року од 30 дана пре преноса предузећа.¹⁹²⁸ Слична решења познаје и британско право, у коме послодавац има дужност да информише и да се консултује са одговарајућим представницима запослених који су „погођени преносом“. Када је код послодавца основан синдикат, сматра се да је он аутоматски одговарајући представник запослених. Ово важи чак и ако дотични запослени нису чланови синдиката. У свим осталим случајевима, одговарајући представници запослених биће они представници које су запослени сами изабрали. Ови представници могу бити или

¹⁹²⁴ *Ibid.*

¹⁹²⁵ Закон о раду (2005), члан 155, став 1.

¹⁹²⁶ *Ibid.*, члан 155, став 2.

¹⁹²⁷ *Ibid.*, став 3.

¹⁹²⁸ M. Sargeant, *Implementation Report Directive 2001/23/EC on the approximation of laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event, of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses*, 82.

они појединци који су изабрани посебно у сврху предложеног преноса предузећа, или, алтернативно, чланови постојећих представничких тела, попут савета запослених, под условом да је у њихову надлежност укључено деловање у својству одговарајућих представника запослених у случају преноса предузећа.¹⁹²⁹ У том смислу, могуће је изменити и српски Закон о раду одредбом која би регулисала избор представника запослених код послодавца који немају репрезентативан синдикат. Примера ради, могла би се предвидети обавеза послодавца да обавести све запослене о промени послодавца на састанку, на којем би запослени могли да бирају своје *ad hoc* представнике за потребе предстојеће промене послодавца.¹⁹³⁰

Трећа потешкоћа у примени правила о информисању и консултовању запослених произлази из тумачења израза *благовремено*. Као што смо напред видели, све европске директиве из области информисања и консултовања запослених захтевају да се пружање информација и понуда за укључивање у процес консултовања морају догодити *на време*, што у случају преноса предузећа значи „пре него што се пренос изврши“, односно „пре него што пренос почне непосредно деловати на услове рада и запослења“. Благовремено информисање је важно да би се омогућило представницима запослених да дају конструктивне сугестије, док је циљ благовременог консултовања покушај постизања споразума са представницима запослених.¹⁹³¹ Стога се питање одређивања момента почетка консултовања појављује као посебно осетљиво питање, због чега неке земље, попут Словачке, одређују прецизан најранији датум када консултације морају почети (нпр. месец дана пре преноса предузећа).¹⁹³² У српском законодавству, као и судској пракси, питање датума отпочињања консултовања је остало отворено, будући да Закон о раду предвиђа само да су послодавац претходник и

¹⁹²⁹ T. Marshall, K. Hodgkiss, *op. cit.*, 434-435.

¹⁹³⁰ Наведено би ваљало учинити без обзира на то да ли ће се у међувремену искористити могућност предвиђена чланом 205 Закона о раду и усвојити посебан закон о савету запослених који би уредио услове за оснивање, број чланова, начин избора и друга питања информисања и консултовања запослених. Ово из разлога што оснивање савета запослених представља могућност, а не обавезу, и то код послодавца који имају више од 50 запослених, па би, упркос усвајању посебног прописа, запослени и даље могли неретко остати без представничког тела, а, самим тим и без могућности уживања права на консултовање у случају промене послодавца. Видети: Закон о раду (2005), члан 205.

¹⁹³¹ Lj. Kovačević, „Information and Consultation of Employees in Case of Collective Redundancy and Transfer of Undertakings – (In)Compatibility of Serbian Legislation and Case Law with International and European Standards“, 61.

¹⁹³² Већина држава, пак, прецизан датум предвиђа само у случају информисања. Тако, примера ради, естонско, летонско и словачко право предвиђају да се информације морају дати најкасније месец дана пре преноса предузећа, ирско и словеначко право захтевају да се обавештавање обави најкасније 30 дана пре преноса предузећа, док је у мађарском праву прописана обавеза послодавца да информације достави запосленима 15 дана пре наступања сукцесије. Наведено на основу: M. Sargeant, *Implementation Report Directive 2001/23/EC on the approximation of laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event, of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses*, 79-91.

послодавац следбеник дужни да, најмање 15 дана пре промене послодавца, у сарадњи са репрезентативним синдикатом, предузму мере у циљу ублажавања социјално-економских последица промене послодавца, али не и тренутак отпочињања консултовања поводом истих. Стога, у теорији се сматра да би идеално решење било оно у коме се померају временске координате консултовања, до тренутка када послодавац разматра увођење великих промена у структуру предузећа.¹⁹³³

Надаље, одређене дилеме се јављају и у погледу разумевања суштине обавезе консултовања запослених и санкција за њено непоштовање. Наиме, као што смо напред поменули, Директивом 2001/23/ЕЗ о преносу предузећа предвиђена је обавеза консултовања у циљу *постизања споразума*. Главни циљ консултовања је, дакле, да се покуша постизање споразума који би требао минимизирати социјалне импликације промене послодавца и ублажити штетне последице по запослене. Међутим, постизање споразума није обавезно ни у једној држави (укључијући и Србију) и нема санкција за случај да се стране не договоре. Сходно томе, послодавац нема много мотива да направи неки компромис у преговарачком процесу. У том смислу, постоји потреба за стварањем услова за ефикасно остваривање права на консултовање, што захтева да запослени имају одговарајућу административну или судску заштиту у случају кршења њихових права. Поред тога, имајући у виду да је Директива 2001/23/ЕЗ законодавна мера минималне хармонизације, државе чланице могу слободно увести и санкције у случају непостизања споразума или непоказивања стварне воље за преговоре. У домаћем праву то није учињено, па постоји потреба за успостављањем довољно ефикасних и одвраћајућих казни које би се примењивале против послодавца који крши обавезу информисања и консултовања запослених, попут новчане компензације запосленима (која је, примера ради, присутна у британском праву)¹⁹³⁴ или предвиђања

¹⁹³³ Lj. Kovačević, „Information and Consultation of Employees in Case of Collective Redundancy and Transfer of Undertakings – (In)Compatibility of Serbian Legislation and Case Law with International and European Standards“, 62.

¹⁹³⁴ У британском праву, пропуштање информисања и, где је то предвиђено, консултовања запослених неће спречити пренос предузећа. Међутим, ако је „погођеним“ запосленима ускраћена могућност да пре преноса предузећа имају приступ информацијама и да се консултују са дотичним послодавцима у вези са свим предложеним мерама, они имају право да траже одговарајућу новчану накнаду у виду заштитне награде (енгл. *protective award*). Максимални износ новчане накнаде је 13 недељних зарада за сваког запосленог. Притом, радним трибуналима је омогућено да послодавца претходника и послодавца следбеника обавезу да солидарно или појединачно одговарају за било коју накнаду. Тужбу за исплату ове накнаде могу поднети или одговарајући представници у име запослених или, ако нема представника, сами запослени. Иако се послодавац може ослободити одговорности ако докаже да није било изводљиво информисати и консултовати запослене, те да су предузети сви разумно изводљиви кораци у датим околностима како би се испунила дужност информисања и консултовања запослених, у пракси се таква одбрана ретко прихвата. Т. Marshall, К. Hodgkiss, *op. cit.*, 435-436; George-Dian Bălan, „Employment Rights on Transfers of Undertakings in The United Kingdom“, *CES Working Papers*, vol. 1, број 1/2009, 29-35.

да ће пропуштање послодавца да информише и консултује запослене утицати на ваљаност преноса предузећа према појединим запосленима укљученим у сам пренос или чак да ће узроковати ништавост уговора о преносу предузећа, како је донедавно било предвиђено у италијанској судској пракси.¹⁹³⁵

Коначно, потешкоће у примени правила о благовременом информисању и консултовању запослених јављају се услед њихове супротстављености са правилима о поверљивости пословних информација, будући да благовремено откривање информација о плановима реструктурирања одговара духу и намерама заштите запослених, али оно, истовремено, може нанети озбиљну штету послодавцима. У том смислу, постоји јасна тензија између Директиве 2001/23/ЕЗ која захтева транспарентност и благовремено информисање и консултовање запослених и Уредбе (ЕУ) бр. 596/2014 о злоупотреби тржишта,¹⁹³⁶ која штити поверљивост повлашћених

¹⁹³⁵ Наиме, у италијанском праву се неизвршавање обавезе информисања и консултовања по основу члана 47 Закона бр. 428/1990 сматра анти-синдикалним понашањем. Пропуштање послодавца да информише и консултује запослене о преносу предузећа би у ствари утицало на право синдиката да испита правне и пословне последице донете пословне одлуке о преносу предузећа. Међутим, италијански закон не предвиђа никакве експлицитне последице ако се поступак информисања и консултовања не спроведе. Према старијим одлукама нижих италијанских судова, пропуст у спровођењу поступка информисања и консултовања утицао је на ваљаност уговора о преносу, чинећи га ништавим. Међутим, данашња преовлађујућа судска пракса сматра да недостатак поступка консултовања утиче само на интересе синдиката које треба консултовати у време склапања уговора о преносу, тако да су они једини овлашћени да поднесу тужбу због анти-синдикалног понашања. У светлу овога, пропуштање обавезе да се запослени информишу и консултују не утиче на ваљаност уговора о преносу или ефекте тог споразума на појединачне радне односе јер поступак информисања и консултовања, према ставу италијанског Врховног суда, није услов за законитост и ваљаност уговора о преносу предузећа. Fabrizio Morelli, „Italy“, у: Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, Tim Marshall (eds), *Transfer of Business and Acquired Employee Rights - A Practical Guide for Europe and Across the Globe*, Springer-Verlag, Berlin, 2016, 268-269.

¹⁹³⁶ Пун назив ове Уредбе је Уредба (ЕУ) бр. 596/2014 Европског Парламента и Савета од 16. априла 2014. о злоупотреби тржишта (Уредба о злоупотреби тржишта) те стављању ван снаге Директиве 2003/6/ЕЗ Европског парламента и Савета и директива Комисије 2003/124/ЕЗ, 2003/125/ЕЗ и 2004/72/ЕЗ. Раније важећом Директивом 2003/6/ЕЗ о трговању на темељу повлашћених информација и манипулисању тржиштем (злоупотреби тржишта) био је употпуњен и ажуриран правни оквир Уније за заштиту интегритета тржишта који је био успостављен још Директивом Савета 89/592/ЕЕЗ о координацији прописа о инсајдерском пословању од 1989. године. Међутим, узимајући у обзир новости на законодавном, тржишном и технолошком плану које су наступиле од ступања на снагу те Директиве и које су довеле до знатних промена у финансијском окружењу, европски законодавац је предметну Директиву заменио (н)овом Уредбом. Додатни мотив њеног усвајања била је потреба да се новим законодавним инструментом осигура постојање уједначених правила и јасноће кључних концепата те јединственог скупа правила у складу са закључцима извештаја Групе на високом нивоу о финансијском надзору у ЕУ, од 25. фебруара 2009. године, којом је председавао Jacques de Larosière. Видети: Regulation (EU) No 596/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on market abuse (market abuse regulation) and repealing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directives 2003/124/EC, 2003/125/EC and 2004/72/EC Text with EEA relevance (*Official Journal* L 173, 12.6.2014, 1–61); Council Directive 89/592/EEC of 13 November 1989 coordinating regulations on insider dealing (*Official Journal* L 334, 18.11.1989, 30–32); Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on insider dealing and market manipulation (market abuse) (*Official Journal* L 96, 12.4.2003, 16–25).

информација.¹⁹³⁷ Наиме, чини се јасним и неспорним да се интереси и бриге запослених најбоље могу задовољити уколико би се информисање и консултовање са представницима запослених обавило пре него што се услови и одредбе комерцијалног уговора о преносу предузећа у потпуности реализују између послодавца претходника и послодавца следбеника. Стога, као што смо напред видели, Директива 2001/23/ЕЗ захтева да се информације у вези са преносом предузећа доставе представницима запослених који су погођени преносом благовремено, пре него што се пренос изврши. С друге стране, трговање на темељу повлашћених информација које су прерано и незаконито објављене и манипулисање тржиштем спречавају потпуну и одговарајућу транспарентност тржишта, што је предуслов за суделовање свих привредних субјеката на интегрисаним финансијским тржиштима. Из тих разлога, Уредбе (ЕУ) бр. 596/2014 има потпуно другачије полазиште: ниједну повлашћену информацију не би требало обелоданити пре него што се правни посао у потпуности реализује.¹⁹³⁸ Па ипак, упркос наведеној, очигледној супротстављености основних поставки ових правних аката, Директива 2001/23/ЕЗ о преносу предузећа не садржи никаква правила о поверљивости информација. Стога, од велике важности могу бити одредбе Оквирне Директиве 2002/14/ЕЗ и Директиве 2009/38/ЕЗ о европском савету запослених, које на сличан начин регулишу ову област. Наиме, сходно одредбама ових директива, државе чланице су дужне да осигурају, у складу с условима и ограничењима утврђеним националним законодавством, да представници запослених и сви стручњаци који им помажу, нису овлашћени открити запосленима или трећим особама било какве податке који су, у оправданом интересу предузећа, саопштени изричито њима у поверењу. Ова обавеза постоји, без обзира на то где се наведени представници или стручњаци налазили, и након истека њиховог мандата. Међутим, државе чланице *могу* овластити представнике запослених и сваког ко им помаже да пренесу поверљиве податке запосленима и трећим странама које имају *обавезу* чувања тајности.¹⁹³⁹ Имајући у виду наведено, у пракси је тешко технички премостити тензије која постоји између наведених правила и правила Директиве 2001/23/ЕЗ која предвиђају обавезу послодавца претходника и следбеника да запосленима непосредно или посредством њихових представника благовремено саопште информације о преносу предузећа, те разлучити која врста

¹⁹³⁷ Злоупотреба тржишта је концепт који обухвата незаконите поступке на финансијским тржиштима, а за потребе ове Уредбе требало би сматрати да се састоји од трговања на темељу повлашћених информација, незаконитог објављивања повлашћених информација и манипулисања тржиштем. Уредба бр. 596/2014, уводна изјава 7 преамбуле.

¹⁹³⁸ N. Bruun, „Employees' Participation Rights and Business Restructuring“, 45.

¹⁹³⁹ Директива 2002/14/ЕЗ, члан 6(1); Директива 2009/38/ЕЗ, члан 8(1).

информација би могла бити заштићена обавезом чувања тајности. Осим тога, постоје дилеме да ли би напред описана забрана обелодањивања информација била прекршена у случају да представник запослених саопшти информације представнику другог запосленог. Такође, ваља поменути да Директива 2002/14/ЕЗ и Директива 2009/38/ЕЗ прописују и право да се не саопшти информација, односно предвиђају дужност држава чланица да осигурају, у посебним случајевима и у складу са условима и ограничењима утврђеним националним законодавством, да послодавац није у обавези саопштити податке или организовати консултовање када је природа тих података и консултовања таква да би, према објективним критеријима, озбиљно угрозила функционисање предузећа или погона или би му нанела штету.¹⁹⁴⁰ Дакле, овим директивама се намеће обавеза државама чланицама да послодавцима обезбеде правни инструмент на који се могу позвати у горе поменутим околностима, те ако држава чланица то не учини, њено законодавство не би било у складу са европским стандардима садржаним у предметним директивама. Међутим, да би заштитиле своје постојеће прописе, државе чланице се могу позвати на клаузулу о нерегресији према којој „спровођење ове Директиве није довољна основа за било какво назадовање у односу на тренутну ситуацију у свакој од држава чланица нити у односу на општи ниво заштите радника у подручјима на која се она примењује“.¹⁹⁴¹ Такође, од важне користи за право запослених на информисање и консултовање у случају промене послодавца може бити и правило (садржано у Директиви 2002/14/ЕЗ и Директиви 2009/38/ЕЗ) да су „не доводећи у питање постојеће националне поступке, државе чланице дужне да пропишу административне или судске поступке преиспитивања за случај када послодавац захтева поверљивост или не даје информације из разлога поверљивости.“¹⁹⁴² Наведено правило може бити изузетно значајно у случају када послодавац одбија да саопшти информације о преносу које је, у складу са одредбама Директиве 2001/23/ЕЗ, дужан саопштити представницима запослених или непосредно запосленима. У сваком случају, у циљу побољшања „складног суживота“ Уредбе (ЕУ) бр. 596/2014 о злоупотреби тржишта, Директиве 2002/14/ЕЗ, Директиве 2009/38/ЕЗ и Директиве 2001/23/ЕЗ, потребно је потоњом увести неке смернице којима би се спречило заобилажење обавеза саопштавања информација о преносу предузећа са позивом на правила о поверљивости информација. Такође, ваљало би појаснити да се правила о поверљивости не примењују на представнике

¹⁹⁴⁰ Директива 2002/14/ЕЗ, члан 6(2); Директива 2009/38/ЕЗ, члан 8(2).

¹⁹⁴¹ Директива 2002/14/ЕЗ, члан 9(4); Директива 2009/38/ЕЗ, члан 12(4).

¹⁹⁴² Директива 2002/14/ЕЗ, члан 6(3); Директива 2009/38/ЕЗ, члан 8(3).

запослених у околностима промене послодавца и да их треба сматрати инсајдерима који се могу унапред обавестити о планираним трансакцијама. Наведено важи и за домаће право, будући да је у Закону о раду изостала одредбе која регулише ово питање.

3. ПОСЛЕДИЦЕ ПРОМЕНЕ ПОСЛОДАВЦА НА ПРАВА И ОБАВЕЗЕ ИЗ СОЦИЈАЛНОГ ОСИГУРАЊА

„Радни однос је по обиму много шири од уговора о раду“.¹⁹⁴³ Поред права, обавеза и одговорности садржаних у индивидуалном уговору о раду, радни однос обликују и садржина колективних уговора о раду, као и закони из области радноправне заштите и социјалне сигурности (посебно социјалног осигурања).¹⁹⁴⁴ Утицај система социјалног осигурања на животе запослених и других грађана (осигураника и осигураних лица) у свим земљама света је непорецив. Социјално осигурање је, како наводи Јовановић, „најважнији правни инструмент (полуга) социјалне политике којим се спроводи организована социјално-материјална и здравствена заштита људи [...]“.¹⁹⁴⁵ Стога, оно тежи да обухвати сва запослена и друга радноангажована лица, као и чланове њихових породица, али и што више социјалних ризика који угрожавају њихову егзистенцију, здравље, биолошке и радне способности. Главне функције социјалног осигурања су да лицима покривеним осигурањем: 1) обезбеди минимални ниво новчаних прихода, здравствених и социјалних услуга која им омогућавају да воде живот достојан човека (*функција сигурносне мреже*) и да им 2) омогући да стекну права на (пензијска) давања путем којих ће моћи да задрже пристојан животни стандард током периода незапослености, болести, старости и инвалидности и других социјалних ризика (*функција очувања прихода*).¹⁹⁴⁶ С обзиром на велики друштвени значај који има, социјално осигурање се обавезно спроводи на основу самог закона, те

¹⁹⁴³ N. Smit, *Labour Law Implications of the Transfer of an Undertaking*, 270.

¹⁹⁴⁴ У теорији социјалног права, прави се разлика између појмова социјалне сигурности, социјалног осигурања и социјалне заштите, али међу ауторима постоје бројна неслагања и недоумице у погледу њиховог значења и међусобног односа (Видети више: Љубинка Ковачевић, *Нормирање социјалне сигурности у међународном праву*, магистарска теза, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2007, 12-21; Филип Бојић, *Право на социјалну пензију у систему права социјалне сигурности*, докторска дисертација, Правни Факултет Универзитета у Београду, Београд, 2018, 84-101). Не улазећи дубље у ову проблематику, делимо мишљење Бојића који наводи да „социјална сигурност може представљати циљ коме тежи друштво како би се што већем броју становника обезбедили пристојни услови живота и егзистенцијални минимум, а наведени циљ ће се постићи управо развијеним системом социјалног осигурања и системом социјалне заштите, којим ће појединци моћи да остваре основна права и добију одговарајућу заштиту у случајевима наступања одређеног социјалног ризика“ (Ф. Бојић, *Право на социјалну пензију у систему права социјалне сигурности*, 92).

¹⁹⁴⁵ П. Јовановић, *op. cit.*, 416.

¹⁹⁴⁶ N. Smit, *Labour Law Implications of the Transfer of an Undertaking*, 270.

не зависи од воље осигураника. Следствено томе, социјално осигурање је регулисано законима и другим актима на основу закона, тако да права и обавезе из социјалног осигурања настају *ipso iure*.¹⁹⁴⁷ Из тих разлога, промена послодавца не може да утиче на њих. Другим речима, *права запослених по основу (законски прописаног) обавезног социјалног осигурања не зависе од правног идентитета послодавца или његове промене.*

Међутим, у погледу права за случај наступања социјалног ризика старости, инвалидности и смрти, послодавац може обезбедити своје запослене уплаћивањем доприноса за допунско пензијско осигурање, што је пракса у великом броју држава чланица Европске уније.¹⁹⁴⁸ Однос обавезног и допунског пензијског осигурања и начин њихове повезаности свака држава чланица Европске уније је уредила у складу са својим националним особеностима, услед чега се институционални дизајн пензијских система у Европи описује као „сложен систем програма који пружају заштиту старијим лицима“.¹⁹⁴⁹ С обзиром на наведено, анализа пензијских система традиционално се врши „разбијањем“ компоненти пензијског система на три „стуба“ пензијских прихода према природи извора, преко којег се они успостављају, администрирају и обезбеђују. Тако, први стуб чини (законом прописано) обавезно пензијско осигурање, други стуб се односи на професионално пензијско осигурање, а трећи стуб чине индивидуални пензијски планови (личне пензије) и уговори о осигурању живота. Дакле, „професионалне пензије“ (енгл. *occupational pensions*) се углавном појављују у оквиру другог стуба пензијског осигурања и односе се само на осигурање које је повезано са радним односом или обављањем одређене професије. Насупрот томе, „допунске“ или „додатне“ пензије (енгл. *supplementary pensions*) у зависности од контекста, могу укључивати и осигурање које је уређено путем индивидуалних уговора са пружаоцем финансијских услуга где учешће није повезано са радним односом или обављањем професије.¹⁹⁵⁰ То значи да је појам „допунско пензијско осигурање“ шири од појма „професионално пензијско осигурање“, будући да може обухватити пензијска давања из другог и трећег стуба пензијског система, односно професионалне пензије и индивидуалне пензијске планове.

¹⁹⁴⁷ П. Јовановић, *op. cit.*, 434.

¹⁹⁴⁸ Ф. Бојић, *Право на социјалну пензију у систему права социјалне сигурности*, 255.

¹⁹⁴⁹ David Natali, *Pensions in Europe, European Pensions: The Evolution of Pension Policy at National and Supranational level*, P.I.E. Peter Lang, Brussels, 2008, 64.

¹⁹⁵⁰ William Bagniet, *The protection of occupational pensions under European Union law on the freedom of movement for workers*, European University Institute, Florence, 2014, 77.

Од увођења обавезног државног пензијског осигурања, допунско пензијско осигурање се махом јавља као додатни вид осигурања за она лица која желе да обезбеде већи обим права из пензијског осигурања у тренутку када наступи осигурани ризик. Такође, допунским пензијским осигурањем се могу покрити и она лица која нису обухваћена обавезним пензијским осигурањем.¹⁹⁵¹ Опредељивање послодаваца за укључивање у допунско пензијско осигурање (у одсуству законске принуде) је руковођено различитим разлозима. Пре свега, држава неретко не може да приушти вредна социјална давања за своје грађане, те запослени траже од својих послодаваца финансијску подршку у њиховим потребама у вези са животном непредвидивим околностима. Такође, трошкови и доступност пензијских планова често су повољнији и бољи ако су заједнички уређени за групу људи. Најзад, допунске пензије и друга допунска давања запосленима често су део укупног пакета новчаних примања које послодавци пружају (запосленима) са циљем да привуку и задрже дефицитарно или висококвалификовано особље.

С обзиром на дугорочну природу многих накнада (пензија) из система допунског пензијског осигурања, сигурност овог система и пензијских давања је од највеће важности. Како би се осигурало да на располагању буде довољно средстава за испуњавање обавеза по основу допунског пензијског осигурања, пожељнија је опција да се оснује посебан (добровољни пензијски) фонд уместо ситуације у којој послодавац исплаћује накнаде (пензије) када (и ако) му то финансијске прилике дозвољавају. Међутим, одвојени правни статус пензијског фонда (односно друштва које њиме управља) од правног статуса послодавца неретко ствара неизвесност у погледу могућности примене правила о аутоматском преносу права и обавеза из радног односа у случају промене послодавца. С обзиром на то, потребно је испитати какви су ефекти (последнице) промене послодавца на права запослених по основу допунског пензијског осигурања. У случајевима када послодавац није приступио добровољном пензијском фонду или није организовао пензијски план, промена послодавца остаће без директног ефекта на права запослених из социјалног осигурања (будући да промена послодавца не утиче на права из обавезног социјалног осигурања). Међутим, уколико је послодавац претходник успоставио неки облик допунског пензијског осигурања, питање је како ће промена његовог правног идентитета утицати на права запослених по основу допунског осигурања.

¹⁹⁵¹ Ф. Бојић, *Право на социјалну пензију у систему права социјалне сигурности*, 274.

3.1. Начело нестечених права у допунском пензијском осигурању

Првобитни Предлог Директиве о преносу предузећа, који је Комисија израдила 1974. године, пошао је од идеје да тамо где запосленима треба обезбедити пензијска давања из имовине предузећа, а та имовина се преноси на новог послодавца, тај нови послодавац треба да буде одговоран за њихову исплату. Међутим, постојао је низ проблема у вези са овим предлогом, а посебно то што би његова примена могла створити повлашћени третман премештених запослених будући да би њихова права из допунског пензијског осигурања могла бити већа од права упоредивих запослених који су већ били у радном односу код послодавца следбеника. Стога је Комисија одустала од овог почетног покушаја усвајања правила о обавезном преносу допунских пензијских давања наводећи као разлог да се „захтеви, облици и природа (пензијских) обавеза толико разликују и да су начини њиховог организовања толико различити, да није могуће поставити посебна правила Заједнице (у Директиви). Осим тога, они нису неопходни за постизање циљева Директиве о преносу предузећа. Из тог разлога, предложена Директива се ограничава на то да од држава чланица захтева да осигурају да запослени не изгубе права и оставља им избор начина и средстава“.¹⁹⁵² Као алтернатива аутоматском преносу права из допунског пензијског осигурања, предложено је да државе чланице треба да: „1) усвоје неопходне мере како би се осигурало да стечена и будућа права запослених на давања из допунских пензијских система не буду умањена као резултат преноса предузећа, и 2) предвиде важење истих тих мера и у погледу запослених који имају право, али више нису запослени код послодавца претходника у време преноса [...]“.¹⁹⁵³ Међутим, чак и ови предлози чинили су се превише захтевним за државе чланице, па је у коначном предлогу Директиве о преносу предузећа одбачен захтев да се заштите будућа пензијска давања.¹⁹⁵⁴ Тако су

¹⁹⁵² COM (75) 429 final, 8.

¹⁹⁵³ *Ibid.*, предложени члан 5.

¹⁹⁵⁴ Пре усвајања коначног предлога Директиве 98/50/EЗ, у пракси се појавила дилема да ли се наведено искључење односи само на стечена права на допунску пензију или и на обећања будућих давања која је послодавац претходник дао у вези са пост-трансферном услугом. Другим речима, да ли би послодавац следбеник могао бити везан таквим обећањима и на тај начин обавезан да пружи давања која је његов претходник обећао? Негативан одговор на ово питање дао је Суд ЕФТА-е у предмету *Eidesund v. Stavanger Catering A/S*. Суд је оценио да, иако формулација у члану 3, став 4(а) није јасна, природно разумевање речи „права запослених за случај старости, инвалидска давања или породична давања“ подразумева да су сва права на давања из допунског пензијског система искључена из правила о аутоматском преношењу права и обавеза на послодавца следбеника. Штавише, будући да су обрачун пензијских давања и уплата пензијских доприноса неодвојиви, не би имало економског смисла захтевати да се пензијски доприноси уплаћују када се не намећу додатна давања. Из овога је произашло да послодавац следбеник није у обавези да настави са уплаћивањем пензијских доприноса на које се

сада, након Новеле Директиве 98/50/ЕЗ и њене консолидације Директивом 2001/23/ЕЗ, допунска пензијска давања изузета из правила о аутоматском преносу права и обавеза која произилазе из постојећег (индивидуалног или колективног) уговора о раду или радног односа. Наиме, сходно члану 3, став 4 Директиве 2001/23/ЕЗ, осим ако државе чланице не одлуче другачије, правило о *ex lege* преносу се не примењују „на права запослених на давања за случај старости, инвалидска давања или давања за надживеле чланове породице на темељу допунског компанијског или међукомпанијског пензијског осигурања, које постоји изван законских оквира система социјалног осигурања у државама чланицама“.¹⁹⁵⁵ Међутим, чак и кад државе чланице одреде за увођење овог изузетка, оне „морају донети потребне мере којима штите интересе запослених и лица која у време преноса више нису запослени у предузећу послодавца претходника, у вези са правима на давања за случај старости, укључујући давања за надживеле чланове породице, које су добили или ће добити по допунским пензијским осигурањем“.¹⁹⁵⁶

Будући да се наведеним одредбама прави изузетак од (за запослене) важног правила о аутоматском преносу права и обавеза која на дан преноса предузећа произилазе из постојећег уговора о раду или радног односа, кључно питање је било утврдити величину тог изузетка, односно прецизирати које све врсте пензијског осигурања могу бити квалификоване као *допунске*. Посебна неизвесност је постојала у вези са питањем да ли се искључење односи на системе добровољног пензијског осигурања који пружају давања уместо законских давања из система обавезног социјалног осигурања. Будући да Директива 2001/23/ЕЗ не садржи одредбе о наведеном, пре усвајања релеватног европског законодавства у области система социјалне сигурности, значење појма допунска пензијска давања у пракси се одређивало на основу тумачења сличних концепата која је Суд правде давао поводом некадашњег члана 119 Уговора о Економској заједници (сада члана 157 УФЕУ - М. Д.), посвећеног начелу једнаког плаћања мушкараца и жена за једнаки рад или за рад једнаке вредности. Тако, у предмету *Defrenne*, Суд правде је - одговарајући на питање да ли старосна пензија исплаћена према уговореном приватном осигурању спада у подручје примене члана 119 Уговора о Европској заједници - истакао да давања из

послодавац претходник обавезао. Саветодавно мишљење Суда ЕФТА-е у предмету E-2/95 (*Eilert Eidesund v. Stavanger Catering A/S*) од 25. септембра 1996, параграфи 43 и 44, <https://eftacourt.int/cases/e-02-95/>, 16.3.2021.

¹⁹⁵⁵ Директива 2001/23/ЕЗ, члан 3, став 4, подстав а.

¹⁹⁵⁶ *Ibid.*, члан 3, став 4, подстав б.

система социјалног осигурања у принципу нису искључене из концепта зараде. Међутим, овај концепт, како је дефинисан у члану 119, не може обухватити законски систем социјалног осигурања, посебно старосне пензије, на који директно утиче законодавство без икаквог елемента договора унутар предузећа или дотичне струке и који се обавезно примењује на све запослене.¹⁹⁵⁷ Овакво тумачење је касније потврђено и разрађено у предмету *Barber*, у којем је Суд правде нагласио да је допунски систем социјалног осигурања резултат споразума запослених и послодаваца или једностране одлуке коју је донео послодавац. Наведени систем у потпуности финансира послодавац самостално или заједно са запосленим, али без икаквог доприноса државних органа у било којим околностима.¹⁹⁵⁸ Такав систем се не примењују обавезно на све категорије запослених, већ само на лица запослена код одређеног послодавца, те припадност допунском систему социјалног осигурања произилази из радног односа заснованог са дотичним послодавцем. Штавише, иако су давања која се исплаћују из тих програма делимична замена за давања из законског система социјалног осигурања, та чињеница не може спречити примену члана 119 Уговора (сада члан 157 УФЕУ - М. Д.).¹⁹⁵⁹ Најзад, према мишљењу Суда правде датом у предмету *Bestuur van het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds*, при утврђивању да ли је пензијски систем допунски, једини одлучујући критеријум је да ли се пензија исплаћује запосленом због радног односа између њега и његовог бившег послодавца. Притом, сама чињеница да приватни системи социјалног осигурања функционишу у законском оквиру није препрека за примену члана 119 (сада члан 157 УФЕУ - М. Д.).¹⁹⁶⁰

Дилеме о томе шта тачно значи термин „допунски пензијски систем“ и „допунска пензија“ коначно су отклоњене дефиницијама усвојеним у Директиви Савета 98/49/ЕЗ о заштити права на допунску пензију запослених и samozапослених лица која се крећу унутар Заједнице.¹⁹⁶¹ Према одредбама наведене Директиве, допунски пензијски систем означава „струковни пензијски систем утврђен у складу са националним прописима и праксом, као што су групни уговор о осигурању или систем генерацијске солидарности унутар појединих грана или сектора, финансирани систем

¹⁹⁵⁷ Пресуда у предмету бр. 80/70 (*Gabrielle Defrenne v. Belgian State*) од 25. маја 1971. године (*European Court Reports* 1971, 55), параграф 7.

¹⁹⁵⁸ Пресуда у предмету бр. C-262/88 (*Douglas Harvey Barber v. Guardian Royal Exchange Assurance Group*) од 17. маја 1990. године (*European Court Reports* 1990, 209), параграф 25.

¹⁹⁵⁹ *Ibid.*, параграф 27.

¹⁹⁶⁰ Пресуда у предмету бр. C-7/93 (*Bestuur van het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds v. G. A. Beune*) од 28. септембра 1994. године (*European Court Reports* 1994, 350), параграфи 43 и 44.

¹⁹⁶¹ Council Directive 98/49/EC of 29 June 1998 on safeguarding the supplementary pension rights of employed and self-employed persons moving within the Community (*Official Journal* L 209, 25.7.1998, 46–49).

или обећане пензије осигуране књиговодственим резервама те сва друга колективна уређења или други слични уговори којима се осигурава допунска пензија за запослена или samozапослена лица“.¹⁹⁶² Притом, допунска пензија означава „старосну пензију и, ако је то предвиђено правилима допунског пензијског система која су утврђена у складу с националним прописима и праксом, инвалидска и породична давања, којима је циљ надопунити или заменити предвиђена давања пружена за исте осигуране случајеве законског система социјалне сигурности“.¹⁹⁶³

Премда су наведене дефиниције знатно олакшале разумевање четвртог става члана 3 Директиве 2001/23/ЕЗ посвећеног допунском пензијском осигурању, у пракси су, ипак, остале дилеме у погледу могућности његове примене на одређена пензијска давања. Стога се јако корисном сматра пресуда Суда правде у предмету *Beckmann* у којој је Суд оценио да члан 3, став 4(а) Директиве 2001/23/ЕЗ представља изузетак од општег правила о аутоматском преносу права и обавеза из радног односа и да се, стога, мора тумачити уско на начин да се односи само на давања која су прецизно наведена у том члану.¹⁹⁶⁴ Овај предмет се, иначе, тичао госпође *Beckmann* која је након преноса регионалне здравствене службе (у којој је радила) на послодавца у приватном сектору, наставила да ради за новог послодавца све док није отпуштена због вишка запослених. Према условима из допунског пензијског осигурања успостављеном од стране регионалне здравствене службе, који је спроведен законским прописом, запослени старији од 50 година и са више од пет година стажа осигурања у систему допунског пензијског осигурања имали су право на тренутну исплату старосне пензије и новчане накнаде у случају да буду отпуштени због вишка запослених. Иако је госпођа *Beckmann* испунила прописане услове, није јој исплаћена ниједна предвиђена накнада (пензија).¹⁹⁶⁵ Према оцени Суда, да би се одлучио да ли госпођа *Beckmann* може захтевати од послодавца следбеника да исплати дотичне накнаде, на националном суду је да утврди јесу ли та давања произашла из њеног уговора о раду закљученог са послодавцем претходником или из колективног уговора који је везивао послодавца претходника. Уколико јесу, она ће бити пренесена на послодавца следбеника, без обзира на чињеницу што се та давања исплаћују применом законских инструмената и без обзира на практичне аранжмане усвојене за потребе имплементације допунског

¹⁹⁶² Директива 98/49/ЕЗ, члан 3(b).

¹⁹⁶³ *Ibid.*, члан 3(a).

¹⁹⁶⁴ Пресуда у предмету бр. C-164/00 (*Katia Beckmann v. Dynamco Whichloe Macfarlane Ltd*) од 4. јуна 2002. године (*European Court Reports* 2002, 330), параграф 37.

¹⁹⁶⁵ *Ibid.*, параграфи 14 и 15.

пензијског система.¹⁹⁶⁶ С обзиром на наведено, ефекат ове пресуде био је да се накнаде за превремено пензионисање које се исплаћују при отпуштању и сви аспекти система превременог пензионисања аутоматски преносе на послодавца следбеника, док се искључење односи само на пензијска давања исплаћена на дан или након достизања нормалне старосне границе за одлазак у пензију.

3.2. Примена начела настечених права у системима допунског осигурања држава чланица

За разлику од права по основу (законски прописаног) обавезног социјалног осигурања за случај старости, инвалидности или смрти члана уже породице, на која промена послодавца не може да утиче, Директива 2001/23/ЕЗ не предвиђа да је послодавац следбеник дужан да преузме обавезе и по основу ранијег допунског, компанијског или интеркомпанијског осигурања, осим ако државе чланице не одлуче другачије. Имајући у виду наведену, велику слободу коју је предметна Директива оставила државама чланицама, не изненађује што се њихова радна законодавства по овом питању значајно разликују. Тако, једну групу чине државе (Белгија, Данска, Ирска, Кипар, Мађарска, Шведска и др.), у којима се правило о *ex lege* преносу не примењује на давања из додатног пензијског осигурања.¹⁹⁶⁷ У шведском праву се, примера ради, правило о аутоматском преносу права и обавеза у случају промене послодавца не примењује на давања за старосне, инвалидске или породичне пензије. Иако није изричито наведено, овај изузетак има за циљ да обухвати исте врсте пензијског осигурања који подлежу Директиви 2001/23/ЕЗ, то јест допунско компанијско или међукомпанијско пензијско осигурање изван система обавезног социјалног осигурања. Међутим, пренос давања из допунских пензијских система се у шведском праву може осигурати индивидуалним или колективним уговорима о раду. Овај изузетак је намењен покривању обавезе послодавца претходника да исплати обрачуната пензијска давања, односно пензијска потраживања запосленог према послодавцу претходнику која су доспела пре преноса предузећа. Међутим, он се не примењује на обавезу плаћања доприноса за пензије према личном уговору, односно

¹⁹⁶⁶ *Ibid.*, параграфи 39 и 40.

¹⁹⁶⁷ M. Sargeant, *Implementation Report Directive 2001/23/EC on the approximation of laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event, of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses*, 29-44.

обавезу плаћања премија осигуравајућем друштву.¹⁹⁶⁸ Слично наведеном, и у мађарском праву промена послодавца може утицати на само један део мађарског двостубног пензијског система, и то на добровољне пензијске системе у приватном власништву.¹⁹⁶⁹ Доприноси послодаваца таквим добровољним пензијским системима обично представљају облик додатних пензијских давања. Такве додатне погодности договарају се уговором о раду или се заснивају на унутрашњој политици послодавца. Ако је допринос послодавца добровољном пензијском систему предвиђен уговором о раду, послодавац следбеник нема избора него да настави да уплаћује исте новчане износе под истим условима. Међутим, ако се додатна давања пружају у складу са унутрашњом политиком послодавца претходника, послодавац следбеник нема обавезу да понуди (исти избор) давања и/или исти ниво доприноса.¹⁹⁷⁰

Другу групу чине државе (Француска, Немачка, Шпанија, Грчка, Италија, Луксембург, Холандија, Аустрија, Пољска, Финска и др.) у којима се правило о аутоматском преносу примењује и на допунско пензијско осигурање.¹⁹⁷¹ Тако, примера ради, у шпанском праву послодавац следбеник мора да преузме све услове рада који уживају запослени, укључујући њихова пензијска права. Сходно томе, у случају да запослени у предузећу имају право на допунске пензије, стизалац тог предузећа мора да преузме обавезу исплате пензија и да настави да уплаћује одговарајуће доприносе или премије осигурања.¹⁹⁷² Слично овоме, према јуриспруденцији немачког Савезног радног суда, послодавац следбеник преузима сва права и обавезе које проистичу из

¹⁹⁶⁸ Стога, шведско тумачење Директиве 2001/23/ЕЗ није у складу с праксом Суда ЕФТА (Европског удружење за слободну трговину), у којој је наглашено да се изузетак односи како на обавезе плаћања доприноса за пензију, тако и на потраживања пензијских давања. У светлу наведеног, шведска правна ситуација у погледу обима изузећа у члану 6б, став 3 Закона о заштити запослења је неизвесна. J. Sundberg, E. Ödling, *op. cit.*, 417-418.

¹⁹⁶⁹ Наиме, мађарски пензијски систем састоји се од два основна стуба: 1) јавно пензијско осигурање; 2) приватно пензијско осигурање које се састоји од: а) обавезног приватног пензијског осигурања; б) добровољног приватног пензијског осигурања; ц) рачуна за штедњу предујма запослених за пензије које воде кастоди банке; и д) компанијског пензијског осигурања. Пренос предузећа и последична промена послодавца не утичу на обавезно јавно социјално осигурање, на обавезно приватно пензијско осигурање и на рачуне за штедњу предујма будући да су ови стубови социјалног осигурања снажно повезани са појединачним запосленим, тако да послодавчев правни идентитет или његова промена не утичу на њих. Компанијско пензијско осигурање као облик добровољне авансне штедње не користи се и практично не постоји у Мађарској, тако да промена послодавца утиче једино на добровољно приватно пензијско осигурање. H. Fehér, *op. cit.*, 250.

¹⁹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁹⁷¹ Постоје и државе, попут Словеније, Словачке, Естоније, Летоније, Литваније, Португалије, Малте и Чешке које нису извршиле имплементацију наведене одредбе Директиве, те је у њиховим правним системима ово питање остало неуређено правним прописима, већ се решава у судској пракси. Наведено на основу: M. Sargeant, *Implementation Report Directive 2001/23/EC on the approximation of laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event, of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses*, 29-44.

¹⁹⁷² P. Menor, *op. cit.*, 393.

пензијског система послодавца претходника. Право на стицање додатног пензијског покрића не престаје чак и ако се додатно осигурање не може наставити у оквиру истог система који функционише код послодавца следбеника, у ком случају је послодавац следбеник дужан да запосленима обезбеди еквивалентну пензију. У ситуацијама када само послодавац следбеник обезбеђује додатни пензијски план, запослени који се премештају немају право да учествују у овом систему као последица преноса предузећа, осим ако је пренесено предузеће потпуно интегрисано, када може доћи до аутоматског признавања права на учешће. Ипак, Савезни радни суд је заузео став да у овом случају послодавац следбеник није дужан да запосленом призна (припише) стаж осигурања. Уколико, пак, дође до сукоба између пензијских система (осигурања) послодавца претходника и послодавца следбеника, послодавац следбеник преузима начелно сва права и обавезе које проистичу из пензијског програма послодавца претходника, поред његових сопствених.¹⁹⁷³ Нешто другачија решења садржи француско право, у коме пренос давања из добровољног пензијског осигурања зависи од начина на који је пензијски план имплементиран. Тако, ако је пензијски план компаније успостављен колективним уговором за целу компанију, у случају промене послодавца долази до његовог преноса, али само привремено (тј. највише до 15 месеци). Ако је, пак, пензијски план уведен једностраном одлуком послодавца претходника, било усмено или писмено, долази до преноса обавезе послодавца претходника на послодавца следбеника. Међутим, у овом случају нови послодавац може одбити да примењује пензијски план свог правног претходника, с тим да је дужан да претходно о томе обавести представничка тела запослених, све запослене појединачно и да испоштује разумни отказни рок. Уколико то не учини, премештени запослени ће и даље имати право на давања по основу пензијског плана послодавца претходника и то на неодређено време. Најзад, уколико је пензијски план установљен уговором о осигурању склопљеним између послодавца претходника и његовог осигуравача (друштва за управљање пензијским фондом), не долази до његовог преноса на послодавца следбеника, већ се мора склопити нови уговор о осигурању.¹⁹⁷⁴

Напред описана ситуација у националним законодавствима показује да подела на земље које се начелно опредељују за примену правила о аутоматском преносу на додатна пензијска давања и на земље које ово правило начелно искључују није оштра, те да обе групе земаља садрже одређене изузетке који их у извесној мери приближавају.

¹⁹⁷³ J. Kirchner, S. Morgenroth, *op. cit.*, 215.

¹⁹⁷⁴ P. Danesi, M.-A. Bethenod, *op. cit.*, 191-192.

Упркос томе, знатне разлике међу њима и даље опстају, што резултира различитим степеном заштите запослених и различитим трошковима за послодавце у различитим државама чланицама. Ово посебно ако се има у виду да национална законодавства нису уједначена ни у погледу дужности законодаваца да донесу потребне мере којима штите интересе запослених, уколико се одреде да допунска пензијска давања искључе из правила о аутоматском преносу. Као што смо напред видели, таквим мерама државе чланице (а не послодавци !) морају заштити интересе запослених и лица која у време преноса више нису запослена у предузећу, у вези са правима на давања за случај старости, укључујући породична давања, које су добили или ће добити по основу допунског пензијског система. Међутим, наведену заштиту државе чланице примењују различито због различитих тумачења израза *давања које су добили или ће добити*. Директивом Савета 98/49/ЕЗ о заштити права на допунску пензију, *стечено право на пензију* дефинисано је као свако право на давање стечено по испуњавању услова предвиђених правилима допунског пензијског система и правилима националног законодавства.¹⁹⁷⁵ А правила националног законодавства значајно се разликују од земље до земље. Према има оних (попут шпанског) у којима уопште нема законских услова за стицање права (па је на појединим послодавцима да их утврде), у већини држава чланица до стицања права на одређено пензијско давање не долази док се не задовољи минимални квалификациони период проведен у осигурању. Тако, примера ради, у Великој Британији, бившој држави чланици, период за стицање права на давања из допунског пензијског осигурања је две године стажа осигурања, у Аустрији је то период од 5 година, а у Немачкој 10 година.¹⁹⁷⁶ Ако запослени из било ког разлога напусте пензијски систем пре него што задовоље ове минималне услове, по правилу ће имати право на повраћај само својих доприноса или давања која из њих произилазе, али неће имати користи од доприноса које је њихов послодавац уплатио, нити право на пензију по основу дотичног пензијског система. Осим тога, захтеви за стицање права на допунску пензију се међу земљама разликују и у зависности од начина финансирања допунског пензијског система. Тако, примера ради, у Белгији, ако се допунски пензијски систем финансира преко осигуравајућих друштава, право се стиче одмах, али

¹⁹⁷⁵ Директива 98/49/ЕЗ, члан 3(d).

¹⁹⁷⁶ Bob Hepple, Karen Mumgaard, „Pension rights in business transfers“, *Industrial Law Journal*, vol. 27, број 4/1998, 315.

ако се финансира на било који други начин, право на пензијска давања стиче се након годину дана.¹⁹⁷⁷

Српски законодавац, у делу Закона о раду који је посвећен „другим примањима“ запослених, предвиђа да послодавац може запосленима уплаћивати премију за добровољно додатно пензијско осигурање, колективно осигурање од последица незгода и колективно осигурање за случај тежих болести и хируршких интервенција, а у циљу спровођења квалитетне додатне социјалне заштите.¹⁹⁷⁸ Међутим, Законом о раду није извршена имплементација одредбе члана 3, став 4 Директиве 2001/23/ЕЗ, тако да правне последице промене послодавца на права и обавеза из добровољног пензијског осигурања нису уређене у домаћем праву. Осим ако није био у питању обичан превид законодавца, у домаћој теорији се као могући разлог пропуштања законодавца да уреди ову материју наводи чињеница да у тренутку усвајања Закона о раду област допунског пензијског осигурања у Србији није била регулисана.¹⁹⁷⁹ Међутим, само неколико месеци након усвајања Закона о раду, у нашој земљи је успостављен допунски систем пензијског осигурања, Законом о добровољним пензијским фондовима и пензијским плановима.¹⁹⁸⁰ Реч је о закону којим је први пут у нашој земљи детаљније уређено организовање и управљање добровољним пензијским фондовима, оснивање, делатност и пословање друштва за управљање добровољним пензијским фондовима, послови и дужност кастоди банке у складу са одредбама закона, надлежност Народне банке Србије у вршењу надзора над обављањем делатности друштава за управљање добровољним пензијским фондовима, као и друга питања од значаја за функционисање добровољних пензијских фондова.¹⁹⁸¹ У међувремену, у Србији је формирано више добровољних пензијских фондова и основано више друштава за управљање, те према актуелним подацима Народне банке Србије, на српском тржишту добровољних пензијских фондова на крају другог тромесечја 2021. године пословала су четири друштва за управљање, која су управљала имовином седам добровољних пензијских

¹⁹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁹⁷⁸ Закон о раду (2005), члан 119, став 5.

¹⁹⁷⁹ Ф. Бојић, „Примена колективног уговора од стране послодавца следбеника“, 767.

¹⁹⁸⁰ Закон о добровољним пензијским фондовима и пензијским плановима (*Службени гласник РС*, бр. 85/2005 и 31/2011).

¹⁹⁸¹ *Ibid.*, члан 1. Према одредбама овог Закона, „добровољни пензијски фонд се организује ради прикупљања новчаних средстава уплатом пензијског доприноса од стране обвезника уплате и улагања тих средстава са циљем повећања вредности имовине фонда. Пензијски допринос у добровољни пензијски фонд уплаћује *послодавац*, у име и за рачун запосленог, у складу са уговором о чланству између члана добровољног пензијског фонда и друштва за управљање или *организатор* (послодавац, удружење послодавца, професионално удружење и синдикат), у своје име и за рачун запосленог, односно члана синдиката, у складу са пензијским планом. *Ibid.*, члан 28, став 1 и члан 42, ст. 2 и 3.

фондова, једна кастоди банка, пет банака посредника и једно друштво за осигурање посредник.¹⁹⁸²

С обзиром на наведено, у Србији сада постоји и правни и реални основ за уплаћивање доприноса за добровољно пензијско осигурање. Стога, послодавац може појединачним колективним уговором преузети обавезу да уплаћује доприносе за допунско социјално осигурање у добровољне пензијске, односно добровољне здравствене фондове, било закључивањем уговора о чланству или уговора о пензијском плану са друштвом за управљање. Поставља се, међутим, питање каква је судбина ове обавезе у случају дође до промене послодавца? Да ли ће она, сходно члану 147 Закона о раду, прећи на послодавца следбеника по сили закона, као и сва остала права и обавезе из индивидуалног и колективног уговора о раду? Другим речима, да ли ће послодавац следбеник бити у обавези да настави са плаћањем доприноса за добровољно пензијско осигурање? У одговору на ово питање ваља поћи од чињенице да је уговор о добровољном пензијском осигурању (уговор о чланству, односно уговор о пензијском плану), посебан уговор (уговор у корист трећег) закључен између послодавца и осигуравача по коме се врши уплата пензијског доприноса за рачун запослених, при чему обавеза послодавца према запосленом у погледу уплата ове врсте пензијског доприноса проистиче из колективног уговора.¹⁹⁸³ Стога, ако је послодавац претходник колективним уговором о раду закљученим код послодавца преузео обавезу да током важења колективног уговора уплаћује доприносе за добровољно пензијско осигурање, а пре истека рока његовог важења дође до промене послодавца, послодавац следбеник биће дужан да настави да извршава наведену обавезу најмање годину дана од дана промене послодавца, осим ако пре истека тог рока истекне време на које је закључен колективни уговор или код послодавца следбеника буде закључен нови колективни уговор.¹⁹⁸⁴ У прилог наведеном тумачењу говори и правни став Грађанског одељења Врховног касационог суда Србије, усвојен на седници од 7. јуна 2019. године, у којем наведено да је „тачно [...] да добровољно пензијско осигурање није законска обавеза већ се „добровољно“ ступа у уговорни однос. Међутим, од момента закључења уговора, уговорне стране морају поштовати уговорене обавезе, иначе уговор не би имао сврху. Стога запослени у чију корист се закључује уговор има непосредно право да тражи од послодавца уплату премија како је то регулисано појединачним колективним

¹⁹⁸² Народна банка Србије, Сектор добровољних пензијских фондова у Србији, *Извештај за друго тромесечје 2021. године*, 3, https://nbs.rs/sr_RS/finansijske-institucije/penzijski-fondovi/izvestaji/, 7.9. 2021.

¹⁹⁸³ Правни став Грађанског одељења Врховног касационог суда, усвојен на седници од 7.6.2019. године.

¹⁹⁸⁴ Слично и: Ф. Бојић, „Примена колективног уговора од стране послодавца следбеника“, 767.

уговором“.¹⁹⁸⁵ Будући да даном промене послодавца, послодавац следбеник ступа у сва права и обавезе његовог претходника, он неспорно преузима и обавезу послодавца претходника да уплаћује доприносе за допунско осигурање, а коју је према запосленима преузео колективним уговором. Овакво тумачење је у складу и са праксом Суда правде у Луксембургу, према чијем ставу кључни критеријум приликом процене да ли запослени може захтевати од послодавца следбеника да уплаћује доприносе за добровољно пензијско осигурање представља питање да ли је та обавеза произашла из индивидуалног или колективног уговора о раду закљученог са послодавцем претходником. Уколико јесте, она ће бити пренесена на послодавца следбеника, без обзира на чињеницу што се та давања исплаћују применом законских прописа и без обзира на практичне аранжмане усвојене за потребе имплементације допунског пензијског система.¹⁹⁸⁶ Међутим, чини се да наведено правило не би могло (барем не без дилема) да важи уколико је послодавац претходник уплаћивао доприносе за добровољно пензијско осигурање на основу своје једностране одлуке. Стога је потребно да домаћи законодавац ово питање уреди Законом о раду и отклони ову и бројне друге дилеме (попут сукоба пензијских планова) које у пракси могу настати.

3.3. Могући правци измене комунитарног правила о изузећу допунских пензијских давања из правила о *ex lege* преносу

Из перспективе запослених, изузимање допунских пензијских давања из правила о аутоматском преносу права и обавеза произашлих из (индивидуалног или колективног) уговора о раду важећег да дан промене послодавца, представља озбиљан пропуст заштитне шеме Директиве 2001/23/ЕЗ. С обзиром да пензијска давања из допунских пензијских система могу бити саставни део укупних примања запослених, њихов губитак би учинио било који пренос предузећа знатно мање прихватљивим. Послодавац претходник, који може бити инсолвентан, остаје одговоран, према условима предвиђеним овим системом, за све обавезе, али ни премештени запослени нити послодавац следбеник неће наставити да доприносе систему. Из тих разлога, потребно је размотрити аргументе у корист измене Директиве 2001/23/ЕЗ на начин да се све државе чланице обавезу да обезбеде аутоматски пренос права на допунска

¹⁹⁸⁵ Правни став Грађанског одељења Врховног касационог суда, усвојен на седници од 7.6.2019. године.

¹⁹⁸⁶ Пресуда у предмету бр. С-164/00 (*Katia Beckmann v. Dynamco Whichloe Macfarlane Ltd*) од 4. јуна 2002. године (*European Court Reports* 2002, 330), параграфи 39 и 40.

пензијска давања у случају релевантног преноса предузећа. У том смислу, ваља, најпре, указати да су права из допунских пензијских система сада призната као одложена зарада на нивоу Заједнице, кроз низ предмета у којима је одлучивано у вези са применом члана 119 Уговора о Економској заједници, сада члана 157 УФЕУ (начело једнаке зараде за мушкарце и жене). Стога се све више чини аномалијом (барем у начелу) другачије третирање таквих права (у случају промене послодавца) од осталих елемената укупног пакета примања запослених. Осим тога, четрдесет година након ступања на снагу прве верзије Директиве о преносу предузећа, допунске пензије су постале много важнији облик социјалне заштите запослених, посебно у земљама северне Европе, укључујући и Велику Британију. Чак и у земљама јужне Европе, а донекле и у Белгији и Луксембургу, где су допунске пензије донедавно биле маргиналне или ограничене само на високо плаћене запослене, трошкови обезбеђивања јавних пензија довели су до подстицања приватног пензијског осигурања.¹⁹⁸⁷ Из тих разлога, Европска комисија је дуги низ година разматрала могућност измене члана 3 Директиве 2001/23/ЕЗ. Тако је још децембра 1997. године британска влада истицала да је искључење допунских пензија „недоследно са основним циљевима Директиве и да би његово уклањање значајно поједноставило тренутну ситуацију“.¹⁹⁸⁸ Амандман који је британска влада разматрала подразумевао је укључивање у Директиву о преносу предузећа захтева да послодавац следбеник обезбеди *упоредива* пензијска права у погледу запослења пре и после датума преноса предузећа.¹⁹⁸⁹ Опредељење за *упоредива* (а не за *идентична*) давања је било резултат уважавања разноликости пензијских давања која се пружају у оквиру допунских пензијских система и непрактичност ситуације у којој би послодавац следбеник пружао запосленима који су преузети пензијска давања значајно другачије природе од оних која су предвиђене за запослене који већ раде код њега, будући да би могао завршити са небројеним структурама давања за запослене, стеченим из различитих извора.

Међутим, обавезивање послодавца следбеника да настави са пружањем (свих или ограниченог броја) пензијских давања из допунског пензијског аранжмана послодавца претходника није без проблема. Пре свега, такво обавезивање не узима у обзир будуће потребе пословања и дугорочну платежну способност послодавца

¹⁹⁸⁷ *Ibid.*, 316.

¹⁹⁸⁸ United Kingdom, Department of Trade and Industry: Employment Rights Directorate, *European Acquired Rights Directive and Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations (The TUPE Regulations)*, Public Consultation, DTI, United Kingdom, 1997, параграф 37.

¹⁹⁸⁹ В. Неппле, К. Мумгаард, *op. cit.*, 316.

следбеника да финансира будуће пензијске трошкове. Такви проблеми, међутим, нису непремостиви и могли би се решити као део комерцијалног договора (путем, примера ради, адекватне цене коштања предузећа). Теже питање у вези са било којом обавезом исплате будућих пензијских давања била би њихова природа. Влада Велике Британије је назначила да би свако такво давање требало да буде „упоредиво“, а не идентично. Међутим, упоредивост није законски дефинисан концепт и постоји забринутост шта би она могла значити у пракси. У том смислу, у теорији се поставља више питања: 1) На који начин би се давања у пензијским системима унапред утврђених доприноса упоредила са давањима у системима унапред утврђених накнада (пензија) и обрнуто, уколико је послодавац претходник прихватио први модел организовања система, а послодавац следбеник други? 2) Приликом утврђивања да ли су пензије упоредиве или не, да ли би се узела у обзир укупна давања за све запослене који се преузимају или ли би се тест примењивао на сваког запосленог појединачно? 3) Да ли би се захтеви за упоредивост проширили на све услове пензијског система послодавца следбеника? 4) Колико би позиција финансирања у пензијским системима послодавца претходника и послодавца следбеника морала бити упоредива?¹⁹⁹⁰ Такође, постоје и питања у вези с тим ко би одредио упоредивост давања: актуар послодавца претходника, актуар послодавца следбеника, послодавац претходник, послодавац следбеник или нека њихова комбинација.¹⁹⁹¹

Стога, уколико се одбаци овај предлог, друга могућност је да се задржи постојеће решење, те да се државама чланицама остави могућност да од правила о аутоматском преносу уговора о раду изузму (законом одређена) допунска пензијска давања, али уз варијанту да се предвиди да одсуство сличног/упоредивог допунског пензијског система код послодавца следбеника представља оправдан разлог за одбијање преноса уговора о раду. У овој опцији треба, свакако, задржати тренутно решење о обавези држава чланица да заштите интересе запослених уколико у своје национално законодавство уведу наведени изузетак. Међутим, све док се не постигне одређено усклађивање дужине стажа осигурања као услова за стицање права, дужности заштите интереса запослених нужно ће доводити до различитих нивоа давања за запослене, а, такође, и до различитих трошкова за послодавце у различитим државама чланицама, зависно од националних правила о тренутку стицања права. Иако се признаје да из практичних административних разлога тренутно стицање права није

¹⁹⁹⁰ *Ibid.*, 322-323.

¹⁹⁹¹ *Ibid.*, 323.

увек могуће или пожељно (примера ради у случају повремених радника), тешко је на таквим основама оправдати ништа више од прилично кратког периода стажа осигурања (не више од 2 године).¹⁹⁹² У првобитном нацрту Директиве Савета 98/49/ЕЗ о заштити права на допунску пензију, предложено је да државе чланице постепено смање периоде стажа осигурања на највише 5 година до 2010. године и да им не би требало дозволити да их у будућности поново повећавају. Међутим, иако је Комисија рано препознала да су „дуги периоди стажа осигурања [...] озбиљна препрека слободном кретању радника“,¹⁹⁹³ помак ка усклађивању периода стажа осигурања је напуштен у коначној верзији Директиве Савета 98/49/ЕЗ усред притиска држава чланица са дужим периодима и забринутости око цене њиховог смањења. Резултат овог неуспеха у усклађивању периода стицања права је да свако правило на нивоу целе Заједнице које захтева пренос, не само стечених пензијских права, већ и уговорних обећања послодавца претходника за будуће пензијско осигурање, има различит финансијски утицај у зависности од државе чланице у којима је дошло до преноса предузећа. Наведена различитост се додатно појачава разноликошћу аранжмана финансирања унутар и између земаља.

Имајући у виду наведено, може се закључити да је избор начина уређења овог питања на комунитарном нивоу - упркос готово општеприхваћеном ставу да искључење допунских пензијских давања из општег преноса права и обавеза по уговору о раду представља законску аномалију - сложенији него што се *prima facie* чини. Алтернатива постојећем комунитарном решењу мора узети у обзир горе наведене практичне проблеме, при чему ваља имати у виду да законима није могуће решити сва практична питања. Ово посебно из разлога што је ово високо специјализовано, техничко поље, које захтева посебна знања из области актуарске математике. Стога би пре доношења коначних закључака о начину регулисања допунских пензијских давања у случају промене послодавца ваљало израдити детаљан кодекс праксе о значењу садржаја термина „упоредиво“, заједно са актуарским импликацијама различитих модела уређења допунских пензијских давања. У коначном опредељивању за одређену опцију, ваља узети у обзир да је већина држава чланица, упркос одсуству правне обавезе, већ увела правило о аутоматском преношењу пензијских давања из допунског пензијског осигурања, што не само да потврђује његову техничку (практичну)

¹⁹⁹² *Ibid.*, 317.

¹⁹⁹³ Commission of the European Communities, Proposal for a Council Directive on safeguarding the supplementary pension rights of employed and self-employed persons moving within the European Union, COM (97) 486 final, Brussels, 08.10.1997.

спроводивост, већ и оправданост увођења на нивоу Заједнице, а у циљу очувања стечених права запослених и хармонизације радног законодавства држава чланица, односно спречавања постојања великих националних разлика у нивоима заштите запослених.

ЗАКЉУЧАК

1. Спровођење поступка реструктурирања предузећа усмерено је, по правилу, на повећање њихове вредности, ефикасности и конкурентности, али постизање овог циља неретко врши значајан притисак на тржиште рада. Брзи и променљиви ветрови нерегулисаног тржишта остављају запослене на брисаном простору, да трпе последице управљачких стратегија усмерених на смањење трошкова производње (укључујући зараде) и да, када управљачки органи послодавца спроведу поступак колективног отпуштања, поднесу искуство да су постали „вишак“ и да се морају „снаћи“ за други посао. Ово истраживање посвећено начину на који промена правног идентитета послодавца утиче на правни положај запослених показује, пре свега, да постоји изражен сукоб између економских захтева за реструктурирање и рационализацију привредног пословања и социјалних захтева за заштиту запослених, услед чега тржиште рада и волунтаристички модел колективног преговарања не могу постићи задовољавајућу социјалну равнотежу. На основу наведеног, централна теза нашег истраживања је да радно законодавство може попунити део празнине коју само колективно преговарање не може, помирењем дивергентних интереса (који долазе до изражаја током корпоративних реорганизација) и решавањем напетости између управљачких прерогатива послодавца и права запослених. Овај задатак захтева постојање радноправних правила којима се мора постићи двоструки циљ: с једне стране, она морају понудити заштиту запосленима у случају промене послодавца, што подразумева пружање гаранције очувања (сигурности) запослења, а, с друге стране, она морају очувати управљачка овлашћења послодавца која се тичу доношења економских одлука.

2. Оправданост увођења радноправне заштите запослених у околностима промене послодавца произилази, пре свега, из важности коју радни однос има за материјалну и социјалну сигурност и дефинисање личног интегритета појединца, као и из доприноса који запослени пружају ефикасности и продуктивности предузећа. Заштита права запослених подразумева, у суштини, прихватање става да запослени не треба нужно да преузимају целокупан терет реструктурирања предузећа. Контролом (зло)употребе управљачких овлашћења и увођењем система радноправне заштите запослених доприноси се равномернијој расподели друштвено-економске моћи. Осим тога, тиме се ублажава отпор запослених и задобија њихова подршка неопходна за

успешно спровођење поступка реструктурирања и такмичење послодаваца на глобалном тржишту.

Нема сумње да постоје бројне потешкоће у конципирању таквог система радноправне заштите, посебно у погледу дефинисања обима и врсте права запослених, подручја његове примене, али и тумачења законом признатих права од стране правосудних органа и њихове примене у привредној стварности. Притом, сваки покушај да се истраже делотворни начини на које закон утиче на стварни и правни положај запослених - мора уважити чињеницу да је закон само једна од сила која може деловати на тржиште рада. Будући да законодавство не постоји у вакууму, делотворан оквир законске заштите требало би да буде део храброг социјалног програма, чији је циљ постизање пуне запослености, пропагирање економског раста и обезбеђивање праведних услова рада и достојанства запослених. Свесност о месту закона у широј шеми друштвених односа, међутим, не значи да закон нема моћ да дода барем танки прекривач заштите запослених и постигне неки облик социјалне (и економске) правде. Искуство националних законодавстава која су се развила у правцу ефикасније заштите запослених у случају промене послодавца, подржава централни аргумент нашег истраживања да уз одговарајуће правне механизме и санкције, радно право може постићи или се бар приближити овом идеалу.

3. Поставка о неопходности заштите запослених у случају промене послодавца није, међутим, одувек била неспорна. Тако се у првим фазама развоја радног права веровало да због *intuitu personae* природе уговора о раду он не може бити једнострано пренесен на другог послодавца, већ је промена послодавца нужно резултирала отпуштањем запослених и, евентуално, новим запошљавањем од стране послодавца следбеника. Прву законодавну интервенцију у материји промене послодавца учинила је Француска пре готово једног века (1928. године), и то на захтев послодаваца, увођењем правила да, ако дође до промене послодавца, нарочито као резултат сукцесије, продаје, спајања, трансформације и припајања предузећа, сви уговори о раду који постоје на дан преноса предузећа настављају да важе између новог послодавца и запослених у предузећу. Послодавци су овим правилом настојали да обезбеде да се, на дан преноса, пренесу и имовина предузећа и радна снага (која је имала потребне вештине и знања за управљање опремом/послом). Вредност овог правила постепено су увиђале и друге европске државе, па је, тако, оно временом постало предмет законског регулисања и у Италији (1942. године) и Немачкој (1972. године).

Најважнији корак ка успостављању елементарне социјалне правде у области реструктурирања предузећа учинила је, међутим, Европска унија. Према су социјалне импликације преноса предузећа са великим потешкоћама постале део европског радног законодавства, оне су временом постале једна од најзначајнијих, али и најконтроверзнијих, тема о којој се (све више) мисли и расправља у европском комунитарном радном праву. Да би предупредила ризике које реструктурирање послодавца може имати на положај запослене и спречила да запослени буду једине „жртве“ установљавања јединственог тржишта, Европска унија је, као део ширег Социјалног акционог програма, усвојила Директиву 77/187/ЕЕЗ о усклађивању закона држава чланица у смислу заштите права запослених у случају преноса предузећа, пословања или дела пословања (касније измењена Новелом Директиве 98/50/ЕЗ и консолидована Директивом 2001/23/ЕЗ). Примена ове Директиве требало је да обезбеди минималне стандарде и упоредиву заштиту права запослених широм Европске заједнице, те да спречи конкурентску предност по основу трошкова промене послодавца. Не треба губити из вида ни друге разлоге који су утицали на усвајање Директиве, укључујући и настојање да се регулише друштвена моћ која је, по правилу, у сваком друштву неједнако распоређена, те ублажи незадовољство запослених и смањи њихов отпор према реструктурирању предузећа. Тако је 1977. године, усвајањем предметне Директиве, на комунитарном нивоу уведено правило о *ex lege* преносу уговора о раду или радног односа заједно са преносом предузећем са послодавца претходника на послодавца следбеника. Основни мотив увођења овог правила је очување правног положаја запосленог односно спречавање да свака промена правног идентитета послодавца сама по себи резултира престанком радног односа или његовом изменом на штету запослених. То значи да је у односу на слободу избора уговорног партнера (послодавца), европски законодавац дао превагу начелу очувања запослења, пошавши првенствено од чињенице да је уживање ове слободе практично значило остајање без посла милиона запослених, те је у целини деловало као озбиљан недостатак савременог тржишта рада. Осим тога, сматра се да је правило о континуитету радног односа оправдано и у односу на послодавца следбеника: терет који је повезан са преносом уговора о раду сматра се наличјем на страни добити коју послодавац следбеник стиче преузимањем целог организованог привредног пословања (који би иначе морао сам изградити).

Усвајање Директиве 77/187/ЕЕЗ (сада Директива 2001/23/ЕЗ) и у њој садржаног правила о аутоматском преносу уговора о раду у случају промене послодавца деловало

је као својврсни законодавни земљотрес који се од европског епицентра ширио у концентричним круговима ка државама чланицама Европске уније, а, потом, и ка осталим државама европско-континенталне правне традиције и бројним другим државама широм света (Швајцарска, земље бивше Југославије, Турска, Бразил, Мексико, Јужна Африка и многе друге), које су по узору на одредбе Директиве 2001/23/ЕЗ уредиле питање заштите права запослених у случају промене послодавца, услед чега је концепт преноса предузећа и последични (аутоматски) пренос уговора о раду са послодавца претходника на послодавца следбеника *постао универзални* у многим аспектима.

То не важи за земље англосаксонске правне традиције у којима никада није остварена законска интервенција ради регулисања социјалних импликација реструктурирања послодавца или она није вршена дужи временски период (Сједињене Америчке Државе, Канада, Аустралија). Тако, у Сједињеним Државама, као типичном представнику ове породице права, не постоји посебан закон који гарантује запосленима право на аутоматски пренос уговора о раду и очување стечених права, као у Европи. Међутим, чак и да постоји, било би тешко замислити како би се таква заштита уклопила у доктрину запошљавања и отпуштања по вољи послодавца, кључну за систем америчког радног права. Поред тога, вероватно би било тешко ускладити аутоматски пренос уговора о раду у случају промене послодавца са неком од индивидуалних слобода гарантованих америчким Уставом, на основу којих би привредне организације требале бити слободне у одлучивању како ће управљати својим пословањем. Као резултат наведеног, заштита запослених у случајевима промене послодавца је у Сједињеним Државама слабија него у Европској унији и државама које су, инспиране европским законодавством, увеле законску заштиту запослених у случају промене послодавца. Осим тога, с обзиром на чињеницу да су сродна права раштркана између различитих федералних и државних закона, колективних уговора или одлука суда и владиних агенција, права запослених у случају промене послодавца су у Сједињеним Америчким Државама врло нејасна, па такве могу бити и сродне обавезе послодаваца. Па ипак, подела између европско-континенталне и англо-саксонске породице права није оштра, будући да на обе стране постоје национални радноправни системи који одступају од општих карактеристика те породице права. Осим тога, одређени видови заштите запослених, макар садржани у аутономним изворима права, постоје у готово свим државама света (чак и у Сједињеним Америчким Државама), што само по себи потврђује потребу њеног постојања (и централну тезу нашег

истраживања). Ова заштита је, међутим, много јача и обухватнија у земљама у којима је потврђена обавезним законским правилима, па је наше истраживање било усмерено управо на ту групу земаља.

3. Процена делотворности постојећег радног законодавства посвећеног промени послодавца захтевала је, поред анализе правних последица промене послодавца на укупан правни положај запослених (индивидуална и колективна права и обавезе, као и права и обавезе из социјалног осигурања), претходно утврђивање граница подручја његове персоналне, материјалне и територијалне примене. Премда смо у раду тежили сагледавању оствареног домета заштите запослених у случају промене послодавца у европском радном праву и праву држава чланица Европске уније, уз посебно настојање да истакнемо све предности и недостатке постојећих законских решења и начина њиховог тумачења, те да дамо ваљане предлоге за њихову будућу (евентуалну) измену и унапређење, закључна разматрања усмерићемо поглавито на њихово поређење са решењима садржаним у домаћем праву и формулисање предлога *de lege ferenda* за превазилажење правних празнина у праву Републике Србије. То, најпре, вреди за подручје примене начела очувања запослења у случају промене послодавца, које је, иначе, у Србији први пут (након раскида са концепцијом радног односа као међусобног односа радника у основној организацији удруженог рада) уведено Законом о раду од 2005. године, као резултат добровољног и делимичног усклађивања српског законодавства са правом Европске уније. Заштита је загарантована свим запосленима у свим случајевима промене послодавца, без обзира на то да ли је идентитет пренесеног предузећа сачуван или не, чиме је учињена повољнијом од европског концепта преноса предузећа. Па ипак, релевантне одредбе Закона о раду често су избегаване у пракси злоупотребом управљачких овлашћења послодаваца која је олакшана непрецизношћу и штурошћу законских одредби. Ово се првенствено односи на одредбу члана 147 Закон о раду којом су уређени правни разлози промене послодавца. Поређењем садржаја ове одредбе са релевантним комунитарноправним правилима може се, пре свега, уочити да постоји очигледна терминолошка неусклађеност, будући да Закон о раду не користи концепцију „преноса предузећа, пословања, дела предузећа или дела пословања“ која је кључна у европском радном праву, нити дефинише појам „предузеће“, какав је случај у Директиви 2001/23/ЕЗ и правима бројних држава чланица Европске уније. Осим тога, правило о обавезном преносу уговора о раду (са послодавца претходника на послодавца следбеника) примењује се *на сваки случај промене послодавца која је последица статусне промене*, што, у суштини одговара европском концепту „спајања предузећа“.

Притом, то важи не само за статусне промене привредних друштава, већ и за промене свих других правних субјеката који на основу посебних закона могу извршити овај вид реорганизације пословања. Међутим, за разлику од Директиве 2001/23/ЕЗ која јасно и изричито (поред спајања предузећа) издваја правни (уговорни) пренос предузећа као посебан основ (правни разлог, случај) промене послодавца, Закон о раду то не чини. Уместо тога, он употребљава израз „у случају статусне промене, односно промене послодавца, у складу са законом“, не одређујући никакав даљи критеријум за идентификацију других случајева (правних разлога) промене послодавца. Упркос наведеној правној празнини, мишљења смо да је употребљена формулација довољно широка да подручјем примене начела очувања запослења обухвати промену послодавца која је последица правног преноса предузећа. Овакво тумачење релеватне одредбе је у складу не само са стандардима садржаним у Директиви 2001/23/ЕЗ, већ и са судском праксом Суда правде Европске уније који је концепт правног преноса у европском комунитарном праву протумачио врло широко подразумевајући под тим сваку промену у физичком или правном лицу које је одговорно за обављање посла и које на основу те чињенице преузима обавезе послодавца у односу на запослене у предузеће, без обзира на то да ли је власништво над предузећем пренесено или не. Стога је врло значајно да овакво тумачење одредбе члана 147 Закона о раду, а, посебно, концепта правног преноса предузећа (имовинске целине) уваже и домаћи судови, будући да овај вид преноса предузећа, а посебно *outsourcing* као његова врста, није мимоишао ни српску привреду. Штавише, ово је био чест модел (легално!) решавања вишкова запослених у првом таласу масовних отпуштања након приватизације друштвених предузећа, будући да су домаћи судови у поступцима који су запослени покретали ради поништаја решења о отказу одбијали тужбене захтеве са образложењем да спровођење организационих и економских промена самостална област деловања послодаваца, те да суд не може да се упушта у његову целисходност и оправданост. Међутим, напред наведено не мора значити да је сваки правни пренос предузећа подобан да буде квалификован као промена послодавца у смислу члана 147 домаћег Закона о раду. Такав закључак, уосталом, не би био ни у складу са Директивом 2001/23/ЕЗ и праксом Суда правде који је развио различите тестове за утврђивање да ли одређени пренос предузећа потпада под домашај Директиве. Међутим, с друге стране, ни његово потпуно искључивање из подручја примене начела очувања запослења није законито, нити је у складу са европском регулативом и праксом. С обзиром да је домаћи законодавац прихватио део правних тековина Европске уније у односу на заштиту

права запослених у случају промене послодавца, закон се изиграва уколико се те заштитне одредбе игноришу у поступцима преноса предузећа са једног правног субјекта на други, с обзиром да несумњиво обезбеђују запосленима виши ниво права. Истини за вољу, одредбе Закона о раду којима се одређује подручје примене начела очувања запослења су веома уопштене и захтевају шире познавање института промене послодавца да би се ставиле у одговарајући контекст, што се (тренутно) не може очекивати од оних који исте треба да користи (како од судова, тако и од послодаваца и запослених). Све претходно упућује на закључак да су потребне *de lege ferenda* интервенције у циљу унапређења постојећег решења и стварања могућности да се правни (уговорни) пренос предузећа стави у јасан правни оквир и унапреди положај запослених у тим поступцима. То би превасходно требало да значи јасније одређење синтагме „промена послодавца“ предвиђањем да иста *може бити последица не само статусне промене привредних друштава и других правних субјеката, већ и правног преноса предузећа (односно преноса предузећа по основу уговора, судске одлуке, закона или једностране изјаве воље)*. То би, последично, изазвало потребу дефинисања концепта предузећа или бар прописивање параметара на основу којих ће, најпре, послодавац, а потом и суд (у радном спору), моћи да преиспитају правну природу преноса предузећа и да на основу поузданих мерила утврде (евентуалне) обавезе према запосленима и законитост спроведеног поступка. Имајући у виду да домаћи судови имају дугогодишње искуство у тумачењу појма „имовинска целина“ (садржан у члану 452 Закона о облигационим односима), а да је његов пандан у области компанијског права појам „предузеће“, то не би требало да представља већи практични проблем. Евентуално постављање додатних критеријума којима би се сузило или прецизирало значење појма „предузеће“ у односу на појам „имовинске целине“ морало би да буде учињено законом, како би се избегло различито поступање судова и нарушавање правне сигурности.

Када је, пак, реч о преносу предузећа и последичној промени послодавца у оквиру стечајног поступка, Закон о раду не садржи ниједну одредбу, већ наведену материју регулише стечајно законодавство, али на начин који није усклађен са европским стандардима садржаним у Директиви 2001/23/ЕЗ. Па тако, док предметна Директива даје државама чланицама могућност искључења примене одредбе о очувању запослења и забрани отказа из разлога везаних за саму промену послодавца у случајевима преноса предузећа кад послодавац претходник подлеже стечајном или сличном поступку у случају инсолвентности који је покренут с циљем ликвидације

његове имовине, Закон о стечају Републике Србије предвиђа да је отварање стечајног поступка разлог за отказ уговора о раду који је послодавац претходник закључио са запосленима, без обзира у ком правцу ће се поступак стечаја кретати (у правцу банкротства или реорганизације). Према се поступак реорганизације према нашем Закону о стечају спроводи ако се тиме обезбеђује повољније намирење поверилаца у односу на банкротство, а посебно ако постоје економско оправдани услови за наставак дужниковог пословања, исти се, ипак, не може квалификовати као поступак који је покренут с циљем ликвидације имовине, те у том смислу не би (сходно европским стандардима) могао бити обухваћен изузетком од примене начела очувања запослења. Будући да је основна идеја европске регулативе да гарантује заштиту запослених у случају преноса предузећа као континуираног пословања, наведено правило важи и у стечајном поступку који се спроводи над послодавцем претходником, уколико предузеће наставља да постоји након спроведног поступка. Стога су од обавезе примене начела очувања запослења искључени само стечајни поступци који воде у правцу уновчења имовине послодавца претходника и гашења његовог пословања (што се, додуше, може критиковати будући да се, с једне стране, наставак пословања може догодити и у случају банкротства, док, с друге стране, ликвидација имовине може да уследи и у поступку реорганизације). Имајући у виду наведено, потребно је, пажљивим одмеравањем интереса послодавца и запослених, који је у овом случају нарочито изражен, Законом о раду регулисати радноправне последице промене послодавца у случају када је послодавац претходник предмет стечајног поступка. При регулисању наведеног питања, ваља имати у виду да у поступцима реорганизације (и другим аналогним поступцима чији је циљ наставак пословања стечајног дужника), Директива 2001/23/ЕЗ допушта могућност увођења одређених одступања од гарантоване заштите запослених, попут смањења дуговања послодавца претходника према запосленима или измене уговорених услова рада запослених (али не и отпуштања запослених), те се, у циљу осигурања опстанка предузећа и балансирања интереса послодавца и запослених, Законом о раду може предвидети неко од наведених одступања.

4. Основни циљ правног регулисања последица промене послодавца у односу на запослене, како у смислу европског радног законодавства, тако и у смислу домаћег радног права, јесте очување запослења (односно заштита сигурности и стабилности радних односа) и очување стечених права која су постојала пре него што је дошло до промене послодавца. Настојећи да ограничи несигурност запослења, Закон о раду уређује радноправне последице промене послодава по узору на европске стандарде

заштите права запослених садржане у Директиви 2001/23/ЕЗ. Заштита је загарантована за све запослене и укључује три основна инструмента: 1) очување запослења, односно пренос свих уговора о раду са послодавца претходника на послодавца следбеника; 2) очување (иако временски ограничено) колективног уговора о раду закљученог са послодавцем претходником; и 3) информисање и консултовање запослених о промени послодавца. Иако новоуведена законска решења доприносе бољој заштити запослених и сигурности запослења у нашој држави, она пате од одређених непрецизности. То се, најпре, односи на право запосленог на одбијање преноса уговора о раду, које Закон о раду уводи имплицитним путем, односно регулисањем правних последица одбијања преноса уговора. Па тако, према одредби члана 148 Закона о раду, послодавац претходник може запосленом отказати уговор о раду ако одбије пренос уговора на послодавца следбеника или се не изјасни у року од пет радних дана од дана достављања обавештења *о преношењу уговора*. С тим у вези, као посебно проблематично питање уочава се питање правног положаја запослених у случају да послодавац претходник не откаже уговор о раду до дана промене послодавца, у погледу ког постоји велика правна празнина. Осим тога, на основу употребљене формулације у Закону о раду не може се са потпуном сигурношћу тврдити да ли послодавац претходник има обавезу обавештавања запослених о извршеном или планираном (будућем) преношењу уговора, што је изузетно значајно за сагледавање правних последица одбијања преноса уговора о раду. Анализирајућа различита постојећа и могућа тумачења наведене одредбе, верујемо да је најприхватљивије оно према којем би *неизјашњавање* запосленог о преносу уговора о раду, у случају да му послодавац претходник није отказао уговор о раду, значило да је и његов уговор о раду, по сили закона, пренесен на послодавца следбеника. Међутим, уколико је запослени *одбио* пренос уговора о раду, ово правило (правна фикција) не би могло да важи, будући да је запослени одбијањем да се сагласи са преносом свог уговора о раду - упркос сазнању за правну последицу која може да уследи (отказ уговора о раду од стране послодавца претходника) - исказао вољу да остане у радном односу код послодавца претходника. Стога би преношење његовог уговора о раду на послодавца следбеника било противно његовој недвосмислено израженој вољи. Зато, уколико послодавац претходник не откаже уговор о раду запосленом који је одбио пренос уговора о раду, може се сматрати да се радни однос дотичног запосленог наставља са послодавцем претходником. У сваком случају, непрецизност законске одредбе даје могућност и за другачије резонување, због чега постоји потреба да се у перспективи наведени члан Закона о раду измени, тако што ће

се, пре свега, јасно прецизирати о којој врсти обавештења је реч - накнадном или претходном. Уколико се прихвати прва опција, послодавац претходник би имао обавезу да запослене обавести након извршеног *ex lege* преноса уговора о раду, остављајући им одређени рок да уложе приговор односно одбију пренос (свог) уговора о раду на послодавца следбеника, ако нису сагласни са преносом. У тој опцији, дакле, запослени који су сагласни са наступањем законских последица промене послодавца не би требало да имају обавезу позитивног изјашњавања, већ би приговоре улагали само они запослени који не желе да се њихови уговори о раду пренесу на другог послодавца. Одбијање би, дакле, деловало *ab initio* и значило би да запослени спречавају, односно „блокирају“ наступање радноправних последица статусне промене или правног преноса предузећа према њима. У другој варијанти, која је, мишљења смо, боља од претходне, послодавац претходник би био обавезан да запослене обавести о преношењу уговора пре извршене промене послодавца, те уговори о раду оних запослених који су одбили пренос не би били обухваћени правилом о аутоматском преносу на послодавца следбеника (будући да су јасно и недвосмислено изјавили вољу да одбијају пренос), док би за запослене који се нису изјаснили требало увести правну фикцију да су се сагласили са преносом уговора о раду, услед чега би њихови уговори били обухваћени аутоматским преносом. Без обзира на опцију која се одабере, потребно је законом орочити период важења дискреционог права послодавца претходника да откаже уговоре о раду запослених који су одбили пренос и, што је посебно важно, предвидети његову обавезу да пре (потенцијалног) отказа уговора о раду запосленом понуди друго одговарајуће радно место.

Када је у питању забрана погоршања услова рада, у српском закону постоји потреба да се уреди питање „конкуренције“ колективних уговора до које може доћи због обавезе послодавца претходника да примењује колективни уговор закључен код послодавца следбеника. У том смислу, ваљало би законом прецизирати да је у случају промене послодавца, послодавац следбеник дужан да на права, обавезе и одговорности преузетих запослених, примењује одредбе колективног уговора послодавца претходника најмање годину дана од дана промене послодавца, без обзира што је послодавац следбеник већ имао закључен колективни уговор, уз констатацију да наведена обавеза није препрека да послодавац следбеник и репрезентативни синдикат закључе колективни уговор којим би се на јединствени начин регулисала права, обавезе и одговорности свих запослених код послодавца следбеника. Осим тога, Законом о раду би ваљало прецизирати да се обавеза примене (од стране послодавца следбеника)

општег акта односи не само на колективни уговор о раду закључен код послодавца претходника, већ и на његове једностране акте (правилник о раду) у ситуацији када колективни уговор није био закључен. Такво решење је готово јединствено у упоредном праву и представља драгоцен допринос заштити индивидуалних права запослених у случају промене послодавца, упркос ограниченом трајању те заштите. Осим тога, оно је посебно важно у нашој земљи где се због ниске стопе синдикализације, права, обавезе и одговорности из радног односа најчешће и регулишу једностраним актима послодавца, односно правилницима о раду.

Потребном се чини и допуна Закона о раду Србије изричитим регулисањем одговорности за потраживања запослених доспелих пре промене послодавца, посебно имајући у виду да је ово питање у домаћој судској пракси изазвало пуно опречних ставова и диференцирану примену праву, услед чега је и правна сигурност запослених била значајно нарушена. Ово важно питање би, стога, требало уредити након што се сагледају и одмере све предности и недостаци правила о искључивој или (неограниченој и ограниченој) солидарној одговорности послодавца следбеника и послодавца претходника, из перспективе потребе заштите слабије стране у радном односу. Притом, ваља подсетити да сходно европској регулативи постоје две опције - искључива одговорност послодавца следбеника (што је правило) или солидарна одговорност послодавца претходника и послодавца следбеника (што је могућност остављена државама чланицама) која, притом, може бити ограничена предметно (на само одређену врсту обавеза, примера ради потраживања из допунског пензијског осигурања или потраживања у вези са престанком радног односа) или временски (примера ради годину дана или три године од дана промене послодавца).

Као посебно деликатно правно питање ваља истаћи и питање заштите запослених од отказа узрокованих променом послодавца, у погледу ког постоји забрињавајуће велика правна празнина која (у комбинацији са нејасно уређеним случајевима промене послодавца) отвара врата за заобилажење правила о аутоматском преносу, посебно у случају уговорног преноса предузећа (*outsourcing-a*). Премда се наведена забрана може установити имплицитним путем, односно тумачењем правила о аутоматском преносу уговора о раду и листе ваљаних разлога за отказ уговора о раду од стране послодавца (међу којима се не налази промена послодавца), постоји потреба за даљим побољшањем радног законодавства Србије ради усвајања јаснијих и поузданијих правила о заштити запослених од отпуштања, како би се запосленима омогућило да наставе да раде за послодавца следбеника под истим условима које су

уживали код послодавца претходника и да буду заштићени од отказа искључиво или претежно мотивисаних променом послодавца, посебно када је отказ уговора о раду учињен непосредно пре или непосредно након промене. Наведено је посебно важно ако се има у виду да је без права на заштиту од отказа, правило о аутоматском преносу уговора о раду готово бесмислено, услед чега је у европском радном праву и дигнуто на ранг другог по значају права у тзв. тростубној заштити запослених у случају промене послодавца. У том смислу, потребно је Законом о раду изричито прописати да промена послодавца сама по себи не даје послодавцу претходнику или послодавцу следбенику оправдан разлог за отказ уговора о раду. Осим тога, у Закону о раду би ваљало посебно нагласити да измене уговора о раду из разлога везаних за саму промену послодавца нису дозвољене, те предвидети правне последице престанка радног односа до којег је дошло услед битне измене услова рада на штету запосленог.

Када је реч о правима запослених која се остварују на колективном нивоу, постоји потреба за јачањем заштите запослених и допуном правила о информисању и консултовању запослених, утврђивањем тренутка почетка консултовања, утврђивањем начина избора представника запослених код послодаваца следбеника код којих нема репрезентативног синдиката, регулисањем односа права запослених на информисање и права послодаваца на поверљивост пословних информација и прописивањем ефикасне и одвраћајуће казне за послодавце који крше права запослених на информисање и консултовање.

Коначно, сматрамо да је потребно регулисати и питање преноса права и обавеза која проистичу из допунског социјалног осигурања, будући да постојећа законска решења немају изричита правна правила о овом питању, што оставља простор за разноврсна тумачења и различиту практичну примену. Премда Директива 2001/23/ЕЗ не обавезује државе чланице да правило о аутоматском преносу примењују на давања из допунског пензијског осигурања, судска пракса Суда правде у Луксембургу (према којој су давања из допунског пензијског осигурања призната као одложена зарада), као и анализирана упоредноправна решења, наводе нас на закључак да би наведена допунска пензијска давања требало да буду обухваћена правилом о аутоматском преносу, уз обавезу послодавца следбеника да уплаћује доприносе за допунско пензијско осигурање барем онолико дуго колико мора поштовати уговорене услове рада садржане у колективном уговору о раду или једностраном акту послодавца претходника.

На крају, на основу свега наведеног, можемо закључити да је тренутна законска регулатива радноправних последица промене послодавца у Србији само делимично усклађена са европским стандардима у овој области, да резултира минималним нивоом правне сигурности запослених, али да, уз адекватно тумачење и примену у пракси, може испунити примарни циљ ради којег је установљена. Да би запослени у Србији могли да рачунају на бољу заштиту у случају промене послодавца, поред прецизирања постојећих и увођења нових правних правила о којима смо напред говорили, неопходно је да се унапреде и ускладе са променама у свету рада и бројна друга законска решења, посебно она која су посвећена дефинисању појмова „запослени“ и „послодавац“, што ће, свакако, бити највећи изазов (у овој области) у временима која предстоје, не само у нашој земљи, него глобално посматрано. Преобликовањем радноправних правила у складу са стандардима социјалне правде и социјалне равнотеже може се редефинисати однос између капитала и рада, спречити произвољност и злоупотребе управљачких овлашћења послодавца и, вероватно, створити могућност за постизање обостраних користи.

СПИСАК КОРИШЋЕНЕ ЛИТЕРАТУРЕ

Монографије, уџбеници и коментари меродавних извора права

- Adlercreutz, Axel, Nyström, Birgitta, *Sweden*, Wolters Kluwer, The Hague, 2015.
- Ales, Edoardo, Part 5 (Working Conditions), EU Law - Directive 2001/23/EC, у: Edoardo Ales, Mark Bell, Olaf Deinert, Sophie Robin-Olivier (eds), *International and European Labour Law - A Commentary*, Nomos Verlag C.H. Beck Hart Publishing, Baden-Baden - München - Oxford, Portland, 2018, 996-1012.
- Anatolyevna Gorbacheva, Zhanna, *Russia*, Wolters Kluwer, The Hague, 2018.
- Бајич, Стојан, *Основи радног права: Општи део*, Издавачко и књижарско предузеће „Геца Кон“, Београд, 1937.
- Балтић, Александар, *Основи радног права Југославије*, Савремена администрација, Београд, 1963.
- Барош, Ненад, *Преузимање акционарских друштава*, магистарски рад, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2008.
- Baugniet, William, *The protection of occupational pensions under European Union law on the freedom of movement for workers*, European University Institute, Florence, 2014.
- Bercusion, Brian, *European Labour Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- Berenstein, Alexandre, Pascal Mahon, Jean-Philippe Dunand, *Switzerland*, Wolters Kluwer, The Hague, 2017.
- Berle, Adolf, Means, Gardiner, *The Modern Corporation and Private Property*, Transaction Publishers, New Brunswick, 1991.
- Благојевић, Борислав, (главни редактор), *Правни лексикон*, друго измењено и допуњено издање, Савремена администрација, Београд, 1979.
- Благојевић, Борислав, Круљ, Врлета (редактори), *Коментар Закона о облигационим односима*, I, друго издање, Београд, 1983.
- Blanpain, Roger, *Belgium*, Wolters Kluwer, The Hague, 2012.
- Blanpain, Roger, *European Labour Law*, 12th revised edition, Kluwer Law International, The Hague/London, New York, 2010.
- Богдановић, Александар *et al.*, *Појмовник ЕУ*, Делегација Европске уније у Републици Србији, Београд, 2018.

- Бојић, Филип, *Право на социјалну пензију у систему права социјалне сигурности*, докторска дисертација, Правни Факултет Универзитета у Београду, Београд, 2018.
- Брајић, Влајко, *Радно право - радни односи, други односи рада и социјално осигурање*, Савремена администрација, Београд, 2001.
- Брковић, Радоје, Урдаревић, Бојан, *Радно право са елементима социјалног права*, ЈП „Службени гласник“, Београд, 2020.
- Bronstein, Arturo, *International and Comparative Labour Law - current challenges*, International Labour Office, Geneva, 2009.
- Brown, Ronald C., *Understanding Labor and Employment Law in China*, Cambridge University Press, New York, 2010.
- Collins, Hugo, *Employment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- Commons, John Rogers, Andrews, John B., *Principles of Labor Legislation*, 4th edition, Harper & Brothers, New York, 1967.
- Countouris, Nicola, *The Changing Law of the Employment Relationship, Comparative Analyses in the European Context*, Aldershot, Ashgate, 2007.
- Daly, Brenda, Doherty, Michael, *Principles of Irish Employment Law*, Clarus Press, Dublin, 2010.
- Davidov, Guy, *A Purposive Approach to Labour Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- Davies, A.C.L., *EU labour law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2012.
- Davies, A.C.L., *Perspectives on Labour Law*, 2nd Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- Davies, Paul, Freedland, Mark, *Kahn-Freund's Labour and the Law*, Stevens, London, 1983.
- Davies, Paul, Freedland, Mark, *Towards a Flexible Labour Market*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- Deakin, Simon, Wilkinson, Frank, *The Law of the Labour Market - Industrialization, Employment and Legal Evolution*, Oxford University Press, Oxford, 2005.
- Deakin, Simon, Morris, Gillian, *Labour Law*, 4th edition, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2005.
- Deakin, Simon, Morris, Gillian, *Labour Law*, 5th edition, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2009.
- Despax, Michel, Laborde, Jean-Pierre, Rojot, Jacques, *France*, Wolters Kluwer, The Hague, 2017.

- Douglas, Hay, Craven, Paul, *Masters, Servants, And Magistrates in Britain and The Empire, 1562-1955, (Studies in Legal History)*, University of North Carolina Press, Chapel Hill, 2004.
- Ђорђевић, Живомир, Станковић, Владан, *Облигационо право*, Општи део, Савремена администрација, Београд, 1980.
- Elias, Patrick, Bowers, John, *Transfer of Undertakings: The Legal Pitfalls*, 6th edition, Sweet & Maxwell Ltd, Edinburgh, 1996.
- Engblom, Samuel, *Self-employment and the Personal Scope of Labour Law - Comparative Lessons from France, Italy, Sweden, the United Kingdom and the United States*, European University Institute, Department of Law, Florence, 2003.
- Etukakpan, Samuel Edwin, *Transfer of Undertakings: the Tension Between Business Rescue and Employment Protection in Corporate Insolvency*, Nottingham Trent University, Nottingham, 2012.
- Falkner, Gerda, Treib, Oliver, Hartlapp, Miriam, Leiber, Simone, *Complying with Europe: EU Harmonisation and Soft law in the Member States*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- Farrell, Diana (ed.), McKinsey Global Institute, *Offshoring: Understanding the emerging global labour market*, Harvard Business Review Press, Cambridge, 2006.
- Freedland, Mark, Countouris, Nicola, *The Legal Construction of Personal Work Relations*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- Freedland, Mark, *The Personal Employment Contract*, Oxford University Press, 2003.
- Gaul, Bjorn, Jeffrey, Simon, Tinhofer, Andreas, Stanislas van Wassenhove, *Study on the application of Directive 2001/23/EC to cross-border transfers of undertakings*, Study no VT/2005/101, CMS Employment Practice Area Group, 2006.
- Goldman, Alvin L., Corrada, Roberto L., *United States of America*, Wolters Kluwer, The Hague, 2018.
- Gorman, Robert, Finkin, Matthew, *Basic Text on Labor Law: Unionization and Collective Bargaining*, 2nd edition, West Academic Publishing, Minnesota, 2004.
- Grgurev, Ivana, *Croatia*, Wolters Kluwer, The Hague, 2013, 106.
- Hanami, Tadashi A., Kumiya, Fumito, Yamakawa, Ryuichi, *Labour Law in Japan*, Kluwer Law International BV, Alphen aan den Rijn, 2011.
- Hanami, Tadashi A., *Labour Law and Industrial Relations in Japan*, Springer-Science+Business Media, B.V., 1979.
- Hasselbalch, Ole, *Denmark*, Wolters Kluwer, The Hague, 2019.

- Henckel, Kirsten Corine, *Cross-border transfers of undertakings*, Ulrik Huber Institute for Private International Law, University of Groningen, Groningen, 2016.
- Henriette ver Loren van Themaat, Ada Antonia, *The Protection of Workers in the Case of Business Transfers: A Comparative Study of the Law in the USA, UK and South Africa*, University College London, London, 1994.
- Hepple, B.A., Paul O'Higgins, *Employment Law*, London, 1976.
- Horvat, Marijan, *Rimsko pravo*, Školska knjiga, Zagreb, 1997.
- Ивошевић, Зоран, Ивошевић, Милан, *Коментар Закона о раду*, ЈП „Службени гласник“, Београд, 2016.
- Јевремовић Петровић, Татјана, *Групе привредних друштава*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2014.
- Јевремовић Петровић, Татјана, *Прекогранична спајања друштава у праву ЕУ и упоредном праву*, докторска теза, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2007.
- Јовановић, Небојша, *Берзанско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009.
- Јовановић, Предраг, *Радно право*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2015.
- Караникић Мирић, Марија, *Промена дужника*, ЈП „Службени гласник“, Београд, 2017.
- Kenner, Jeff, *EU employment law: From Rome to Amsterdam and Beyond*, Hart Publishing, Oxford/Portland, Oregon, 2003.
- Kitching, John, Smallbone, David, *Defining and estimating the size of the UK freelance workforce*, Kingston University, Kingston Hill, 2008.
- Кошутећ, Будимир П., *Увод у велике правне системе*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2008.
- Ковачевић Куштримовић, Радмила, Лазећ, Мирослав, *Увод у грађанско право*, ГИП Пунта, Ниш, 2008.
- Ковачевић, Љубинка, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013.
- Ковачевић, Љубинка, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2016.
- Ковачевић, Љубинка, *Заснивање радног односа*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2021.

- Ковачевић, Љубинка, *Нормирање социјалне сигурности у међународном праву*, магистарска теза, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2007.
- Krajeski, Didier, Le Tourneau, Philippe, *Contrat intuitu personae*, Jurisclasseur Contrats-distribution (Fasc. 200), Toulouse Capitole Publications, Toulouse, 2019.
- Кулић, Живко, Ковачевић-Перић, Слободанка, *Радно право*, Завод за уџбенике, Београд, 2016.
- Лазаревић, Ана, *Радни спорови у вези са колективним отпуштањем запослених и методи за њихово решавање*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2019.
- Leigh Longstreet Gant, Jennifer, *Rescue Before a Fall: An Anglo-French Analysis of the Balance Between Corporate Rescue and Employment Protection*, Nottingham Trent University, Nottingham, 2016.
- Letica, Маја, *Utjecaj outsourcinga na poslovne performanse poduzeća*, doktorski rad, Ekonomski fakultet Mostar, Sveučilište u Mostaru, Ekonomski fakultet Split, Sveučilište u Splitu, 2013.
- Linder, Marc, *The Employment Relationship in Anglo-American Law: A Historical Perspective*, Greenwood Press, New York, 1989.
- Линец Александр Александрович, *Трудовые и социально-партнерские отношения при передаче предприятия по праву Европейского Союза и Российской Федерации*, Юридический факультет, Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова, Москва, 2014.
- Lo Faro, Antonio, *Regulating Social Europe*, Hart Publishing, Oxford, 2000.
- Lörcher, Klaus, Isabelle Schömann, *The European pillar of social rights: critical legal analysis and proposals*, European Trade Union Institute, Brussels, 2016.
- Лубарда, Бранко, *Европско радно право*, ЦИД, Подгорица, 2004.
- Лубарда, Бранко, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013.
- Лубарда, Бранко, *Увод у радно право - са елементима социјалног права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2015.
- Лукић, Радомир Л., Кошутећ, Будимир П., *Увод у право*, ЈП „Службени гласник“, Београд, 2007.
- Марковић, Лазар, *Облигационо право*, Службени лист СРЈ, Београд, 1997.
- McMullen, John, *Business Transfers and Employee Rights*, Second Edition, Butterworth & Co (Publishers) Ltd, London, Dublin, Edinburgh, 1992.

- Monteiro Fernandes, António, *Direito do trabalho*, 14^a ed., Almedina, Coimbra, 2009.
- Napier, Brian, *CCT, Marketing Testing and Employment Rights: The Effects of TUPE and the Acquired Rights Directive*, Institute of Employment Rights, London, 1993.
- Natali, David, *Pensions in Europe, European Pensions: The Evolution of Pension Policy at National and Supranational level*, P.I.E. Peter Lang, Brussels, 2008.
- Nogler, Luca, *The concept of "subordination" in European and Comparative Law*, University of Trento, Trento, 2009.
- Northrup, Herbert R., Miscimarra, Philip A., *Government Protection of Employees Involved in Mergers and Acquisitions (Labor Relations and Public Policy Series)*, Industrial Research Unit, Wharton School, University of Pennsylvania, Philadelphia, 1989.
- O'Leary, Siófra, *Employment law at the European Court of Justice: Judicial Structures, Policies and Process*, Hart Publishing, Oxford, 2002.
- Обрадовић, Горан, *Начело слободe рада*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2006.
- Обрадовић, Горан, *Примена међународних стандарда рада*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2011.
- Обрадовић, Горан, Ковачевић-Перић, Слободанка, *Дисциплинска одговорност запослених*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2016.
- Перић, Бошко, *Радно право ФНРЈ*, Одбор за издавање уџбеника и скрипата за студенте универзитета и високих школа НР БиХ, Сарајево, 1950.
- Перовић, Слободан, *Коментар Закона о облигационим односима*, књига прва, Савремена администрација, Београд, 1995.
- Pichrt, Jan, Štefko, Martin, *Czech Republic*, Wolters Kluwer, The Hague, 2019.
- Pitt, Gwyneth, *Employment Law*, Sweet & Maxwell, London, 2014.
- Pöthe, Imrich, *Rights and Involvement of Employees in Transfer of Undertakings - A Comparative study of Switzerland, the United Kingdom and the United States*, University of Tilburg, Tilburg, 2009.
- Prassl, Jeremias, *The concept of the employer*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- Prassl, Jeremias, *The Notion of the Employer in Multilateral Organisational Settings*, Magdalen College University of Oxford, Oxford, 2012.
- Радишић, Јаков, *Облигационо право*, „Номос“ Издавачко предузеће ДОО, Београд, 2008.
- Радовић, Вук, *Мере одбране акционарског друштва од преузимања контроле*, Правни факултет Универзитета у Београду, ЈП „Службени гласник“, Београд, 2008.

- Радовић, Марко, *Пробијање правне личности у стечајном поступку*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2017.
- Riesenhuber, Karl, *European Employment Law: A Systemic Exposition (4) (Ius Communitatis)*, Intersentia, Cambridge - Antwerp - Portland, 2012.
- Risak, Martin, Thomas Dullinger, *The concept of 'worker' in EU law - Status quo and potential for change*, European Trade Union Institute, Brussels, 2018.
- Sargeant, Malcolm (In partnership with Middlesex University Business School), *Implementation Report Directive 2001/23/EC on the approximation of laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event, of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses*, Human European Consultancy, London, 2007.
- Sargeant, Malcolm, *A study of the implementation of the Acquired Rights Directive in the United Kingdom and other Member States of the European Community*, School of Law, Middlesex University, London, 1997.
- Schmitt, Mélanie, *Droit du travail de l'Union Européenne*, Larcier, Bruxelles, 2012.
- Sciarra, Silvana, *The Evolution of Labour Law (1992–2003)*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 2005.
- Selwyn, Norman M., *Law of Employment*, Butterworths, London, 1978.
- Skandalis, Ioannis, *Balancing Employer and Employee Interests: Legitimate Expectations and Proportionality under the Acquired Rights Directive*, Trinity College, University of Oxford, Trinity Term, 2012.
- Smit, Nicola, *Labour Law Implications of the Transfer of an Undertaking*, Faculty of Law of the Rand Africaans University, Johannesburg, 2001.
- Станковић, Радомир, Радивојевић, Ђорђе, *Основни закон о радним односима са објашњењима*, Научна књига, Београд, 1965.
- Стојчевић, Драгомир, *Римско приватно право*, Савремена администрација, Београд, 1988.
- Supiot, Alain, *Beyond Employment - Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- Syrpis, Phil, *EU Intervention in Domestic Labour Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- Szysczak, Erika, *EC Labour Law*, Pearson Education Limited, Harlow, 2000.
- Шундерић, Боривоје, *Радни однос - теорија, норма, пракса*, Књижевно издавачка задруга „Култура“, Београд, 1990.

- Thüsing, Gregor, *European Labour Law*, Verlag C.H. Beck oHG, München, 2013.
- Tintić, Nikola, *Osnovi radnog prava I*, Školska knjiga, Zagreb, 1955.
- Tintić, Nikola, *Radno i socijalno pravo*, knjiga I: Radni odnosi, Školska knjiga, Zagreb, 1969.
- Upex, Robert, Michael Ryley, *TUPE: Law and Practice*, Jordan Publishing Limited, Bristol, 2006.
- Васиљевић, Мирко, *Компанијско право – Право привредних друштава*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013.
- Васиљевић, Мирко, *Корпоративно управљање - правни аспекти*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2007.
- Vizner, Boris, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, knjiga I, Riječka tiskara, Zagreb, 1978.
- Влатковић, Милан, Брковић, Радоје, Урдаревић, Бојан, *Службеничко право*, Досије студио, Београд, 2013.
- Водинелић, Владимир В., *Грађанско право - Увод у грађанско право и општи део грађанског права*, Београд, ЈП „Службени гласник, 2014.
- Вучковић, Марија, *Облигационо право*, Савремена администрација, Београд, 1989.
- Живковић, Радомир, *Проблем правне природе уговора о раду у светлости идеје историје и савременог друштвеног и привредног поретка*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 1940.
- Watson, Philippa, *EU Social and Employment Law - Policy and Practice in an Enlarged Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- Wedderburn, Lord, *The Worker and the Law*, Penguin Books, London, 1986.
- Weil, David, *The Fissured Workplace: Why Work Became So Bad for So Many and What Can Be Done to Improve It*, Harvard University Press, Cambridge, 2014.
- Weiss, Manfred, *Labour Law and Industrial Relations in the Federal Republic of Germany*, Kluwer Law International, The Netherlands, 1987.
- Weiss, Manfred, Marlene Schmidt, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, Kluwer Law International, Frankfurt/Main, 2010.
- Зориктуевна Рассмагина, Алина, *Источники права Европейского Союза*, диссертация, Российский Университет Дружбы Народов, Москва, 2004.

- Ales, Edoardo, „2002/14/EC: Framework Information and Consultation, y: Monika Schlachter (ed.). *EU Labour Law - A Commentary*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2015.
- Ales, Edoardo, „The Transfer of Undertaking Directive: A Puzzling Piece of Legislation“, y: Erica Kovács, Martin Winner (eds), *Stakeholder Protection in Restructuring*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2019.
- Baum, Marcus, „Transfer of Contract“, y: Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt, Reinhard Zimmermann (eds), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Oxford, 2012.
- Beerman, Retha, Patel, Aadil, Coetze, Faan, „South Africa“, y: Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, Tim Marshall (eds.), *Transfer of Business and Acquired Employee Rights - A Practical Guide for Europe and Across the Globe*, Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, 2016.
- Bruun, Niklas, „The Old and New Foundations of Labour Law“ y: Kerstin Ahlberg, Niklas Bruun (eds), *The New Foundations of Labour Law*, Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main, 2017.
- Carron, Vincent, Roux-Fouillet, Anne, „Switzerland“, y: Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, Tim Marshall (eds), *Transfer of Business and Acquired Employee Rights - A Practical Guide for Europe and Across the Globe*, Springer-Verlag, Berlin, 2016.
- Catanzariti, Risk, „Australia“, y: Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, Tim Marshall (eds), *Transfer of Business and Acquired Employee Rights - A Practical Guide for Europe and Across the Globe*, Springer-Verlag, Berlin, 2016.
- Chaumette, Patrick, „Quel avenir pour la distinction travail dépendant/indépendant?“, y: Alain Supiot (ed.), *Le travail en perspectives*, Paris, 1998.
- Choi, Johny, Wang, Alan, Jin, Vivienne, „People’s Republic of China“, y: Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, Tim Marshall (eds), *Transfer of Business and Acquired Employee Rights - A Practical Guide for Europe and Across the Globe*, Springer-Verlag, Berlin, 2016.
- Cottareau, Alain, „Industrial Tribunals and the Establishment of a Kind of Common Law of Labour in Nineteenth-Century France“, y: Willibald Steinmetz (ed.), *Private Law and Social Inequality in the Industrial Age: Comparing Legal Cultures in Britain, France, Germany and the United States*, Oxford, 2000.

- Countouris, Nicola, Njoya, Wanjiru, „2001/23/EC: Transfer of Undertakings“, Monika Schlachter (ed.), *EU Labour Law - A Commentary*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2015.
- Цветковић, Предраг, „Јавно-приватно партнерство као метод реструктурирања јавног сектора: Правни аспекти“, у: Александра Прашчевић, Гаљина Огњанов, Милојко Арсић (ур.), *Реструктурирање јавних предузећа у условима институционалних ограничења*, Економски факултет у Београду, Београд, 2015.
- Da Rocha Lago, Priscila, Thiago Ramos Barbosa, „Brazil“, у: Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, Tim Marshall (eds), *Transfer of Business and Acquired Employee Rights - A Practical Guide for Europe and Across the Globe*, Springer-Verlag, Berlin, 2016.
- Danesi, Philippe, Bethenod, Marie-Astrid, „France“, у: Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, Tim Marshall (eds), *Transfer of Business and Acquired Employee Rights - A Practical Guide for Europe and Across the Globe*, Springer-Verlag, Berlin, 2016.
- Daubler, Wolfgang, „Instruments of EC Labour Law“, у: Paul Davies, Antoine Lyon-Caen, Silvana Sciarra, Spiros Simitis (eds), *European Community Labour Law: Principles and Perspectives*, Clarendon Press, Oxford, 1996.
- Davidov, Guy, Langille, Brian, „Introduction: Goals and Means in the Regulation of Work“, у: Guy Davidov, Brian Langille (eds), *Boundaries and Frontiers of Labour Law - Goals and Means in the Regulation of Work*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2006.
- Davies, Paul, „The European Court of Justice, National Courts and the Member States“, у: Paul Davies, Antoine Lyon-Caen, Silvana Sciarra, Spiros Simitis (eds), *European Community Labour Law: Principles and Perspectives*, Clarendon Press, Oxford, 1996.
- Davies, Paul, „Transfer of Undertakings“, у: Silvana Sciarra (ed.), *Labour Law in the Courts – National Judges and the European Court of Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2001.
- Davies, Paul, Freedland, Mark, „The Complexities of the Employing Enterprise“, у: Guy Davidov, Brian Langille (eds), *Boundaries and Frontiers of Labour Law - Goals and Means in the Regulation of Work*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2006.
- De Búrca, Gráinne, Scott, Joanne, „Introduction“, у: Gráinne de Búrca, Joanne Scott (eds), *Constitutional Change in the EU: From Uniformity to Flexibility?*, Hart Publishing, Oxford, 2000.
- Deakin, Simon, „Labour Law as Market Regulation: The Economic Foundations of European Social Policy“, у: Paul Davies, Antoine Lyon-Caen, Silvana Sciarra, Spiros Simitis

- (eds), *European Community Labour Law: Principles and Perspectives*, Clarendon Press, Oxford, 1996.
- Deakin, Simon, „The Evolution of the Contract of Employment, 1900-1950 – The Influence of the Welfare State“, у: Noel Whiteside, Robert Salais (eds), *Towards a Modern Labour Market*, London, 1998.
- Драгићевић, Марија, „Одговорност за доспела потраживања из радног односа у случају промене послодавца“, *Зборник радова „Национално и међународно право - актуелна питања и теме*, Т. 2, Правни факултет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2017.
- Fehér, Helga, „Hungary“, у: Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, Tim Marshall (eds), *Transfer of Business and Acquired Employee Rights - A Practical Guide for Europe and Across the Globe*, Springer-Verlag, Berlin, 2016.
- Ficari, Luisa, „Workers’ voice and involvement in the restructuring of undertakings“, у: Roger Blanpain, William Bromwich, Olga Rymkevich, Iakopo Senatori (eds), *Rethinking Corporate Governance: From Shareholder Value to Stakeholder Value*, Kluwer Law International BV, vol. 77, 2011.
- Francq, Stéphanie, „Community Law Methods of Private International Law“, у: Petar Sarcevic, Paul Volken, Andrea Bonomi (eds), *Yearbook of Private International Law*, Vol. VII, Sellier European Law Publishers, München, 2006.
- Freedland, Mark, „Employment Policy“, у: Paul Davies, Antoine Lyon-Caen, Silvana Sciarra, Spiros Simitis (eds), *European Community Labour Law: Principles and Perspectives*, Clarendon Press, Oxford, 1996.
- Freeman, Richard, „Does it Fit? Drawing Lessons from Differing Labour Practices“, у: Jordi Gual (ed.), *The Social Challenge of Job Creation: Combating Unemployment in Europe*, Edward Elgar, Cheltenham, 1996.
- Fudge, Judy, „Constitutionalizing Labour Rights in Europe“, у: Tom Campbell, Keith Ewing, Adam Tompkins (eds), *The Legal Protection of Human Rights: Sceptical Essays*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- Fudge, Judy, „Labour as a ‘Fictive Commodity’: Radically Reconceptualizing Labour Law“, у: Guy Davidov, Brian Langille (eds), *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- Fudge, Judy, „The Legal Boundaries of the Employer, Precarious Workers, and Labour Protection“ у: Guy Davidov, Brian Langille (eds), *Boundaries and Frontiers of*

- Labour Law - Goals and Means in the Regulation of Work*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2006.
- Gao, Lingyun, „Flexibility in Assignment of Contractual Rights: Assignment of Account Receivables“, y: Soili Nystén-Haarala, Thomas D. Barton, Kujala Jaakko (eds), Flexibility in Contracting, *A Special Issue of the Lapland Law Review*, бpoj 2/2015, University of Lapland, Faculty of Law, Rovaniemi.
- Garofalo, Domenico, „Lavoro, Impresa e Trasformazioni Organizzative“, y: *Atti delle Giornate di Studio di Diritto del lavoro „Frammentazione organizzativa e Lavoro: Rapporti Individuali e Collettivi“*, бpoj 53, Cassino 18-19 May 2017, Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Social, AssociaGiuffrè, Milano, 2018.
- Hardy, Stephen, „The Acquired Rights Directive: A case of economic and social rights at work“, y: Hugh Collins, Paul Davies, Roger Rideout (eds), *Legal Regulation of the Employment Relation*, Kluwer, London, 2000.
- Hay, Douglas, „Master and Servant in England - Using the Law in the Eighteenth and Nineteenth Centuries“, y: Willibald Steinmetz (ed.), *Private Law and Social Inequality in the Industrial Age: Comparing Legal Cultures in Britain, France, Germany and the United States*, Oxford, 2000.
- Hepple, Bob, „Harmonisation of Labour Law in the European Communities“, y: John Adams (ed.), *Essays for Clive Schmitthof*, Abingdon, 1983.
- Howe, John, „The Broad Idea of Labour Law: Industrial Policy, Labour Market Regulation, and Decent Work“, y: Guy Davidov, Brian Langille (eds), *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press, 2011.
- Jacobs, Antoine, „Collective Labour Relations“, y: Bob Hepple, Bruno Veneziani (eds), *The Transformation of Labour Law in Europe: A Comparative Study of 15 Countries 1945-2004*, Hart Publishing, Oxford, 2009.
- Kalamatiev, Todor, Protection of Employees' individual Rights in the Event of a Change of Employer (Transfer of Undertakings) in the Republic of Macedonia, y: Todor Kalamatiev (ed.), *Restructuring Of Companies And Their Consequences In Relation To Employees: Conditions, dilemmas and challenges in the Laws of the EU, Austria, Macedonia and Serbia*, Faculty of Law “Iustinianus Primus” Skopje, Ss. Cyril and Methodius University, Skopje, 2017.
- Kalamatiev, Todor, Ristovski, Aleksandar, „Transfer of Undertakings and Protection of Employees Individual Rights in the Republic of Macedonia“, y: Erica Kovács, Martin

- Winner (eds), *Stakeholder Protection in Restructuring*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2019.
- Kirchner, Jens, Morgenroth, Sascha, „Germany“, y: Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, Tim Marshall (eds), *Transfer of Business and Acquired Employee Rights - A Practical Guide for Europe and Across the Globe*, Springer-Verlag, Berlin, 2016.
- Kovács, Erika, „Employees’ Information, Consultation and Participation Rights in Cross-Boarder Restructuring in the EU Law - A Critical Overview“, y: Todor Kalamatiev (ed.), *Restructuring Of Companies And Their Consequences In Relation To Employees: Conditions, dilemmas and challenges in the Laws of the EU, Austria, Macedonia and Serbia*, Faculty of Law “Iustinianus Primus” Skopje, Ss. Cyril and Methodius University, Skopje, 2017.
- Kovačević, Ljubinka, „Individual Rights of Employees in Transfers of Undertakings in Serbia“, y: Erica Kovács, Martin Winner (eds), *Stakeholder Protection in Restructuring*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2019.
- Kovačević, Ljubinka, „Information and Consultation of Employees in Case of Collective Redundancy and Transfer of Undertakings – (In)Compatibility of Serbian Legislation and Case Law with International and European Standards“, y: Todor Kalamatiev (ed.), *Restructuring Of Companies And Their Consequences In Relation To Employees: Conditions, dilemmas and challenges in the Laws of the EU, Austria, Macedonia and Serbia*, Faculty of Law “Iustinianus Primus” Skopje, Ss. Cyril and Methodius University, Skopje, 2017.
- Laulom, Sylvaine, „Reconsidering the Notion of Employer in the Era of the Fissured Workplace: Responses to Fissuring in French Labour Law“ y: *Reconsidering the Notion of Employer in the Era of Fissured Workplace: Should Labor Law Responsibilities Exceed the Boundary of the Legal Entity?* The Japan Institute for Labour Policy and Training, Comparative Labor Law Seminar, REPORT No. 15, Tokyo, 2016.
- Laulom, Sylvaine, „The European Court of Justice in the dialogue on the transfers of undertaking: A fallible interlocutor?“, y: Silvana Sciarra (ed.), *Labour Law in the Courts, National Judges and the European Court of Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2001.
- Lo Faro, Antonio, „Judicial Developments of EC Social Policy and Intra-Community Institutional Dialogues: How to define a ‘legal transfer’“, y: Silvana Sciarra (ed.),

- Labour Law in the Courts, National Judges and the European Court of Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2001.
- Lokiec, Pascal, „The scope of Labour Law and the notion of employee: Aspects of French Labour Law“, y: Takashi Araki, Schinya Ouchi (eds), *The Mechanism for Establishing and Changing terms and Conditions of Employment/The scope of Labour Law and the Notion of Employees*, The Japan Institute for Labour Policy and Training, Tokyo, 2004.
- Marsden, David, „The “Social Dimension” as a Basis for the Single Market“, y: John T. Addison and W. Stanley Siebert (eds), *Labour Markets in Europe: Issues of Harmonization and Regulation*, Dryden Press, London, 1997.
- Marshall, Tim, Hodgkiss, Kate, „United Kingdom“, y: Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, Tim Marshall (eds), *Transfer of Business and Acquired Employee Rights - A Practical Guide for Europe and Across the Globe*, Springer-Verlag, Berlin, 2016.
- Mazur, Vladislav, „Russia“, y: Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, Tim Marshall (eds), *Transfer of Business and Acquired Employee Rights - A Practical Guide for Europe and Across the Globe*, Springer-Verlag, Berlin, 2016.
- Menor, Pilar, „Spain“, y: Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, Tim Marshall (eds), *Transfer of Business and Acquired Employee Rights - A Practical Guide for Europe and Across the Globe*, Springer-Verlag, Berlin, 2016.
- Mille, Lance, Iwaki, Hajime, Carter, Lawrence, Nasuda, Keiji, „Japan“ y: Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, Tim Marshall (eds), *Transfer of Business and Acquired Employee Rights - A Practical Guide for Europe and Across the Globe*, Springer-Verlag, Berlin, 2016.
- More, Gillian, „The Acquired Rights Directive: Frustrating or Facilitating Labour Market Flexibility“, y: Jo Shaw, Gillian More (eds), *New Legal Dynamics of European Union*, Clarendon, Oxford, 1995.
- More, Gillian, „The Acquired Rights Directive: Frustrating or Facilitating Labour Market Flexibility“, y: Jo Shaw and Gillian More (eds.), *New Legal Dynamics of European Union*, Oxford University Press, Oxford, 1995.
- Morelli, Fabrizio, „Italy“, y: Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, Tim Marshall (eds), *Transfer of Business and Acquired Employee Rights - A Practical Guide for Europe and Across the Globe*, Springer-Verlag, Berlin, 2016.
- Morin, Marie-Laure, „Louage d’ouvrage et contrat d’entreprise“, y: Alain Supiot (ed.), *Le travail en perspectives*, Paris, 1998.

- Nakakubo, Hiroya, Araki, Takashi, „Introduction“, у: *Reconsidering the Notion of Employer in the Era of Fissured Workplace: Should Labor Law Responsibilities Exceed the Boundary of the Legal Entity?* The Japan Institute for Labour Policy and Training, Comparative Labor Law Seminar, REPORT No. 15, Tokyo, 2016.
- Niksova, Diana, „Cross-Border Transfers of Undertakings“, у: Erika Kovács, Martin Winner (eds.), *Stakeholder Protection in Restructuring*, Selected Company and Labour Law Issues, Nomos, Baden-Baden, 2019.
- Nitzl, Stephan, Stuppig, Christian, „Austria“, у: Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, Tim Marshall (eds), *Transfer of Business and Acquired Employee Rights - A Practical Guide for Europe and Across the Globe*, Springer-Verlag, Berlin, 2016.
- Обрадовић, Горан, „О потпуној накнади штете код незаконитог отказа“, у: Невена Петрушић (ур.), *Пристап правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије*, тематски зборник радова, књига 3, Ниш, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, 2009.
- Обрадовић, Горан, „Принудни рад у међународном и упоредном радном праву“, *Радно право у условима транзиције*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, 2003.
- Onaran Yüksel, Melek, „Turkey“, у: Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, Tim Marshall (eds), *Transfer of Business and Acquired Employee Rights - A Practical Guide for Europe and Across the Globe*, Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, 2016.
- Ouchi, Shinya, „Labor Law Coverage and the Concept of ‘Worker’“, у: Takashi Araki, Schinya Ouchi (eds), *The Mechanism for establishing and changing terms and conditions of employment/The scope of Labour Law and the notion of employees*, The Japan Institute for Labour Policy and Training, Tokyo, 2004.
- Pennings, Frans, „The Protection of Working Relationships in the Netherlands“, у: Frans Pennings, Claire Bosse (eds), *The Protection of Working Relationships: A Comparative Study*, Kluwer Law International, 2011.
- Powell, Walter W., „The Capitalist Firm in the Twenty-First Century: Emerging Patterns“ у: Paul DiMaggio (ed.), *The Twent First-Century Firm: Changing Economic Organization in International Perspective*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2003.
- Press, Richard, „Canada“, у: Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, Tim Marshall (eds), *Transfer of Business and Acquired Employee Rights - A Practical Guide for Europe and Across the Globe*, Springer-Verlag, Berlin, 2016.

- Ríos, María, „Mexico“, y: Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, Tim Marshall (eds), *Transfer of Business and Acquired Employee Rights - A Practical Guide for Europe and Across the Globe*, Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, 2016.
- Rödl, Florian, „The labour constitution of the European Union“, y: Raúl Letelier, Agustín José Menéndez (eds), *The Sinews of European Peace: Reconstituting the Democratic Legitimacy of the Socio-Economic Constitution of the European Union*, Arena Report No. 7/09, Oslo, 2009.
- Rodriguez-Pinero Royo, Miguel, „Flexibility and European Law: A Labour Lawyer’s View“, y: Gráinne de Búrca, Joanne Scott (eds), *Constitutional Change in the EU: From Uniformity to Flexibility?*, Hart Publishing, Oxford, 2000.
- Rönnmar, Mia, „The Personal Scope of Labour Law and the Notion of Employee, y: Sweden“, y: Takashi Araki, Schinya Ouchi (eds), *The Mechanism for establishing and changing terms and conditions of employment/The scope of Labour Law and the notion of employees*, The Japan for Labour Policy and Training, 6poj 1/2004.
- Schmitt, Mélanie, „The Right to Protection in Cases of Termination of Employment“, y: Niklas Bruun, Klaus Lörcher, Isabelle Schömann, Stefan Clauwaert (eds), *The European Social Charter and The Employment Relation*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2017.
- Sciarra, Silvana, „Integration Through Courts: Article 177 as a Pre-federal Device“, y: Silvana Sciarra (ed.), *Labour Law in the Courts, National Judges and the European Court of Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2001.
- Shaw, Jo, „Introduction“, y: Jo Shaw (ed.), *Social Law and Policy in an evolving European Union*, Hart Publishing, Oxford, 2000.
- Simitis, Spiros, „The Case of the Employment Relationship – Elements of a Comparison“, y: Willibald Steinmetz (ed.), *Private Law and Social Inequality in the Industrial Age: Comparing Legal Cultures in Britain, France, Germany and the United States*, Oxford, 2000.
- Steinmetz, Willibald, „Was there a De-juridification of Individual Employment Relations in Britain?“, y: Willibald Steinmetz (ed.), *Private Law and Social Inequality in the Industrial Age: Comparing Legal Cultures in Britain, France, Germany and the United States*, Oxford, 2000.
- Sundberg, Johan, Ödling, Emil, „Sweden“, y: Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, Tim Marshall (eds), *Transfer of Business and Acquired Employee Rights - A Practical Guide for Europe and Across the Globe*, Springer-Verlag, Berlin, 2016.

- Szyszcak, Erika, „The Evolving Employment Strategy“, у: Jo Shaw (ed.), *Social Law and Policy in an evolving European Union*, Hart Publishing, Oxford, 2000.
- Valdés Dal-Ré, Fernando, „Transfers of Undertakings: An experience of clashes and harmonies between community law and national legal systems“, у: Silvana Sciarra (ed.), *Labour Law in the Courts –National Judges and the European Court of Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2001.
- Vasiljević Васиљевић, Мирко, „Субјективитет групе друштава („интерес групе“ - стварност и/или фикција)“, у: Вук Радовић (ур.), *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2015.
- Veneziani, Bruno, „Formation, modification and termination of employment contracts“, у: Otto Kahn-Freund, Bob Hepple (eds), *International Encyclopedia of Comparative Law*, volume XV, Labour Law, Chapter 4, Mohr Siebeck, Tübingen, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2014.
- Veneziani, Bruno, „The Employment Relationship“, у: Bob Hepple, Bruno Veneziani (eds), *The Transformation of Labour Law in Europe - A Comparative Study of 15 Countries 1945-2004*, 2009.
- Veneziani, Bruno, „The Evolution of the Contract of Employment“, у: Bob Hepple (ed.), *The Making of Labour Law in Europe – a Comparative Study of Nine Countries up to 1945*, London, 1986.
- Waas, Bernd, „Reconsidering the Notion of Employer in the Era of the Fissured Workplace: Should Labour Law Responsibilities Exceed the Boundaries of the Legal Entity?“, у: *Reconsidering the Notion of Employer in the Era of Fissured Workplace: Should Labor Law Responsibilities Exceed the Boundary of the Legal Entity?* The Japan Institute for Labour Policy and Training, Comparative Labor Law Seminar, REPORT No. 15, Tokyo, 2016.
- Waas, Bernd, „The position of workers in the collaborative economy – A view on EU law“, у: Reinhard Singer, Tania Bazzani (ed.), *European Employment Policies: Current Challenges*, Berliner Juristische Universitätschriften, Zivilrecht, Band, 2017.
- Zou, Mimi, „Regulating the Fissured Workplace: the Notion of the Employer in Chinese Labour Law“ у: *Reconsidering the Notion of Employer in the Era of Fissured Workplace: Should Labor Law Responsibilities Exceed the Boundary of the Legal Entity?* The Japan Institute for Labour Policy and Training, Comparative Labor Law Seminar, REPORT No. 15, Tokyo, 2016.

Научни и стручни чланци

- Ahanchian, Amie Jasmine, „Reducing the Impact of the European Union's Invisible Hand on the Economy by Limiting the Application of the Transfer of Undertakings Provision“, *Chicago-Kent Journal of International and Comparative Law*, vol. 2, број 1/2002, 28-59.
- Armour, John, Deakin, Simon, „Insolvency and employment protection: the mixed effects of the Acquired Rights Directive“, *International Review of Law and Economics*, број 22/2003, 443-463.
- Atkinson, Evelyn, „Out of the Household: Master-Servant Relations and Employer Liability Law“, *Yale Journal of Law & the Humanities*, vol. 25, број 2/2013, 205-270.
- Бабић, Илија, „Појам и правна природа законског издржавања“, *Годишњак факултета правних наука*, број 7/2017, 41-54.
- Bălan, George-Dian, „Employment Rights on Transfers of Undertakings in The United Kingdom“, *CES Working Papers*, vol. 1, број 1/2009, 29-35.
- Балтић, Александар, „Фактички радни однос“, *Социјална политика*, број 10/55.
- Barrett, Gavin, „Light Acquired on Acquired Rights: Examining Developments in Employment Rights on Transfers of Undertakings“, *Common Market Law Review*, vol. 42, број 1/2005, 1053-1105.
- Bartl, Marija, Leone, Candida, „Minimum Harmonisation after *Alemo-Herron*: The Janus Face of EU Fundamental Rights Review“, *European Constitutional Law Review*, vol. 11, број 1/2015, 140-154.
- Bejan, Felicia, „Mergers' Implications for Employees under Romanian Law“, *AGORA International Journal of Juridical Sciences*, број 3/2013, 6-13.
- Bejan, Felicia, „The European Law regarding the Impact of Merger on Employees' Rights“, *Romanian Journal of European Affairs*, vol. 13, број 2/2013, 28-38.
- Bellace, Janice R., „Employment Protection in the EEC“, *Stanford Journal of International Law*, vol. 20, број 1/1984, 413-453.
- Beltzer, Ronald M., „The Transfer of Undertakings and the Importance of Taking Over Personnel – A Vicious Circle“, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 23, број 1/2007, 139-155.
- Berle, Adolf, „Modern Functions of the Corporate System“, *Columbia Law Review*, vol. 62, број 3/1962, 433-449.

- Bodiroga, Nada, Horak, Hana, „Radni odnosi kod statusnih promjena u europskom pravu“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 24, broj 1/2003, 393-412.
- Бојић, Филип, „Примена колективног уговора од стране послодавца следбеника“, *Право и привреда*, број 4-6/2017, 757-772.
- Braginsky, Leslie, „Comment - How Changes in Employer Identity Affect Employment Continuity: A Comparison of The United States and The United Kingdom“, *Comparative Labour Law Journal*, број 16/1994-1995, 231-261.
- Brameshuber, Elisabeth, „The ‘personal work relationship’ in Austria“, *European Labour Law Journal*, vol. 10, број 3/2019, 187-197.
- Bruun, Niklas, „Employees' Participation Rights and Business Restructuring“, *European Labour Law Journal*, vol. 2, број 1/2011, 27-47.
- Bruun, Niklas, „Transfer of Undertaking“, *European Employment Law Cases*, број 1/2018, 13-15.
- Carlson, Richard R., „Why The Law Still Can't Tell An Employee When It Sees One And How It Ought To Stop Trying“, *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, vol. 22, број 2/2001, 296-352.
- Chagny, Yves, Rodière, Pierre, „Faut-il reconnaître au salarié la faculté de refuser le transfert de son contrat de travail?“, *Revue de droit du travail*, број 4/2007, 216-221.
- Coase, Ronald, „The Nature of the Firm“, *Economica*, vol. 4, број 16/1937, 386-405.
- Collins, Hugh, „Ascription of Legal Responsibility to Groups in Complex Patterns of Economic Integration“, *Modern Law Review*, vol. 53, број 6/1990, 731-744.
- Collins, Hugh, „Dismissals on Transfer of a Business“, *Industrial Law Journal*, vol. 15, број 1/1986, 244-255.
- Collins, Hugh, „Employment Rights in Connection with Transfers of Parts of Groups of Companies“, *Industrial Law Journal*, vol. 25, број 1/1996, 55-59.
- Collins, Hugh, „Transfer of Undertakings and Insolvency“, *Industrial Law Journal*, vol. 18, број 3/1989, 144-158.
- Collins, Hugh, „Independent Contractors and the Challenge of Vertical Disintegration to Employment Protection Laws“, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 10, број 3/1990, 353-380.
- Čepulo, Dalibor, „Francuska revolucija i Deklaracija o pravima čovjeka i građanina 1789. godine: problemi političke demokracije“, *Časopis za suvremenu povijest*, vol. 21, broj 1-3/1989, 161-178.

- Davidov, Guy, „Joint Employer Status in Triangular Employment Relationships“, *British Journal of Industrial Relations*, vol 42, бpoj 4/2004, 727-746.
- Davidov, Guy, „Setting Labour Law’s Coverage: Between Universalism and Selectivity“, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 34, бpoj 3/2014, 543-566.
- Davidov, Guy, „Who is a Worker?“, *Industrial Law Journal*, vol. 34, бpoj 1/2005, 57-71.
- Davidov, Guy, Freedland, Mark, Countouris, Nicola, „The Subjects of Labor law: “Employees” and Other Workers“, *Hebrew University of Jerusalem Legal Studies Research Paper Series*, бpoj 15/ 2015, 1-19.
- Davies, Paul, „Acquired Rights, Creditors’ Rights, Freedom of Contract and Industrial Democracy“, *Yearbook of European Law*, vol. 9, бpoj 1/1989, 21-53.
- Davies, Paul, „Amendments to the Acquired Rights Directive Council Directive 98/50/EC amending Directive 77/187/EEC on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees’ rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses (OJ 1998 L 201/88, 17.7.1998)“, *Industrial Law Journal*, vol. 27, бpoj 4/1998, 365-373.
- Davies, Paul, „Taken to the Cleaners? Contracting Out of Services Yet Again - Case C-13/95, Süzen v Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice“, *Industrial Law Journal*, vol. 26, бpoj 2/1997, 193-197.
- Davies, Paul, „Transfers - The UK Will Have to Make Up Its Own Mind“, *Industrial Law Journal*, vol. 30, бpoj 2/2001, 231-235.
- Davies, Paul, „Transfers Again: Contracting Out and the Employee's Option“, *Industrial Law Journal*, vol. 22, бpoj 2/1993, 151-163.
- Deaconu-Dascălu, Diana, *The Scope of the Assignment of Contract, Public Administration & Regional Studies*, бpoj 1/2015, 95-103.
- De Groot, Cornelis, „The Council Directive on the safeguarding of employees’ rights in the event of transfers of undertakings: an overview of recent case law“, *Common Market Law Review*, бpoj 35/1998, 707-729.
- Deakin, Simon, „Legal origin, juridical form and industrialization in historical perspective: the case of the employment contract and the joint-stock company“, *Socio-Economic Review*, бpoj 1/2009, 35-65.
- Deakin, Simon, „The Changing Concept of the „Employer“ in Labour Law“, *Industrial Law Journal*, vol. 30, бpoj 1/2001, 72-84.
- Dhinsa, Rajit, „The draft TUPE Regulation and insolvency“, *Insolvency Intelligence.*, vol. 19, бpoj 1/2006, 8-10.

- Donaldson, Thomas, Preston, Lee E., „The Stakeholder Theory of the Corporation: Concepts, Evidence, and Implications“, *The Academy of Management Review*, vol. 20, број 1/1995, 65-91.
- Dorssemont, Filip, „Case C-55/02, Commission of the European Commission v. Portuguese Republic; Case C-188/03, Imtraud Junk v. Wolfgang Kühnel“, *Common Market Law Review*, vol. 45, број 1/2006, 225-241.
- Драгићевић, Марија, „Појам „преноса предузећа“ у смислу европског радног права“, *Право и привреда*, vol. 57, број 7-9/2019, 617-633.
- Драгићевић, Марија, „Проблеми квалификације и радноправне заштите ’дигиталних радника’“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, број 90/2021, 147-164.
- Ђурић, Ђуро, „Цесија уговора у нацртима реформе облигационог права у Европи“, *Право и привреда*, број 1-4/2017, 36-58.
- Efthimiou, Marcus Paul, „State Legislative Attempts to Mandate Continuation of Collective Bargaining Agreements During Business Change: The Unfulfilled Expectations and the Preempted Results“, *Cornell Law Review*, vol. 77, број 1/1991, 47-102.
- Estellés-Arolas, Enrike, González-Ladrón-de-Guevara, Fernando, „Towards an integrated crowdsourcing definition“, *Journal of Information Science*, vol. 38, број 2/2012, 189-200.
- Felstiner, Alek, „Working the Crowd: Employment and Labor Law in the Crowdsourcing Industry“, *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, vol. 32, број 1/2011, 143-204.
- Fligstein, Neil, Stone Sweet, Alec, „Constructing Polities and Markets: An Institutionalist Account of European Integration“, *American Journal of Sociology*, vol. 107, број 5/2002, 1206-1243.
- Frank, Marlene, „The Rights of Employees in the Event of the Employer’s Insolvency: A Comparative Approach to the Rights of Employees during Restructuring in the United States and Europe“, *The New Zealand Postgraduate Law E-Journal*, број 1/2005, 1-45.
- Fudge, Judy, „Fragmenting Work and Fragmenting Organizations: The Contract of Employment and the Scope of Labour Regulation“, *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 44, број 4/ 2006, 609-648.
- Fudge, Judy, Zavitz, Kate, „Vertical Disintegration and Related Employers: Attributing Employment-Related Obligations in Ontario“, *Canadian Labour and Employment Law Journal*, vol. 13, број 1/2006, 107-146.

- Гајић, Боривоје, „Солидарна одговорност и статусна промена привредног друштва“, *Билтен Врховног касационог суда*, број 3/2016, 153-174.
- Garde, Amandine, „Partial Harmonisation and European Social Policy: A Case Study on the Acquired Rights Directive“, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 5, 2002-2003, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004, 173-194.
- Garde, Amandine, „Recent Developments in the Law Relating to Transfers of Undertakings“, *Common Market Law Review* 39, 2002, 523-550.
- Garde, Amandine, „The Public Sector as a Good Employer: The Application of the Acquired Rights Directive to Public Authorities“, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, број 4/2001, 153-165.
- Garofalo, Domenico, „The identification of the employer in the context of organisational fragmentation: the Italian legal framework“, *Italian Labour Law e-Journal*, vol. 13, број 1/2020, 29-53.
- Grbin, Ivo, „Ustupanje potraživanja ugovorom (cesija)“, *Privreda i pravo*, Zagreb, број 11-12/1989, 712-725.
- Gruber, Jonathan, „The Wealth of the Unemployed“, *Industrial and Labour Relations Review*, vol. 55, број 1/2001, 79-94.
- Hardy, Stephen, Adnett, Nick, „Entrepreneurial Freedom Versus Employee Rights’: The Acquired Rights Directive And Eu Social Policy Postamsterdam“, *Journal of European Social Policy*, vol. 9, број 2/1999, 127-137.
- Hardy, Stephen, Painter, Richard W., „New Acquired Rights Directive and Its Implications for European Employee Relations in the Twenty-First Century“, *Maastricht Journal of European and Comparative law*, vol. 6, број 4/1999, 366-379.
- Hardy, Stephen, Painter, Richard, „Revising the Acquired Rights Directive - Council Proposal to revise the Acquired Rights Directive (77/181/EEC) COM (94) 300 Final“, *Industrial Law Journal*, vol. 25, број 2/1996, 160-168.
- Hatzopoulos, Vassilis, „A (more) social Europe: A political crossroad or a legal one-way? Dialogues between Luxembourg and Lisbon“, *Common Market Law Review*, vol. 42, број 1/2005, 1599-1635.
- Hayes, Lydia, „New holes in the floor of labour rights: *Alemo-Herron v Parkwood Leisure*“, 1 January 2014, <http://www.onlabourlaw.blogspot.co.uk/2014/01/new-holes-in-floor-of-labour-rights.html>, 15.04.2021. године.
- Hendrickx, Frank, „Editorial: The European pillar of social rights: Interesting times ahead“, *European Labour Law Journal*, vol. 8, број 3/2017, 191-192.

- Hepple, Bob, „New Approaches to International Labour Regulation“, *Industrial Law Journal*, vol. 26, број 4/1997, 353-366.
- Hepple, Bob, Mumgaard, Karen, „Pension rights in business transfers“, *Industrial Law Journal*, vol. 27, број 4/1998, 309-324.
- Hirsh, Jeffrey M, „Joint employment in the United States“, *Italian Labour Law e-Journal*, vol. 13, број 1/2020, 55-69.
- Hunt, Jo, „The Court of Justice as a Policy Actor: The Case of the Acquired Rights Directive“, *Legal Studies*, vol. 18, број 3/1998, 336-359.
- Hurka, Petr, „The Limits of the Transfer of Rights and Obligations Arising from Employment Relationships“, *Pecsi Munkajogi Kozlemenyeek*, vol. 8, број 1-2/2015, 29-36.
- Јашаревић, Сенад, „Уређење радног односа у Србији у контексту нових околности у свету рада“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, број 3/2015, 1053-1068.
- Јашаревић, Сенад, „Усклађивање радног права Србије са новим тенденцијама, стандардима МОР и ЕУ“, *Радно и социјално право*, број 1/2019, 69-92.
- Јашаревић, Сенад, „Утицај дигитализације на радне односе“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, број 4/2016, 1103-1117.
- Jeffery, Mark, „European Union Developments, European Labor Laws Relating to Business Restructuring“, *Comparative Labor and Policy Journal*, vol. 24, број 1/2003, 669-695.
- Јевремовић Петровић, Татјана, „Ништавост статусне промене након регистрације“, *Анали Правног факултета у Београду*, број 2/2016, 79-104.
- Jordaan, Barney, „Transfer, Closure and Insolvency of Undertakings“, *Industrial Law Journal*, vol. 12, број 5/1991, 935-964.
- Јовановић, Небојша, „Мањкавости српског правног режима преузимања акционарских друштава“, *Право и привреда*, број 9-12/2004, 84-101.
- Јовановић, Небојша, „Преузимање контроле у акционарским друштвима“, *Правни живот*, број 9-10/1994, 1105-1120.
- Јовановић, Небојша, „Припајање акционарских друштава“, *Право и привреда*, број 11-12/99, 22-58.
- Juhart, Miha, „Prenos pogodbe“, *Pravnik*, vol. 58, број 6-8/2003, 389-409.
- Kahn-Freund, Otto, „On uses and Misuses of Comparative Law“, *Modern Law Review*, vol. 37, број 1/1974, 1-27.

- Каламатиев, Тодор, Ристовски, Александар, „Раграничување на работниот однос од останатите договорни односи по повод и во врска со трудот и разрешување на проблематиката на 'прикривеното вработување'“, *Деловно право*, vol. XVI, број 33, 2015, 7-38.
- Каламатиев, Тодор, Ристовски, Александар, „Флексибилност и сигурност радног односа у радном законодавству Републике Македоније (развој и перспектива)“, *Радно и социјално право*, vol. XVII, број 1/2013, 75-98.
- Késmárki-Mészáros, Gyöngyi, „The transfer of contract“, *Cultural Relations Quarterly Review*, vol. 1, број 3/2014, 7-15.
- Kesner-Škreb, Marina, „Lisabonska strategija“, *Financijska teorija i praksa*, vol. 31, broj 4/2007, 441-443.
- Kisfaludi, András, „Transfer of Property, Claims, Rights and Contracts in the New Hungarian Civil Code“, *ELTE Law Journal*, vol. 2 број 2/2014, 109-122.
- Kiss, György, „Transition of a Contract of Employment: from the *Locatio Conductio* to the *Relational Contract*“, *New Zealand Journal of Employment Relations*, vol. 43, број 3/2018, 75-90.
- Ковачевић Перић, Слободанка, „Анекс уговора о раду - измена уговорених услова рада“, *Право и привреда*, број 7-9/2015, 358-370.
- Ковачевић Перић, Слободанка, „Отказ од стране послодавца“, *Право и привреда*, број 4-6/2016, 641-650.
- Ковачевић, Љубинка, „Европски радноправни стандарди о обавештавању и консултовању запослених у привредним друштвима“, *Право и привреда*, број 7–9/2019, 649-678.
- Ковачевић, Љубинка, „Партиципација запослених у одлучивању о реструктурирању компанија“, *Право и привреда*, vol. 54, број 4–6/2016, 651-676;
- Ковачевић, Љубинка, „Правне последице ступања трећег лица у права и обавезе послодавца“, *Радно и социјално право*, број 1/2007, 342-359.
- Kovačević, Ljubinka, Kovács, Erika, „Change of Employer and Preservation of Employment: Serbian Experience in Light of European Law“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, број 2/2019, 102-127.
- Kronke, Herbert, „The impact of international business transfers on employment contracts“, *Netherlands International Law Review*, vol. 36, број 1/1989, 1-17.

- Кулић, Живко, Станковић, Даница, „Примена Директиве број 2001-23 ЕЗ о заштити права запослених у случају статусних и других промена послодавца у Републици Србији, *Радно и социјално право*, број 1/2020, 141-152.
- Leccese, Vito, „Italian Courts, the ECJ and Transfers of Undertakings: A Multi-Speed Dialogue?“, *European Law Journal*, vol. 5, број 3/1999, 311-330.
- Marsden, David, „Employment Policy Implications of New Management Systems“, *Labour - Review of Labour, Economics and Industrial Relations*, vol. 10, број 1/1996, 17-61.
- McKeown, Tui, „What’s in a Name? The Value of ‘Entrepreneurs’ Compared to ‘Self-Employed’... But What about ‘Freelancing’ or ‘IPro’?“, *International Review of Entrepreneurship*, vol. 13, број 2/2015, 103-116.
- McMullen, John, „Atypical Transfers, Atypical Workers and Atypical Employment Structures - A Case for Greater Transparency in Transfer of Employment Issues“, *Industrial Law Journal*, vol. 25, број 4/1996, 287-307.
- McMullen, John, „Notes - TUPE - Sidestepping Süzen“, *Industrial Law Journal*, vol. 28, број 4/1999, 360-364.
- McMullen, John, „Takeovers, transfers and business re-organizations“, *Industrial Law Journal*, vol. 21, број 1/1992, 25-29.
- McMullen, John, „The ‘Right’ to Object to Transfer of Employment under TUPE“, *Industrial Law Journal*, vol. 37, број 2/2008, 169-177.
- McMullen, John, „TUPE: Ringing the (Wrong) Changes. The Collective Redundancies and Transfer of Undertakings (Protection of Employment) (Amendment) Regulations 2014“, *Industrial Law Journal*, vol. 43, број 2/2014, 149-169.
- Милојевић, Горан, „Однос приватног и јавног права“, *Право - теорија и пракса*, vol. 37, број 1/2020, 47-58.
- Mitchell, Richard, „Where are we Going in Labour Law? Some Thoughts on a Field of Scholarship and Policy in Process of Change“, *Australian Journal of Labour Law*, vol. 24, број 1/2011, 45-59.
- Mouly, Jean, „Une nouvelle rupture du contrat de travail produisant les effets d'une démission : le refus du salarié de passer au service du repreneur“, *Recueil Dalloz*, број 7/2007, 472-476
- Николић, Душан, „Obligaciones intuitu personae“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, број 1-3/1991, 198-210.
- Николић, Ђорђе, „Вишеструко уступање потраживања“, *Правни живот*, број 10/1998, 867-890.

- Николић, Ђорђе, „Уступање потраживања (цесија)“, *Право – теорија и пракса*, број 12/1998, 35-48.
- Николић, Ђорђе, „Уступање уговора“, *Судска пракса*, број 11/1991, 74-77.
- Обрадовић, Горан, Секулић, Весна „Индекс законске заштите запослења у Републици Србији“, *Радно и социјално право*, број 1-6/2004, 307-326.
- Обрадовић, Горан, „Слобода кретања радника у Европској унији“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, број XLIV/2004, 237-267.
- Обрадовић, Горан, „Флексибилизација радних односа - узроци и границе“, *Радно и социјално право*, број 1/2008, 199-211.
- Обрадовић, Горан, Ковачевић Перић, Слободанка, „Новчана накнада нематеријалне штете због незаконитог отказа“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, број 67/2014, 199-220.
- Пајванчић, Маријана, „Конституционализација права на предузетништво и са њим повезаних права“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, број 81/2018, 439-459.
- Perulli, Adalberto, „The legal and jurisprudential evolution of the notion of employee“, *European Labour Law Journal*, vol. 11, број 2/2020, 117-130.
- Петрикић, Радивоје, „Одбрамбене стратегије предузећа против тзв. „непријатељског преузимања“ – hostile takeover“, *Правни живот*, број 11/2000, 353-366.
- Петрикић, Радивоје, „Правни режим преузимања друштава у Европи“, *Право и привреда*, број 5-8/2000, 205-222.
- Pitelis, Christos N., „The Separation of Ownership and Control in the Theory of the Firm: A Reappraisal“, *International Journal of Industrial Organisation*, vol. 4, број 1/1986, 69-86.
- Pollard, David, „Insolvent Companies and TUPE“, *Industrial Law Journal*, vol. 25, број 3/1996, 191-210.
- Prassl, Jeremias, „Freedom of Contract as a General Principle of EU Law? Transfers of Undertakings and the Protection of Employer Rights in EU Labour Law“, *Industrial Law Journal*, vol. 42, број 4/2013, 434-446.
- Prassl, Jeremias, „The Notion of the Employer“, *Law Quarterly Review*, vol. 129, број 3/2013, 380-398.
- Prassl, Jeremias, Risak, Martin, „UBER, TASKRABBIT, & CO: Platforms as employers? Rethinking the legal analysis of crowdwork“, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, *Forthcoming, Oxford Legal Studies Research Paper*, број 8/2016, 1-30.

- Радовић, Мирјана, „Одговорност стицаоца за обавезе преносиоца у случају преноса предузећа“, *Право и привреда*, број 4-6/2017, 95-117.
- Радовић, Мирјана, „Универзална сукцесија код статусних промена привредних друштава“, *Анали Правног факултета у Београду*, број 1/2018, 117-144.
- Richardi, Rheinhard, „Worker Participation in Decisions within Undertakings in the Federal Republic of Germany“, *Comparative Labor Law*, број 5/1982, 23 и 25.
- Rodriguez Piñero-Royo, Miguel, „Temporary Work and Employment Agencies in Spain“, *Comparative Labour Law & Policy Journal*, vol. 23, број 1/2001, 129-171.
- Rubinstein, Mitchell H., „Employees, Employers and Quasi-Employers: an Analysis of Employees and Employers Who Operate in the Borderland Between Employer and Employee Relationship“, *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, vol. 14, број 1/2012, 605-659.
- Rubinstein, Mitchell H., „Our Nation’s Forgotten Workers: The Unprotected Volunteers“, *Journal of Labor and Employment Law*, vol. 9, број 1/2006, 147-184.
- Ruhm, Christopher J., „Are Workers Permanently Scarred by Job Displacements?“, *The American Economic Review*, vol. 81, број 1/1991, 319-324.
- Santoro-Passarelli, Giuseppe, „The Transfer of Undertakings: Striking a Balance Between Individual Workers’ Rights and Business Needs“, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 23, број 3/2007, 311-334.
- Schooner, Steven L., Swan, Collin D., „Suing the Government as a 'Joint Employer' - Evolving Pathologies of the Blended Workforce“, *The government contractor*, vol. 52, број 39/2010, 1-7.
- Schoukens, Paul, Barrio, Alberto, „The changing concept of work: When does typical work become atypical?“, *European Labour Law Journal*, vol. 8, број 4/2017, 306-332.
- Shrubsall, Vivien, „Competitive Tendering, Out-Sourcing and the Acquired Rights Directive“, *The Modern Law Review*, vol. 61, број 1/1998, 85-92.
- Shrubsall, Vivien, „Employment Rights and Business Transfers - Changes to the Acquired Rights Directive“, *Web Journal of Current Legal Issues*, 1998; http://webjcli.ncl.ac.uk/1998/issue5/maps/b-bar.map.shrubsall5_files/bar.gif, 15.03.2021.
- Smit, Nicola, „A Chronicle of Issues Raised in the Course of Dismissals by the Transferor and/or Transferee in Circumstances Involving the Transfer of an Undertaking“, *Industrial Law Journal (Juta)*, vol. 26, број 1/2005, 1853-1895.

- Smit, Nicola, „Should Transfer of Undertakings Be Statutory Regulated in South Africa“, *Stellenbosch Law Review*, vol. 14, број 2/2003, 205-234.
- Станковић, Владан, „Уступање уговора“, *Правни живот*, број 12/1973, 15-28.
- Stein, Eric, „Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution“, *American Journal of International Law*, vol. 75, број 1/1981, 1-27.
- Stephens, Melvin, „The Long-Run Consumption Effects of Earnings Shocks“, *The Review of Economics and Statistics*, vol. 83, број 1/2001, 28-36.
- Stevens, Ann, „Persistent Effects of Job Displacement: The Importance of Multiple Job Losses“, *Journal of Labour Economics*, vol. 15, број 1/1997, 165-188.
- Stone, Katherine V. W., „Legal Protections for Atypical Employees: Employment Law for Workers without Workplaces and Employees without Employers“, *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, vol. 27, број 2/2006, 251-286.
- Stupariu, Ioana, „The Effect of Companies' Transformations on Legally Binding Contracts“, *Lawyr.it*, vol. 1, број 2/2013, 12-13.
- Summers, Clyde W., „The Rights of Individual Workers: The Contract of Employment and the Rights of Individual Employees: Fair Representation and Employment at Will“, *Fordham Law Review*, vol. 52, број 1/1984, 1082-1109.
- Tolhurst, Gregory, „Assignment of contractual rights: The apparent reformulation of the personal rights rule“, *Legal Studies Research Paper*, број 07/31, 2007, 1-23.
- Valdés Dal-Ré, Fernando, „La descentralización productiva y la formación de un nuevo paradigma de empresa“, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, број 2/2001, 59-66.
- Vaucher, Antoine, „Keeping the Dream Alive: The European Court of Justice and the Transnational Fabric of Integrationist Jurisprudence“, *European Political Science Review*, vol. 4, број 1/2012, 51-71.
- Вукотић, Милош, „Наслеђивање предузећа“, *Право и привреда*, број 10-12/2018, 165-195.
- Westregård, Annamaria, „Who counts as an employer in Sweden?“, *Italian Labour Law e-Journal*, vol. 13, број 1/2020, 71-83.
- William Brown, David Rea „The Changing Nature of the Employment Contract“, *Scottish Journal of Political Economy*, vol. 42, број 3/1995, 363-377.
- Wojewoda, Michal, „Mandatory rules in private international law: With Special Reference to the Mandatory System under the Rome Convention on the Law Applicable to

Contractual Obligations“, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, број 2/2000, 183-213.

Wynn, Michael, Leighton, Patricia, „Will the Real Employer Please Stand Up? Agencies, Client Companies and The Employment Status of Temporary Agency Worker“, *Industrial Law Journal*, vol. 35, број 3/2006, 301-320.

Zahn, Rebecca, „The Court of Justice of the European Union and Transfers of Undertakings. Implications for Collective Labour Rights“, *European Labour Law Journal*, vol. 6, број 1/2015, 72-85.

Студије и краћи написи

Abramovsky, Laura, Griffith, Rachel, „Outsourcing and offshoring of business services: how important is ICT?“, *AIM Research Working Paper Series*, The Institute for Fiscal Studies, London, 2015.

Álvarez Alonso, Diego, „Labor Law and Atomization of Work: Legal Responses to the Fissured Workplace in Spain“ у: *Reconsidering the Notion of Employer in the Era of Fissured Workplace: Should Labor Law Responsibilities Exceed the Boundary of the Legal Entity?* The Japan Institute for Labour Policy and Training, Comparative Labor Law Seminar, REPORT No. 15, Tokyo, 2016, 131-164.

Анђелковић, Бранка, Шапић, Јелена, Скочајић, Милица, *Гиг економија у Србији: ко су дигитални радници и раднице из Србије и зашто раде на глобалним платформама?*, Центар за истраживање јавних политика, Београд, 2019.

Baird, Douglas G., „In Coase’s Footsteps“, *Chicago John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 175*, University of Chicago Law School, Chicago Unbound, 2003.

Böheim, René, Muehlberger, Ulrike, „Dependent Forms of Self-employment in the UK: Identifying Workers on the Border between Employment and Self-employment“, *Discussion Paper No. 1963*, Bonn, 2006.

Corazza, Luisa, Razzolini, Orsola, „Who is an Employer?“, *Working Papers*, Centre for the Study of European Labour Law „Massimo D'antona“, University of Catania, INT - 110/2014.

Deakin, Simon, Frank Wilkinson, „Labour Law and Economic Theory – A Reappraisal“, *Working Paper No 2*, ESCR Centre for Business Research, Cambridge, 1998.

Deakin, Simon, *The Comparative Evolution of the Employment Relationship*, Working Paper No. 317, Centre for Business Research, University of Cambridge, Cambridge, 2005.

- Fontaine, Marcel, *Assignment of Contractual Rights and Duties*, Working Group for the Preparation of Principles of International Commercial Contracts, International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), Rome, 1999.
- Harris, Seth D., Krueger, Alan B., „A Proposal for Modernizing Labor Laws for Twenty-First-Century Work: The ‘Independent worker’“, *Discussion Paper*, Washington, DC, 2015.
- Hartzen, A-C., Hörs, Nikolett, Lecomte, Franck, Marzo, Mestre, Bruno, Olbrich, H., Fuller S., „The Right of the Employee to Refuse to Be Transferred - A comparative and theoretical analysis“, *EUI Working Paper LAW*, broj 20/2008, European University Institute, Fiesole (FI).
- Hayes, Lydia, „New holes in the floor of labour rights: *Alemo-Herron v Parkwood Leisure*“, 1 January 2014, <http://www.onlabourlaw.blogspot.co.uk/2014/01/new-holes-in-floor-of-labour-rights.html>, 15.04.2021. године.
- Hepple, Bob, *Report for the Commission of the European Communities Directorate-General Employment, Industrial Relations and Social Affairs - Main shortcomings and proposals for revision of Council Directive 77/187/EEC*, Commission, OPOEC, 1990.
- Hepple, Bob, *The Legal Consequences of Cross Border Transfers of Undertakings Within the European Union - A Report for the European Commission DG-V*, Clare College, Cambridge, 1998.
- Howe, Jeff, *Crowdsourcing: A Definition*, Crowdsourcing, June 2, 2006, https://crowdsourcing.typepad.com/cs/2006/06/crowdsourcing_a.html, 5. 5. 2020.
- Howe, Jeff, *The Rise of Crowdsourcing*, Wired, June 2006.
- Kässi, Otto, Lehdonvirta, Vili, *Online labour index: Measuring the online gig economy for policy and research*, Oxford Internet Institute, Oxford, 2016.
- Kaufman, Wendy, *Crowdsourcing Turns Business On Its Head*, NPR radio broadcast Aug. 20, 2008, <http://www.npr.org/templates/story/story.php?storyId=93495217>, 5.6.2020.)
- Kittur, Aniket, Nickerson, Jeffrey V., Bernstein, Michael S., Gerber, Elizabeth M., Shaw, Aaron, Zimmerman, John, Lease, Matthew, Horton, John J., *The Future of Crowd Work*, Conference: Proceedings of the 2013 conference on Computer supported cooperative work, Conference Paper, 2013, https://www.researchgate.net/publication/255969848_The_Future_of_Crowd_Work, 5. 5. 2020.
- Körner, Marita, „The Impact of Community Law on German Labour Law—The Example of Transfer of Undertakings“, *EUI Working Paper Law*, broj 96/8, European University Institute, Florence, 1996.

- Lambelho, Ana, *Rethinking the Boundaries of Labour Law Regarding the Need of Regulation of Independent Work. A portuguese labour law perspective*, ESTG, Polytecnic Institute of Leiria, Portugal, 2013.
- Laura Abramovsky, Rachel Griffith, „Outsourcing and offshoring of business services: how important is ICT?“, *AIM Research Working Paper Series*, The Institute for Fiscal Studies, London, 2015.
- Lobel, Orly, „The gig economy & the future of employment and labor law“, *San Diego School of Law Legal Studies Paper*, No. 16-223, 2016.
- López Cumbre, Lourdes, „Transfers of undertakings between group undertakings“, *Volver al Listado de Publicaciones*, Gómez-Acebo&Pombo, Madrid, 2019.
- McCartney, Ian, државни министар у британском Министарству трговине и индустрије, саопштење дато за штампани лист „DTI Press Release P/98/430“, 4. јуна 1998. године.
- Papps, Kerry, Winkelmann, Rainer, „Unemployment and Crime: New Evidence for an Old Question“, *Discussion Paper*, Bonn, број 25/1998, 1-26.
- Prassl, Jeremias, *Towards a Functional Concept of the Employer*, Thematic Working Paper for The Annual Conference of the European Centre of Expertise (ECE) in the field of labour law, employment and labour market policies: The Personal Scope of Labour Law in Times of Atypical Employment and Digitalisation, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion European Centre of Expertise (ECE), 2017.
- Ratti, Luca, „Agency Work and the Idea of Dual Employership: a Comparative Perspective“, *Working Papers*, Centre for the Study of European Labour Law “MASSIMO D'ANTONA”, University of Catania, INT - 68/2009.
- Romei, Roberto, „Il trasferimento dell'azienda in crisi dinanzi alla Corte di Giustizia delle Comunità europee“, *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 1995.
- Rosioru, Felicia, „The changing concept of subordination“, *Recent Developments in a Labour Law*, Babeş-Bolyai University, Faculty of Law, 2013.
- Sanguinetti Raymond, Wilfredo, *Contrato de Trabajo y Nuevos Sistemas Productivos - Un estudio sobre el concepto de subordinación jurídico-laboral y su aptitud para reflejar las transformaciones recientes de las formas de organización del trabajo*, Universidad de Salamanca, 1996, <https://wilfredosanguinetti.files.wordpress.com>.
- Shapiro, Nancy M., Minsky, Koskie, *Common Employer – An Update on the Common Law Doctrine*, https://kmlaw.ca/wp-content/uploads/2015/09/NS_CommonEmploye_Final.pdf.

Sigillò Massara, Giuseppe, „Transfer of undertakings, Insolvency Proceedings in the United Kingdom and Italy, and the European Court of Justice Case Law“, *DSI Essays Series*, McGraw-Hill, Milano, 2010.

Withofs, Valerie, *Transfer of Contracts*, Presented at the Programme in European Private Law for Postgraduates, Wrocław, 2014.

СПИСАК КОРИШЋЕНИХ ИЗВОРА ПРАВА И ДОКУМЕНАТА

I) ИЗВОРИ ПРАВА МЕЂУНАРОДНОГ ПОРЕКЛА

1. Међународна организација рада

1.1. Стандарди

Декларација о основним начелима и правима на раду (The International Labour Organization's Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, adopted by the International Labour Conference at its eighty-sixth session, Geneva, 18 June, 1998).

Конвенција број 135 о заштити и олакшицама које се пружају представницима радника у предузећу од 1971. године (*Службени лист СФРЈ - Међународни уговори*, бр. 14/82).

Конвенција број 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца (*Службени лист СФРЈ - Међународни уговори*, бр. 4/84)

Конвенција број 173 о заштити потраживања запослених у случају платежне неспособности послодавца (Protection of Workers' Claims (Employer's Insolvency) Convention, 1992, No. 173).

Конвенција број 29 о принудном или обавезном раду (*Службене новине Краљевине Југославије*, бр. 297/32).

Препорука број 91 о колективним уговорима (Collective Agreements Recommendation, 1951, No. 91).

Препорука број 94 о сарадњи на нивоу предузећа од 1952. године (Co-operation at the Level of the Undertaking Recommendation, 1952, No. 94).

Препорука број 113 о консултовању на нивоу гране или државе од 1960. године (Consultation (Industrial and National Levels) Recommendation, 1960, No. 113).

Препорука број 129 о комуникацији између послодавца и радника унутар предузећа од 1967. године (Recommendation concerning Communications between Management and Workers within the Undertaking, 1967).

Препорука број 130 о испитивању жалби од 1967. године (Examination of Grievances Recommendation, 1967, No. 130).

Препорука број 143 о представницима радника од 1971. године (Workers' Representatives Recommendation, 1971, No. 143).

Препорука број 166 о престанку радног односа (*Termination of employment recommendation*, 1982).

Препорука број 198 од 15. јуна 2006. године о радном односу (*ILO Recommendation Concerning the Employment Relationship*).

Тројна декларација принципа у вези са мултинационалним предузећима и социјалном политиком од 1977. године, измењена 2000, 2006. и 2017. године (*Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy*, Adopted by the Governing Body of the International Labour Office at its 204th Session (Geneva, November 1977) and amended at its 279th (November 2000), 295th (March 2006) and 329th (March 2017) Sessions).

1.2. Документи уговорних тела

International Labour Conference, 86th Session, *ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, International Labour Office, Geneva, 1998 (Annex revised 15 June 2010).

International Labour Conference, 91st Session, Report V, *The Scope of the Employment Relationship*, International Labour Office, Geneva, 2003.

International Labour Conference, 95th Session, Report V(1), *The employment relationship*, International Labour Office, Geneva, 2006.

International Labour Organization, *International Classification by Status in Employment (ICSE)*, 2014, <https://ilostat.ilo.org/resources/methods/classification-status-at-work>

International Labour Organization, *Digital labour platforms and the future of work - Towards decent work in the online world*, International Labour Office, Geneva, 2018.

International Labour Organization, *Non-standard employment around the world: Understanding challenges, shaping prospects*, International Labour Office, Geneva, 2016.

2. Савет Европе

2.1. Стандарди

Европска социјална повеља (*European Social Charter, European Treaty Series*, No. 35).

Ревидирана европска социјална повеља (*Службени гласник РС - Међународни уговори*, број 42/09).

Протокол којим се мења Европска социјална повеља (Protocol amending the European Social Charter, *European Treaty Series*, No. 142).

Додатни протокол уз Европску социјалну повељу (Additional Protocol to the European Social Charter, *European Treaty Series*, No. 128).

Додатни протокол уз Европску социјалну повељу којим се обезбеђује систем колективних тужби (Additional Protocol to the European Social Charter providing for a System of Collective Complaints, *European Treaty Series*, No. 158).

3. Европска унија

3.1. Писани извори права

Single European Act (*Official Journal L* 169, 29.6.1987, 1–28).

Treaty establishing the European Economic Community - Treaty of Rome (EEC) (*Official Journal C* 224, 31.8.1992, 6–79)

Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts (*Official Journal C* 340, 10.11.1997, 1–144).

Treaty on European Union (*Official Journal C* 191, 29.7.1992, 1–112).

Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, (*Official Journal C* 306, 17.12.2007, 1-229).

Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union (*Official Journal C* 326, 26.10.2012, 47–390).

Charter of Fundamental Rights of The European Union (*Official Journal C* 364/01, 18.12.2000).

Regulation (EC) No 261/2004 of the European Parliament and of the Council of 11 February 2004 establishing common rules on compensation and assistance to passengers in the event of denied boarding and of cancellation or long delay of flights, and repealing Regulation (EEC) No 295/91 (Text with EEA relevance) - Commission Statement (*Official Journal L* 46, 17.2.2004, 1–8).

Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II) (*Official Journal L* 199, 31.7.2007, 40–49)

Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) (*Official Journal* L 177, 4.7.2008, 6–16).

Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (*Official Journal* L 351, 20.12.2012, 1–32).

Regulation (EU) No 596/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on market abuse (market abuse regulation) and repealing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directives 2003/124/EC, 2003/125/EC and 2004/72/EC Text with EEA relevance (*Official Journal* L 173, 12.6.2014, 1–61).

Convention on the law applicable to contractual obligations opened for signature in Rome on 19 June 1980/ Consolidated version CF 498Y0126(03) (*Official Journal* L 266, 9.10.1980, 1–19; *Official Journal* C 169, 8.7.2005, 10–22; *Official Journal* L 347, 29.12.200, 3–36).

Council Directive 75/129/EEC of 17 February 1975 on the approximation of the laws of the Member States relating to collective redundancies (*Official Journal* L 48, 22.2.1975, 29-30).

Council Directive 77/187/EEC of 14 February 1977 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses (*Official Journal of the European Communities*, L 61, 5.3.1977, 26-28).

Council Directive 80/987/EEC of 20 October 1980 on the approximation of the laws of the Member States relating to the protection of employees in the event of the insolvency of their employer (*Official Journal* L 283, 28.10.1980, 23–27).

Council Directive 89/391/EEC of 12 June 1989 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health of workers at work (*Official Journal* L 183).

Council Directive 89/592/EEC of 13 November 1989 coordinating regulations on insider dealing (*Official Journal* L 334, 18.11.1989, 30–32).

Council Directive 91/383/EEC of 25 June 1991 supplementing the measures to encourage improvements in the safety and health at work of workers with a fixed- duration employment relationship or a temporary employment relationship (*Official Journal* L 206, 29.7.1991, 19–21).

Council Directive 92/50/EEC of 18 June 1992 relating to the coordination of procedures for the award of public service contracts (*Official Journal* L 209, 24.07.1992, 1-24).

Council Directive 92/56/EEC of 24 June 1992 amending Directive 75/129/EEC on the approximation of the laws of the Member States relating to collective redundancies (*Official Journal* L 245, 26.8.1992, 3-5).

Council Directive 92/85/EEC of 19 October 1992 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health at work of pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding (tenth individual Directive within the meaning of Article 16 (1) of Directive 89/391/EEC) (*Official Journal* L 348, 28.11.1992, 1-7).

Council Directive 93/104/EC of 23 November 1993 concerning certain aspects of the organization of working time (*Official Journal* L 307, 13.12.1993, 18-24).

Council Directive 94/33/EC of 22 June 1994 on the protection of young people at work (*Official Journal* L 216, 20.8.1994, 12-20).

Council Directive 94/45/EC of 22 September 1994 on the establishment of a European Works Council or a procedure in Community-scale undertakings and Community-scale groups of undertakings for the purposes of informing and consulting employees (*Official Journal* L 254, 30.9.1994, 64-72).

Council Directive 98/49/EC of 29 June 1998 on safeguarding the supplementary pension rights of employed and self-employed persons moving within the Community (*Official Journal* L 209, 25.7.1998, 46-49).

Council Directive 98/50/EC of 29 June 1998 amending Directive 77/187/EEC on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses (*Official Journal* L 201, 17.7.1998, 88-92).

Council Directive 98/59/EC of 20 July 1998 on the approximation of the laws of the Member States relating to collective redundancies (*Official Journal* L 225, 12.8.1998, 16-21).

Council Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings or business or parts of undertakings or businesses, (*Official Journal* L 82, 22.03.2001, 16-20).

Council Directive 2001/86/EC of 8 October 2001 supplementing the Statute for a European company with regard to the involvement of employees (*Official Journal* L 294, 10.11.2001, 22-32).

Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European company (SE) (*Official Journal* L 294, 10.11.2001, 1–21).

Council Regulation (EC) No. 1435/2003 of 22 July 2003 on the Statute for a European Cooperative Society (SCE) (*Official Journal* L 207, 18.8.2003, 1).

Council Resolution of 21 January 1974 concerning a social action programme (*Official Journal* C 13, 12.2.1974, 1-4).

Directive (EU) 2015/1794 of the European Parliament and of the Council of 6 October 2015 amending Directives 2008/94/EC, 2009/38/EC and 2002/14/EC of the European Parliament and of the Council, and Council Directives 98/59/EC and 2001/23/EC, as regards seafarers (Text with EEA relevance) (*Official Journal* L 263, 8.10.2015, 1–5).

Directive (EU) 2017/1132 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 relating to certain aspects of company law (*Official Journal* L 169, 30.6.2017, 46–127)

Directive 2002/14/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 2002 establishing a general framework for informing and consulting employees in the European Community - Joint declaration of the European Parliament, the Council and the Commission on employee representation (*Official Journal* L 80, 23.3.2002, 29–34).

Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on insider dealing and market manipulation (market abuse) (*Official Journal* L 96, 12.4.2003, 16–25).

Directive 2003/88/EC of the European Parliament and of the Council of 4 November 2003 concerning certain aspects of the organisation of working time (*Official Journal* L 299, 18.11.2003, 9–19)

Directive 2005/56/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on cross-border mergers of limited liability companies (*Official Journal* L 310, 25.11.2005, 1–9)

Directive 2009/38/EC of the European Parliament and of the Council of 6 May 2009 on the establishment of a European Works Council or a procedure in Community-scale undertakings and Community-scale groups of undertakings for the purposes of informing and consulting employees (Recast) (Text with EEA relevance) (*Official Journal* L 122, 16.5.2009, 28–44).

Directive 2011/35/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 concerning mergers of public limited liability companies (*Official Journal* L 110, 29.4.2011, 1–11).

Sixth Council Directive 82/891/EEC of 17 December 1982 based on Article 54 (3) (g) of the Treaty, concerning the division of public limited liability companies (*Official Journal* L 378, 31.12.1982, 47–54).

Third Council Directive 78/855/EEC of 9 October 1978 based on Article 54 (3) (g) of the Treaty concerning mergers of public limited liability companies (*Official Journal* L 295, 20.10.1978, 36–43).

3.2. Јуриспруденција Европског суда правде (Суда правде Европске уније)

Пресуда у здруженим предметима бр. C-171/94 и бр. C-172/94 (*Albert Merckx and Patrick Neuhuys v. Ford Motors Company Belgium SA*) од 6. јула 1995. године (*European Court Reports* 1995, 227).

Пресуда у здруженим предметима бр. C-173/96 и C-247/96 (*Francisca Sánchez Hidalgo and Others v. Asociación de Servicios Aser and Sociedad Cooperativa Minerva* (C-173/96), and *Horst Ziemann v. Ziemann Sicherheit GmbH and Horst Bohn Sicherheitsdienst* (C-247/96) од 10. децембра 1998. године (*European Court Reports* 1998, 595).

Пресуда у здруженим предмету бр. C-127/96, C-229/96 и C-74/97 (*Francisco Hernández Vidal SA v. Prudencia Gómez Pérez, María Gómez Pérez and Contratas y Limpiezas SL* (C-127/96), *Friedrich Santner v. Hoechst AG* (C-229/96), and *Mercedes Gómez Montaña v. Claro Sol SA and Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (Renfe)* (C-74/97)) од 10. децембра 1998. године (*European Court Reports* 1998, 594).

Пресуда у предмету бр. C-101/87 (*P. Bork International A/S, in liquidation v. Foreningen af Arbejdsledere I Danmark, acting on behalf of Birger E. Petersen, and Jens E. Olsen and others v. Junckers Industrier A/S*) од 15. јуна 1988. године (*European Court Reports* 1988, 308).

Пресуда у предмету бр. C-172/99 (*Oy Liikenne Ab v. Pekka Liskojärvi and Pentti Juntunen*) од 25. јануара 2001. године (*European Court Reports* 2001, 59).

Пресуда у предмету бр. C-234/98 (*G. C. Allen and Others v. Amalgamated Construction Co. Ltd*) од 8. јула 1999. године (*European Court Reports* 1999, 383).

Пресуда у предмету бр. C-287/86 (*Landsorganisationen i Danmark for Tjenerforbundet i Danmark v. Ny Mølle Kro*) од 17. децембра 1987. године (*European Court Reports* 1987, 573).

Пресуда у предмету бр. C-324/86 (*Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v. Daddy's Dance Hall A/S*) од 10. фебруара 1988. године (*European Court Reports* 1988, 72).

Пресуда у предмету бр. C-340/01 (*Carlito Abler and Others v. Sodexo MM Catering Gesellschaft mbH*) од 20. новембра 2003. године (*European Court Reports* 2003, 48).

Пресуда у предмету бр. C-392/92 (*Christel Schmidt v. Spar- und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen*) од 14. априла 1994. године (*European Court Reports* 1994, 61).

Пресуда у предмету бр. C-463/09 (*CLECE SA v. María Socorro Martín Valor, Ayuntamiento de*) од 20. јануара 2011. године (*European Court Reports* 2011, 24).

Пресуда у предмету бр. C-466/07 (*Dietmar Klarenberg v. Ferrotron Technologies GmbH*) од 12. фебруара 2009. године (*Official Journal of the European Union* 2009, 82).

Пресуда у предмету бр. C-48/94 (*Ledernes Hovedorganisation, acting for Ole Rygaard v. Dansk Arbejdsgiverforening, acting for Strø Mølle Akustik A/S*) од 19. септембра 1995. године (*European Court Reports* 1995, 290).

Пресуда у предмету бр. C-209/91 (*Anne Watson Rask and Kirsten Christensen v. Iss Kantineservice A/S*) од 12. новембра 1992. године (*European Court Reports* 1992, 436).

Пресуда у предмету здруженим бр. C-232/04 и C-233/04 (*Nurten Güney-Görres (C-232/04) and Gul Demir (C-233/04) v. Securicor Aviation (Germany) Ltd and Kötter Aviation Security GmbH & Co. KG.*) од 15. децембра 2005. године (*European Court Reports* 2005, 778).

Пресуда у здруженим предметима бр. C-132/91, C-138/91, C-139/91 (*Grigorios Katsikas v. Angelos Konstantinidis and Uwe Skreb and Günter Schroll v. PCO Stauereibetrieb Paetz & Co. Nachfolger GmbH*) од 16. децембра 1992. године (*European Court Reports* 1992, 517).

Пресуда у здруженим предметима бр. C-144/87 и 145/87 (*Harry Berg v. Ivo Martin Besselsen (Case 144/87) and Johannes Theodoras Maria Busschers v. Ivo Martin Besselsen (Case 145/87)*) од 5. маја 1988. године (*European Court Reports*, 1988, 236).

Пресуда у предмету C -24/85 (*Jozef Maria Antonius Spijkers v. Gebroeders Benedik Abattoir CV and Alfred Benedik en Zonen BV*) од 18. марта 1986. године (*European Court Reports* 1986, 127).

Пресуда у предмету C-135/83 (*H. B. M. Abels v. The Administrative Board of the Bedrijfsvereniging voor de Metaalindustrie en de Electrotechnische Industrie*) од 7. фебруара 1985. године (*European Court Reports* 1985, 55).

Пресуда у предмету C-19/83 (*Knud Wendelboe and others v. L.J.Musio A/S, in liquidation*) од 7. фебруара 1985. године (*European Court Reports* 1985, 457).

Пресуда у предмету бр. 13/76 (*Gaetano Donà v. Mario Mantero*) од 14. јула 1976. године (*European Court Reports* 1976, 115).

Пресуда у предмету бр. 139/85 (*R. H. Kempf v. Staatssecretaris van Justitie*) од 3. јуна 1986. године (*European Court Reports* 1986, 223).

Пресуда у предмету бр. 152/73 (*Giovanni Maria Sotgiu v. Deutsche Bundespost*) од 12. фебруара 1974. године (*European Court Reports* 1974, 13).

Пресуда у предмету бр. 171/88 (*Rinner-Kühn v. FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG*) од 13. јула 1989. године (*European Court Reports* 1989, 328).

Пресуда у предмету бр. 337/97 (*C.P.M. Meeusen v. Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep*) од 8. јуна 1999. године (*European Court Reports* 1999, 284).

Пресуда у предмету бр. 344/87 (*I. Bettray v. Staatssecretaris van Justitie*) од 31. маја 1989. године (*European Court Reports* 1989, 226).

Пресуда у предмету бр. 36/74 (*Walrave and Koch v. Association Union Cycliste Internationale and Others*) од 12. децембра 1974. године, *European Court Reports* 1974, 140).

Пресуда у предмету бр. 362/89 (*Giuseppe d'Urso, Adriana Ventadori and others v. Ercole Marelli Elettromeccanica Generale SpA and others*) од 25. јула 1991. године (*European Court Reports* 1991, 326).

Пресуда у предмету бр. 43/75 (*Gabrielle Defrenne v. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena (Defrenne II)*) од 8. априла 1976. године (*European Court Reports* 1976, 56).

Пресуда у предмету бр. 53/81 (*D.M. Levin v. Staatssecretaris van Justitie*) од 23 марта 1982. године (*European Court Reports* 1982, 105).

Пресуда у предмету бр. 80/70 (*Gabrielle Defrenne v. Belgian State*) од 25. маја 1971. године (*European Court Reports* 1971, 55).

Пресуда у предмету бр. С 382/92 (*Commission of the European Communities v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*) од 8. јуна 1994. године (*European Court Reports* 1994, 233).

Пресуда у предмету бр. С-04/01 (*Serene Martin, Rohit Daby and Brian Willis v. South Bank University*) од 6. новембра 2003. године (*European Court Reports* 2003, 594), параграф 39.

Пресуда у предмету бр. С-102/88 (*M. L. Ruzius-Wilbrink v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Overheidsdiensten*) од 13. децембра 1989. године (*European Court Reports* 1989, 639).

Пресуда у предмету бр. С-105/84 (*Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v. A/S Danmols Inventar, in liquidation*) од 11. јула 1985. године (*European Court Reports* 1985, 331).

Пресуда у предмету бр. С-107/94 (*P. H. Asscher v. Staatssecretaris van Financiën*) од 27. јуна 1996. године (*European Court Reports* 1996, 251).

Пресуда у предмету бр. С-108/10 (*Ivana Scattolon v. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca*) од 6. септембра 2011. године (*European Court Reports* 2011, 542).

Пресуда у предмету бр. С-109/04 (*Karl Robert Kranemann v. Land Nordrhein-Westfalen*) од 17. марта 2005. године (*European Court Reports* 2005, 187).

Пресуда у предмету бр. С-12/11 (*Denise McDonagh v. Ryanair Ltd*) од 31. јануара 2013. године (*European Court Reports* 2013, 43).

Пресуда у предмету бр. С-13/95 (*Ayse Süzen v. Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice*) од 11. марта 1997. године (*European Court Reports* 1997, 141).

Пресуда у предмету бр. С-132/91 (*Grigorios Katsikas v. Angelos Konstantinidis and Uwe Skreb and Günter Schroll v. PCO Stauereibetrieb Paetz & Co. Nachfolger GmbH*) од 10. новембра 1992. године (*European Court Reports* 1992, 422).

Пресуда у предмету бр. С-14/09 (*Hava Genc v. Land Berlin*) од 4. фебруара 2010. године (*European Court Reports* 2010, 57).

Пресуда у предмету бр. С-151/09 (*Federación de Servicios Públicos de la UGT (UGT-FSP) v. Ayuntamiento de La Línea de la Concepción, María del Rosario Vecino Uribe and Ministerio Fiscal*) од 8. јуна 1994. године (*European Court Reports* 2010, 452).

Пресуда у предмету бр. С-164/00 (*Katia Beckmann v. Dynamco Whichloe Macfarlane Ltd*) од 4. јуна 2002. године (*European Court Reports* 2002, 330).

Пресуда у предмету бр. C-176/96 (*Jyri Lehtonen and Castors Canada Dry Namur-Braine ASBL v. Fédération royale belge des sociétés de basket-ball ASBL (FRBSB)*) од 13. априла 2000. године (*European Court Reports 2001*, 201).

Пресуда у предмету бр. C-179/83 (*Industriebond FNV and Federatie Nederlandse Vakbeweging (FNV) v. The Netherlands State*) од 7. фебруара 1985. године (*European Court Reports 1985*, 57);

Пресуда у предмету бр. C-184/12 (*United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV v. Navigation Maritime Bulgare*) од 17. октобра 2013. године (*European Court Reports 2013*, 663).

Пресуда у предмету бр. C-186/83 (*Arie Botzen and others v. Rotterdamsche Droogdok Maatschappij BV*) од 7. фебруара 1985. године (*European Court Reports 1985*, 58).

Пресуда у предмету бр. C-19/83 (*Knud Wendelboe and others v. L.J. Music ApS, in liquidation*) од 7. фебруара 1985. године (*European Court Reports 1985*, 54).

Пресуда у предмету бр. C-19/83 (*Knud Wendelboe and others v. L.J. Music ApS, in liquidation*) од 7. фебруара 1985. године (*European Court Reports 1985*, 54).

Пресуда у предмету бр. C-216/15 (*Betriebsrat der Ruhrlandklinik gmbH v. Ruhrlandklinik gmbH*) од 17. новембра 2017. године (*European Court Reports 2016*, 883).

Пресуда у предмету бр. C-22/98 (*Hof van Beroep Gent v. Belgium Jean Claude Becu, Annie Verweire, Smeg NV and Adia Interim NV*) од 16. септембра 1999. године (*European Court Reports 1999*, 419).

Пресуда у предмету бр. C-229/14 (*Ender Balkaya v. Kiesel Abbruch- und Recycling Technik GmbH*) од 9. јула 2015. године (*European Court Reports 2015*, 455).

Пресуда у предмету бр. C-256/01 (*Debra Allonby v. Accrington & Rossendale College and Others*) од 13. јануара 2004. године (*European Court Reports 2004*).

Пресуда у предмету бр. C-262/88 (*Douglas Harvey Barber v. Guardian Royal Exchange Assurance Group*) од 17. маја 1990. године (*European Court Reports 1990*, 209).

Пресуда у предмету бр. C-268/99 (*Aldona Malgorzata Jany and Others v. Staatssecretaris van Justitie*) од 20. новембра 2001. године (*European Court Reports 201*, 616).

Пресуда у предмету бр. C-270/13 (*Iraklis Haralambidis v. Calogero Casilli*) од 10. септембра 2014. године (*European Court Reports 2014*, 2185).

Пресуда у предмету бр. C-3/87 (*The Queen v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Agegate Ltd.*) од 14. децембра 1987. године (*European Court Reports 1989*, 650).

Пресуда у предмету бр. C-305/94 (*Claude Rotsart de Hertaing v. J. Benoidt SA, in liquidation and IGC Housing Service SA*) од 14. новембра 1996. године (*European Court Reports* 1996, 435).

Пресуда у предмету бр. C-319/94 (*Jules Dethier Équipement SA v. Jules Dassy and Sovam SPRL*) од 12. марта 1998. године (*European Court Reports* 1998, 99).

Пресуда у предмету бр. C-337/97 (*C.P.M. Meeusen v. Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep*) од 8. јуна 1999. године (*European Court Reports* 1999, 284).

Пресуда у предмету бр. C-343/95 (*Diego Cali & Figli Sri v. Servizi Ecologici Porto di Genova SpA (SEPG)*) од 18. марта 1997. године (*European Court Reports* 1997, 160).

Пресуда у предмету бр. C-357/89 (*V. J. M. Raulin v. Minister van Onderwijs en Wetenschappen*) од 26. фебруара 1992. године (*European Court Reports* 1992, 87).

Пресуда у предмету бр. C-393/10 (*Dermod Patrick O'Brien v. Ministry of Justice, formerly Department for Constitutional Affairs*) од 1. марта 2012. године (*European Court Reports* 2012, 110).

Пресуда у предмету бр. C-396/07 (*Mirja Juuri v. Fazer Amica Oy*) од 27. новембра 2008. године (*European Court Reports* 2008, 656).

Пресуда у предмету бр. C-399/96 (*Europièces SA v. Wilfried Sanders and Automotive Industries Holding Company SA*) од 12. новембра 1998. године (*European Court Reports* 1998, 532).

Пресуда у предмету бр. C-4/01 (*Serene Martin, Rohit Daby and Brian Willis v. South Bank University*) од 6. новембра 2003. године (*European Court Reports* 2003, 594).

Пресуда у предмету бр. C-413/01 (*Franca Ninni-Orasche v. Bundesminister für Wissenschaft, Verkehr und Kunst*) од 6. новембра 2003. године (*European Court Reports* 2003, 600).

Пресуда у предмету бр. C-426/11 (*Mark Alemo-Herron and Others v. Parkwood Leisure Ltd*) од 9. марта 2006. године (*European Court Reports* 2013, 521).

Пресуда у предмету бр. C-432/14 (*O v. Bio Philippe Auguste SARL*) од 1. октобра 2015. године (*European Court Reports* 2015, 643).

Пресуда у предмету бр. C-456/02 (*Michel Trojani v. Centre public d'aide sociale de Bruxelles (CPAS)*) од 7. септембра 2004. године (*European Court Reports* 2004, 488).

Пресуда у предмету бр. C-466/07 (*Dietmar Klarenberg v. Ferrotron Technologies GmbH*) од 6. новембра 2008. године (*European Court Reports* 2008, 614).

Пресуда у предмету бр. C-478/03 (*Celtec Ltd v. John Astley and Others*) од 26. маја 2005. године (*European Court Reports* 2005, 321).

Пресуда у предмету бр. C-485/05 (*Mohamed Jouini and Others v. Princess Personal Service GmbH (PPS)*) од 13. септембра 2007. године (*European Court Reports* 2007, 512).

Пресуда у предмету бр. C-499/04 (*Hans Werhof v. Freeway Traffic Systems GmbH & Co. KG.*) од 19. фебруара 2013. године (*European Court Reports* 2006, 168).

Пресуда у предмету бр. C-51/00 (*Temco Service Industries SA v. Samir Imzilyen and Others*) од 24. јануара 2002. године (*European Court Reports* 2002, 48).

Пресуда у предмету бр. C-64/12 (*Anton Schlecker v. Melitta Josefa Boedeker*) од 12. септембра 2013. године (*European Court Reports* 2013, 551).

Пресуда у предмету бр. C-7/93 (*Bestuur van het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds v. G. A. Beune*) од 28. септембра 1994. године (*European Court Reports* 1994, 350).

Пресуда у предмету бр. C-73/95 (*Viho Europe BV v. Commission of the European Communities*) од 24. октобра 1996. године (*European Court Reports* 1996, 405).

Пресуда у предмету бр. C-94/07 (*Andrea Raccanelli v. Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV*) од 17. јула 2008. године (*European Court Reports* 2008, 425)

Пресуда у предмету бр. C-175/99 (*Didier Mayeur v. Association Promotion de l'information messine (APIM)*) од 26. септембра 2000. године (*European Court Reports* 2000, 505).

Пресуда у предмету бр. C-2/74 (*Jean Reyners v. Belgian State*) од 21. јуна 1974. године (*European Court Reports* 1974, 68).

Пресуда у предмету бр. C-242/09 (*Albron Catering BV v. FNV Bondgenoten, John Roest*) од 21. октобра 2010. године (*Official Journal of the European Union* 2010, 625).

Пресуда у предмету бр. C-29/91 (*Dr. Sophie Redmond Stichting v. Hendrikus Bartol and others*) од 24. марта 1992. године (*European Court Reports* 1992, 144).

Пресуда у предмету бр. C-298/94 (*Annette Henke v. Gemeinde Schierke and Verwaltungsgemeinschaft Brocken*) од 15. октобра 1996. године (*European Court Reports* 1996, 382).

Пресуда у предмету бр. C-343/98 (*Renato Collino and Luisella Chiappero v. Telecom Italia SpA*) од 14. септембра 2000. године (*European Court Reports* 2000, 441).

Пресуда у предмету бр. C-41/90 (*Klaus Höfner and Fritz Elser v. Macrotron GmbH*) од 23. априла 1991. године (*European Court Reports* 1991, 161).

Пресуда у предмету бр. C-425/02 (*Johanna Maria Delahaye, née Delahaye v. Ministre de la Fonction publique et de la Réforme administrative*) од 17. јуна 2004. године (*European Court Reports* 2004, 706).

Пресуда у предмету бр. C-66/85 (*Deborah Lawrie-Blum v. Land Baden- Württemberg*) од 3. јула 1986. године (*European Court Reports* 1986, 284).

Пресуда у предмету бр. T-135/96 (*Union Européenne de l'artisanat et des petites et moyennes entreprises (UEAPME) v. Council of the European Union*) од 17. јуна 1998. године (*European Court Reports* 1998, 128).

Пресуда у предмету бр. C-237/84 (*Commission of the European Communities v. Kingdom of Belgium*) од 15. априла 1986. године (*European Court Reports*, 1986, 149).

Решење у предмету бр. C-386/09 (*Jhonny Briot v. Randstad Interim, Sodexo SA and Council of the European Union*) од 15. септембра 2010. године (*European Court Reports* 2010, 526).

Joined opinion of Mr Advocate General Cosmas delivered on 24 September 1998 (*European Court Reports* 1998, 426).

Opinion of Advocate General Alber delivered on 13 December 2001 (*European Court Reports* 2001, 693).

Opinion of Advocate General Bot delivered on 22 March 2007 (*European Court Reports* 2007, 182).

Opinion of Advocate General Geelhoed delivered on 27 September 2001, (*European Court Reports* 2001, 496).

Opinion of Advocate General Sir Gordon Slynn delivered on 8 November 1984, *European Court Reports* 1984, 340).

Opinion of Mr Advocate General Geelhoed delivered on 19 June 2003 (*European Court Reports* 2003, 361).

Opinion of Mr Advocate General La Pergola delivered on 15 October 1996 (*European Court Reports* 1996, 385).

Opinion of Mr Advocate General Léger delivered on 12 October 2000 (*European Court Reports* 2000, 563).

Opinion of Mr Advocate General Léger delivered on 13 June 2000 (*European Court Reports* 2000, 313).

Opinion of Mr Advocate General Lenz delivered on 11 June 1996 (*European Court Reports* 1996, 230).

Opinion of Mr Advocate General Mayras delivered on 28 May 1974 (*European Court Reports* 1974, 59).

Opinion of Mr Advocate General Poiares Maduro delivered on 27 January 2005 (*European Court Reports* 2005, 66).

Opinion of Mr Advocate General Sir Gordon Slynn delivered on 8 November 1984 (*European Court Reports* 1984, 340).

3.4. ДОКУМЕНТИ

Commission of the European Communities „Memorandum on acquired rights of workers in cases of transfers of undertakings“, COM (97) 85 final, Brussels, 04.03.1997.

Commission of the European Communities „Proposal for a council directive on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses“, COM (94) 300 final, Brussels, 8.9.1994.

Commission of the European Communities „Proposal for a council directive on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses“ (codified version), COM (2000) 259 final, Brussels, 2.5.2000.

Commission of the European Communities „Proposal for a Directive of the Council on harmonisation of the legislation of Member States on the retention of the rights and advantages of employees in the case of mergers, takeovers and amalgamations“, COM (74) 351 final, Brussels, 21.6.1974.

Commission of the European Communities Amended Proposal „for a Council Directive on harmonisation of the legislation of Member States on the safeguarding of employees' rights and advantages in the case of mergers, takeovers and amalgamations“, COM (75) 429 final, Brussels, 25.7.1975.

Commission of the European Communities, „Amended Proposal for a Council Directive amending Directive 77/187/EEC on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses“, COM (97) 60 final, Brussels, 24.2.1997.

Commission of the European Communities, Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and

- The Committee Of The Regions - Outcome of the Public Consultation on the Commission's Green Paper "Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century", COM (2007) 627 final, Brussels, 24.10.2007.
- Commission of the European Communities, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - Towards Common Principles of Flexicurity, COM (2007) 359 final, Brussels, 27.6.2007.
- Commission of the European Communities, Employment rates report 1998 - employment performance in the Member States, COM (98) 572 final, Brussels, 04.10.1998.
- Commission of the European Communities, European Social Policy - A Way Forward for the Union - A White Paper, COM (94) 333 final, Brussels, 27.07.1994.
- Commission of the European Communities, *Green Paper - Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century*, COM (2006) 708 final, Brussels, 22.11.2006.
- Commission of the European Communities, Green Paper-European Social Policy: Options for the Union, COM(93) 551 final, Brussels 17.11.1993.
- Commission of the European Communities, Proposal for a Council Directive on safeguarding the supplementary pension rights of employed and self-employed persons moving within the European Union, COM(97) 486 final, Brussels, 08.10.1997.
- Commission Report „on Council Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses“, COM (2007) 334 final, Brussels, 18.6.2007.
- Commission Report to the Council on the progress with regard to the implementation of the Directive 77/187 relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses (SEC) 92 857, Brussels, 2.6.1992.
- Directorate General for Internal Policies Policy Department A: Economic and Scientific Policy, *The Social Protection of Workers in the Platform Economy*, Study, Brussels, 2017.
- Directorate General for Internal Policies Policy Department A: Employment Policy, *Social protection rights of economically dependent self-employed workers*, IZA Research Report No 54, Brussels, 2013.
- European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the

- Regions, *Launching a consultation on a European Pillar of Social Rights*, COM (2016) 127 final, Brussels, 8.3.2016.
- European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *A European agenda for the collaborative economy*, COM (2016) 356 final, Brussels, 2.6.2016.
- European Commission, Consolidated report on the preparatory workshops for the Employment, Summit of May 7, 2009, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_09_718, 20.12.2020.
- European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, *Industrial Relations in Europe*, Brussels, 2008.
- European Commission, *European social statistics*, Mariana Kotzeva (ed.), Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2013.
- European Commission, First phase consultation of social partners under Article 138(2) of the EC Treaty concerning cross-border transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses, D (2007), Brussels, 20.06.2007.
- European Commission, *Key economic, employment and social trends behind a European Pillar of Social Rights*, SWD (2016) 51 final, 8 March 2016.
- European Commission, Memorandum on Rights of Workers in Cases of Transfers of Undertakings, Commission Services' Working Document, Brussels, 2004.
- European Commission, *Outcome of the public consultation on the Commission's green paper "Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century"*, COM (2007) 627 final, 24 October 2007.
- European Commission, *Restructuring and Employment, Anticipating and Accompanying Restructuring in Order to Develop Employment: the Role of the European Union*, COM(2005)120 final, Brussels, 31.3.2005.
- European Commission, Commission Staff Working Document Accompanying the Document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European and Social Committee and the Committee of the Regions, establishing a European pillar of social rights, COM (2017) 250 final, Bruxelles, 26.4.2017.
- European Employment Summit - 7 May 2009, Main messages, <https://www.cedefop.europa.eu/de/news/main-messages-employment-summit-7-may-2009>, 20.12.2020.

European Employment Summit – questions and answers, Brussels, 7.5.2009, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_09_223, 20.12.2020.

European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Economically Dependent Workers, Employment Law and Industrial Relations, 2002, <https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2002/economically-dependent-workers-employment-law-and-industrial-relations>, 7. 4. 2020.

European Labour Law Network, *Characteristics of the employment relationship*, Thematic Report, 2009.

European Parliament resolution of 15 June 2017 on a European Agenda for the collaborative economy (2017/2003(INI)) (*Official Journal C 331*, 18.9.2018, 125–134).

European Trade Union Confederation (ETUC), First phase consultation concerning cross-border transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses, 8.10.2007, https://www.etuc.org/sites/www.etuc.org/files/ARD_ETUC_answer_final2007_1.pdf, 10.04.2021.

Legislative resolution embodying Parliament's opinion on the proposal for a Council Directive on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses (COM(94) 0300 C4-0151/94 94/0203(CNS)) (*Official Journal C 33*, 3.2.1997, 81)

Lisbon European Council 23 and 24 March 2000, Presidency Conclusions, παράγραφ 5, http://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_en.htm, 12.12. 2020.

Opinion of the Economic And Social Committee on the Proposal for a Council Directive on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses (*Official Journal C 133*, 31.5.1995, 13–22).

Opinion of the European Economic and Social Committee on „New trends in self-employed work: the specific case of economically dependent self-employed work“ (own-initiative opinion) (*Official Journal of the European Union C 18*, 19.1.2011).

Report of the Task Force on Maritime Employment and Competitiveness and Policy Recommendations to the European Commission, 9.6.2011, <http://csdle.lex.unict.it/docs/labourweb/Report-and-Policy-Recommendations-to-the-European-Commission-/1427.aspx>, 16. 9. 2020.

The European Parliament, the Council of the European Union and the European Commission, *European Pillar of Social Rights*, adopted on the 17 November 2017 in occasion of the Gothenburg Summit for Fair Jobs and Growth.

4. Европска асоцијација за слободну трговину

Саветодавно мишљење Суда ЕФТА-е у предмету Е-2/95 (*Eilert Eidesund v. Stavanger Catering A/S*) од 25. септембра 1996. године, <https://eftacourt.int/cases/e-02-95/>, 16.3.2021.

Пресуда Суда ЕФТА-е у предмету Е-2/04 (*Reidar Rasmussen, Jan Rossavik, and Johan Kaldman v. Total E&P Norge AS, v/styrets formann*) од 10. децембра 2004. године, <https://eftacourt.int/cases/e-02-04/>, 10.4.2021.

II ИЗВОРИ ПРАВА УНУТРАШЊЕГ ПОРЕКЛА

1. Домаће право

1.1. Извори права

Устав Социјалистичке Федеративне Републике Југославије (*Службени лист СФРЈ*, бр. 9/1974).

Закон о акционарским друштвима (*Српске новине* од 10. децембра 1896. године).

Закон о алтернативним инвестиционим фондовима, (*Службени гласник РС*, бр. 73/2019).

Закон о банкама (*Службени гласник РС*, бр. 107/2005, 91/2010 и 14/2015).

Закон о безбедности и здрављу на раду (*Службени гласник РС*, бр. 101/2005, 91/2015 и 113/2017 - др. закон).

Закон о ванпарничном поступку (*Службени гласник РС*, бр. 25/82 и 48/88 и *Службени гласник РС*, бр. 46/95 - др. закон, 18/2005 - др. закон, 85/2012, 45/2013 - др. закон, 55/2014, 6/2015 и 106/2015 - др. закон).

Закон о добровољним пензијским фондовима и пензијским плановима (*Службени гласник РС*, бр. 85/2005 и 31/2011).

Закон о доприносима за обавезно социјално осигурање („Сл. гласник РС“, бр. 84/2004, 61/2005, 62/2006, 5/2009, 52/2011, 101/2011, 7/2012 - усклађени дин. изн., 8/2013 - усклађени дин. изн., 47/2013, 108/2013, 6/2014 - усклађени дин. изн., 57/2014, 68/2014 - др. закон, 5/2015 - усклађени дин. изн., 112/2015, 5/2016 - усклађени

дин. изн., 7/2017 - усклађени дин. изн., 113/2017, 7/2018 - усклађени дин. изн., 95/2018, 4/2019 - усклађени дин. изн., 86/2019 и 5/2020 - усклађени дин. изн., 153/2020, 6/2021 - усклађени дин. изн и 44/2021).

Закон о државним службеницима (*Службени гласник РС*, бр. 79/2005, 81/2005 - испр., 83/2005 - испр., 64/2007, 67/2007 - испр., 116/2008, 104/2009, 99/2014, 94/2017, 95/2018 и 157/2020).

Закон о забрани дискриминације (*Службени гласник РС*, бр. 22/2009 и 51/2021).

Закон о задругама (*Службени гласник РС*, бр. 112/2015).

Закон о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе, (*Службени гласник РС*, бр. 21/2016, 113/2017, 95/2018, 113/2017 - др. закон, 95/2018 - др. закон, 86/2019 - др. закон и 157/2020 - др. закон).

Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености („Сл. гласник РС“, бр. 36/2009, 88/2010, 38/2015, 113/2017 и 113/2017 - др. закон и 49/2021).

Закон о заштити радника (*Службене новине Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца*, бр. 128/XXI, 75/XIV, 72/XXII и 135/LXII).

Закон о изменама и допунама Закона о раду (*Службени гласник РС*, бр. 75/2014).

Закон о јавним предузећима, (*Службени гласник РС*, бр. 15/2016 и 88/2019).

Закон о јавним службама (*Службени гласник РС*, бр. 42/91 и 71/94).

Закон о јавним службама (*Службени гласник РС*, бр. 42/91, 71/94, 79/2005 - др. закон, 81/2005 - испр. др. закона, 83/2005 - испр. др. закона и 83/2014 - др. закон).

Закон о јавним службеницима (*Службени лист ФНРЈ*, бр. 53/57).

Закон о међусобним односима радника у удруженом раду (*Службени лист СФРЈ*, бр. 22/73).

Закон о наслеђивању (*Службени гласник РС*, бр. 46/95, 101/2003 - одлука УСРС и 6/2015).

Закон о облигационим односима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 - Уставна повеља и *Службени гласник РС*, бр. 18/2020).

Закон о основама радних односа (*Службени лист СРЈ*, бр. 29/96).

Закон о основним правима из радног односа (*Службени лист СФРЈ*, бр. 60/89, 42/90 и *Службени лист СРЈ*, бр. 42/92, 24/94).

Закон о отвореним инвестиционим фондовима са јавном понудом (*Службени гласник РС*, бр. 73/2019).

Закон о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре (*Службени гласник РС*, бр. 99/2011, 83/2014 и 31/2019).

Закон о приватизацији (*Службени гласник РС*, бр. 38/2001, 18/2003, 45/2005, 123/2007, 123/2007 - др. закон, 30/2010 - др. закон, 93/2012, 119/2012, 51/2014 и 52/2014 - одлука УС).

Закон о приватизацији (*Службени гласник РС*, бр. 83/2014, 46/2015, 112/2015 и 20/2016 - аутентично тумачење).

Закон о приватним предузетницима (*Службени гласник СРС*, бр. 54/89 и 9/90 и *Службени гласник РС*, бр. 19/91, 46/91, 31/93 - одлука УСРС, 39/93, 53/93, 67/93, 48/94, 53/95, 35/2002, 101/2005 - др. закон, 55/2004 - др. закон, 61/2005 - др. закон и 36/2011 - др. закон).

Закон о привредним друштвима (*Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 - др. закон, 5/2015, 44/2018, 95/2018 и 91/2019).

Закон о радним односима (*Службени гласник РС*, бр. 55/96).

Закон о радним односима (*Службени лист ФНРЈ*, бр. 53/57).

Закон о радњама (*Службене новине Краљевине Југославије*, бр. 262/LXXXI).

Закон о радњама (*Српске новине* од 29. јуна 1910. године).

Закон о раду (*Службени гласник РС*, бр. 24/05).

Закон о раду (*Службени гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 - одлука УС, 113/2017 и 95/2018 - аутентично тумачење).

Закон о раду (*Службени гласник РС*, бр. 70/2001 и 73/2001).

Закон о раду (*Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05 и 54/09).

Закон о родној равноправности (*Службени гласник РС*, бр. 52/2021).

Закон о спорту (*Службени гласник РС*, бр. 10/2016).

Закон о спречавању злостављања на раду (*Службени гласник РС*, бр. 36/2010).

Закон о стечају (*Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011 - др. закон, 71/2012 - одлука УС, 83/2014, 113/2017, 44/2018 и 95/2018).

Закон о удруженом раду (*Службени лист СФРЈ*, бр. 53/76, 57/83, 85/87, 6/88 и 38/88).

Закон о удружењима (*Службени гласник РС*, бр. 51/2009, 99/2011 - др. закони и 44/2018 - др. закон“).

Законом о задужбинама и фондацијама (*Службени гласник РС*, бр. 88/2010, 99/2011 - др. закон и 44/2018 - др. закон).

Основни закон о предузећима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 17/65 (исправка 20/65), 31/67, 48/68 и 55/69).

Основни закон о радним односима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 17/65).

Основни закон о радним односима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 17/65, са изменама *Службени лист СФРЈ* бр. 43/66, 52/66, 28/68, 20/69, 12/70 - пречишћен текст).

Основни закон о управљању државним привредним предузећима и вишим привредним удружењима од стране радних колектива (*Службени лист ФНРЈ*, бр. 43/50).

Породични закон (*Службени гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011 - др. закон и 6/2015).

Аутентично тумачење одредаба члана 37. ст. 1-3, став 4. тачка 4) и члана 147. Закона о раду (*Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/17 - УС И 113/17), *Службени гласник РС*, бр. 95/2018.

Правилник о садржини Регистра привредних субјеката и документацији потребној за регистрацију (*Службени гласник РС*, бр. 42/2016).

1.2. Судска пракса и мишљења државних органа

Мишљење Министарства рада и социјалне политике, бр. 011-00-01185/2007-02 од 15. 1. 2008. године, извор: *Paragraf Lex*.

Мишљење Министарства рада и социјалне политике, бр. 011-00-113/2008-02 од 20.2.2008. године, извор: *Paragraf Lex*.

Мишљење Министарства рада и социјалне политике, бр. 011-00-1209/2007-02 од 14. 2. 2008. године, извор: *Paragraf Lex*.

Мишљење Министарства рада и социјалне политике, бр. 011-00-687/2009-02 од 23. 9. 2009. године, извор: *Paragraf Lex*.

Мишљење Министарства рада, запошљавања и социјалне политике, бр. 011-00-02283/2006-02 од 17.3.2006. године, извор: *Paragraf Lex*.

Народна банка Србије, Сектор добровољних пензијских фондова у србији, *Извештај за друго тромесечје 2021. године, 3*, https://nbs.rs/sr_RS/finansijske-institucije/penzijski-fondovi/izvestaji/, 7.9. 2021.

Одлука Уставног суда, ИУ број 44/2008 од 18. децембра 2008. године (*Службени гласник РС*, бр. 9/2009).

Одлука Уставног суда, Уж број 10900/2017 од 24. 12. 2018. године, извор: *Paragraf Lex*.

Питања и одговори, Овера уговора о уступању и расподели имовине за живота којим се једном потомку уступа предузетничка радња, извор: *Paragraf Lex*.

Правни став Грађанског одељења Врховног касационог суда, усвојен на седници од 7.6.2019. године.

Пресуда Апелационог суда у Нишу 8Гж1. 1231/16 од 11. 05. 2016. године.
Пресуда Апелационог суда у Нишу 19Гж1. 2922/16 од 18. 11. 2016. године.
Пресуда Апелационог суда у Нишу 19Гж1. 2988/16 од 25. 11. 2016. године.
Пресуда Апелационог суда у Нишу 18Гж1. 3623/16 од 09. 12. 2016. године.
Пресуда Апелационог суда у Нишу Гж1. 3430/16 од 16. 12. 2016. године.
Пресуда Апелационог суда у Нишу Гж1. 2696/16 од 20. 12. 2016. године.
Пресуда Апелационог суда у Нишу Гж1. 200/17 од 20. 01. 2017. године.
Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж1. 2372/16.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 1338/2016 од 19.10.2016. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 1584/2015 од 15.01.2016. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 1769/2016 од 15.12.2016. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 2192/2015 од 28.01.2016. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 2194/2015 од 11.05.2016. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 2204/2015 од 28.01.2016. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 810/2015 од 27.10.2015. године.
Пресуда Врховног касационог суда, Рев2 655/2018 од 25. 10. 2018. године.
Пресуда Врховног касационог суда, Рев2 2419/2018(1) од 29. 5. 2019. године.
Решење Вишег привредног суда у Београду Пж. 4513/2000 од 19.07.2000. године, извор:
Paragraf Lex.

2. Страни извори права и судска пракса

Аустрија

Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG), <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10008872>

Белгија

Collectieve arbeidsovereenkomst nr. 32/7 van 23 april 2019, http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=nl&la=N&table_name=wet&cn=2019042308

Велика Британија

United Kingdom, Department of Trade and Industry: Employment Rights Directorate, *European Acquired Rights Directive and Transfer of Undertakings (Protection*

of Employment) Regulations (The TUPE Regulations), Public Consultation, DTI, United Kingdom, 1997.

Parliament, House of Lords, Select Committee on the European Communities, 5th Report, Session 1995-1996, *Transfer of Undertakings, Acquired Rights* (with evidence), House of Lords Papers 38, 21, <https://publications.parliament.uk>

The Collective Redundancies and Transfer of Undertakings (Protection of Employment) (Amendment) Regulations 2014, No 16, <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2014/16/contents/made>

The Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 2006, No 256, <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2006/246/contents/made>

The Employment Rights Act (ERA) 1996 (NHS Recruitment - Protected Disclosure) Regulations 2018, <https://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2018/9780111167519/contents>

Employment Tribunals, Case Numbers: 2202551/2015 & Others, Mr Y Aslam, Mr J Farrar & Others v. Uber B.V., Uber London Ltd. & Uber Britannia Ltd, 28 October 2016, <https://www.judiciary.gov.uk/judgments/mr-y-aslam-mr-j-farrar-and-others-v-uber>

Грчка

Προεδρικό Διάταγμα Ν. 4532/2018 (ФЕК 63/Α/5.4.2018), <https://www.elinyae.gr/ethnikinomothesia/n-45322018-fek-63a-542018>

Данска

LBK nr 710 af 20/08/2002 Bekendtgørelse af lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse, <https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2002/710>

Естонија

Töölepingu seadus, RT I 2009, 5, 35, <https://www.riigiteataja.ee/akt/13120899>

Lepingute ja lepinguväliste kohustuste seadus, RT I 2001, 81, 487, <https://www.riigiteataja.ee/akt/73181>

Ирска

European Communities (Protection of Employees on Transfer of Undertakings) Regulations 2003, Statutory Instrument No. 131/2003, <https://www.irishstatutebook.ie/eli/2003/si/131/made/en/print>

Department of Social Protection, the Office of the Revenue Commissioners, and the Workplace Relations Commission, *Code of Practice on Determining Employment Status*, Dublin, 2021, <https://www.revenue.ie › documents › code-of-practice>

Италија

Codice Civile, <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-civile>

Legge 29 dicembre 1990, n. 428 „Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee (legge comunitaria per il 1990)“ (*Gazzetta Ufficiale* n. 10, 12 gennaio 1991), <http://www.di-elle.it/leggi-voce-menu/129-l-428-90-trasferimento-d-azienda>

Camera dei Deputati, Proposta di Legge, N. 3564, *Disciplina delle piattaforme digitali per la condivisione di beni e servizi e disposizioni per la promozione dell'economia della condivisione*, Presentata il 27 gennaio 2016, <https://www.camera.it/leg17/126?tab=2&leg=17&idDocumento=3564&sede=&tipo>

Канада

Civil Code of Québec - CCQ, <http://legisquebec.gouv.qc.ca/en/showdoc/cs/ccq-1991>

Court of Appeal (Ontario), *Downtown Eatery (1993) Ltd. v. Ontario*, 2001 CanLII 8538 (NS CA), May 22, 2001, <https://ca.vlex.com/vid/downtown-eatery-ltd-v-680844537>

Supreme Court of British Columbia (Canada), *Bartholomay v. Sportica Internet Technologies Inc. et al.*, 2004 BCSC 508, Vancouver S015639, April 16, 2004, <https://ca.vlex.com/vid/bartholomay-v-sportica-internet-681211333>

Кипар

Ο Περί της Διατήρησης και Διασφάλισης των Δικαιωμάτων των Εργοδοτούμενων κατά τη Μεταβίβαση Επιχειρήσεων, Εγκαταστάσεων ή Τμημάτων Επιχειρήσεων ή Εγκαταστάσεων, Νόμος του 2000 (N. 104(I)/2000, N. 39(I)/2003, N. 162(I)/2018), http://www.cylaw.org/nomoi/indexes/2000_1_104.html

Летонија

Darba likums (Latvijas Vēstnesis, 105, 06.07.2001), <https://www.vestnesis.lv/ta/id/26019-darba-likums>

Литванија

Lietuvos Respublikos darbo kodeksas (TAR, 2016-09-19, Nr. 2016-23709), <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/10c6bfd07bd511e6a0f68fd135e6f40c>

Мађарска

1991. évi XLIX. törvény a csődeljárásról és a felszámolási eljárásról, <https://net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=99100049.tv>

2012. évi I. törvény a munka törvénykönyvéről, <https://net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=a1200001.tv>

2013. évi V. törvény a Polgári Törvénykönyvről, <https://net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=a1300005.tv>

Малта

Att dwar l-Impiegi u r-Relazzjonijiet Industrijali, <https://legislation.mt/eli/cap/452>

Немачка

Bürgerliches Gesetzbuch, <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>

Пољска

Kodeks pracy (Dz. U. 1974 Nr 24 poz. 141 [...] Dz. U. z 2020 r. poz. 1320, z 2021 r. poz. 1162), <http://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU19740240141>

Португалија

Código do Trabalho (Diário da República, 12.2.2009, n.º 30), <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2009-34546475>

Código Civil Português, <http://www.codigocivil.pt/>

Република Српска

Закон о раду Републике Српске (*Службени гласник Републике Српске*, бр. 1/16 и 66/2018).

Румунија

Legea nr. 67/2006 privind protecția drepturilor salariaților în cazul transferului întreprinderii, al unității sau al unor părți ale acestora (Monitorul Oficial nr. 276 din 28 martie 2006), <http://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocument/201247>

Северна Македонија

Закон за работните односи (*Службени весник на Р. Македонија*, број 62/2005, 106/2008, 161/2008, 114/2009, 130/2009, 50/10, 52/10, 124/10, 47/11, 11/12, 39/12, 13/13, 25/13, 170/13, 187/13, 113/14, 20/15, 33/15, 72/15, 129/15 и 27/16).

Сједињене Америчке Државе

Пресуда Врховног Суда Сједињених Америчких Држава у предмету бр. 71-123 (*NLRB v. Burns Int'l Security Svcs., Inc.*) од 5. маја 1972. године (406 U.S. 272 (1972)), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/406/272/>

Bureau of Labor Statistics, U.S. Department of Labor, News Release, Union Members - 2020, January 22, 2021, <https://www.bls.gov/news.release/union2.nr0.htm>

Словачка

Zákon o konkurze a reštrukturalizácii (v znení č. r1/c31/2005 Z. z., [...] 72/2021 Z. z.), <https://www.zakonypreludi.sk/zz/2005-7>

Словенија

Zakon o delovnih razmerjih (*Uradni list RS*, št. 21/13, 78/13 – popr., 47/15 – ZZSDT, 33/16 – PZ-F, 52/16, 15/17 – odl. US, 22/19 – ZPosS, 81/19, 203/20 – ZIUPOPVE in 119/21 – ZČmIS-A).

Obligacijski zakonik (*Uradni list RS*, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo, 64/16 – odl. US in 20/18 – OROZ631).

Турска

Türk Borçlar Kanunu, No 6098, 11.01.2011, <https://www.mevzuat.gov.tr > 1.5.6098.pdf>

İş Kanunu, Numarası, No 4857, 22.5.2003, https://sksdb.sinop.edu.tr/wp-content/uploads/sites/113/2019/12/knn-8-4857_sayili_is_kanunu.pdf

Федерација Босне и Херцеговине

Zakon o radu (*Službene novine Federacije BiH*, br. 26/16 i 89/18)

Финска

Työsopimuslaki, 55/2001 [...] 1237/2020, <https://www.finlex.fi/fi/laki/ajantasa/2001/20010055>

Француска

Code Civile, <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070721/>

Code du Travail, <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006072050/>

Cour de cassation, Chambre sociale, 18 janvier 2011, *Publié au bulletin*, 09-69.199, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT0000023462329/>

Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 28 novembre 2018, *Publié au bulletin*, 17-20.079, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT0000037787075/>

Loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique, <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000265767/>

Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (*Journal Officiel de la République Française*, n°0035 du 11 février 2016), <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT0000032004939/>

Холандија

Burgerlijk Wetboek (Boek 6; Boek 7), <https://wetten.overheid.nl/BWBR0005289/2020-07-01>

Хрватска

Zakon o radu (*Narodne novine*, 93/14, 127/17, 98/19).

Црна Гора

Закон о раду (*Службени лист Црне Горе*, бр. 74/2019 и 8/2021).

Чешка

Zákoník práce, Zákon č. 262/2006 Sb, <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/2006-262>

Швајцарска

Obligationenrecht (vom 30. März 1911 (Stand am 1. Juli 2021)),
https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377/de

Шведска

Lag (1982:80) om anställningsskydd, LAS, https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-198280-om-anstallningsskydd_sfs-1982-80

Шпанија

Ley del Estatuto de los Trabajadores (*Boletín Oficial del Estado*, 29.3.1995, núm. 75, 9654-9688), Real Decreto Legislativo 2/2015 de 24 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (*Boletín Oficial del Estado*, 24.10.2015, núm. 255, 9654-9688), <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>

БИОГРАФИЈА АУТОРА

Марија Драгићевић је рођена 01.03.1988. године у Прокупљу. Основну школу „Дринка Павловић“ и Гимназију завршила је у Куршумлији, као носилац дипломе „Вук Караџић“. Правни факултет Универзитета у Нишу уписала је школске 2007/2008. године, на којем је и дипломирала 25. марта 2012. године, као студент генерације са просечном оценом 10,00 (десет). Током основних академских студија права била је добитник већег броја похвалница и диплома за постигнути успех током студирања. Од Града Ниша је два пута награђивана, и то као најбољи студент Универзитета у Нишу у 2010. години и као најбоље дипломирана студенткиња Универзитета у Нишу у 2012. години. Прву годину докторских академских студија права на Правном факултету Универзитета у Нишу уписала је школске 2012/2013. године на модулу за пословно право на којем је положила све испите и испунила све обавезе предвиђене студијским програмом докторских академских студија права на првој и другој години студија, а школске 2016/2017. године уписала је докторске студије права на јавноправном модулу (ужа радноправна научна област), на којем је испунила све обавезе и положила испите са просечном оценом 10,00 (десет).

Од 2014. године до 2016. године обављала је приправнички стаж у Привредном суду у Нишу као судијски приправник - волонтер, а децембра 2016. године положила је правосудни испит. У марту 2016. године изабрана је у звање асистент за ужу јавноправну научну - предмет Радно и социјално право на Правном факултету Универзитета у Нишу.

Током основних и докторских академских студија права награђивана је различитим стипендијама. Као стипендиста докторанд Министарства просвете, науке и технолошког развоја била је распоређена у акредитовану научноистраживачку организацију (Правни факултет Универзитета у Нишу) на пројекту „Заштита људских права и мањинских права у европском правну простору“. Два пута је била добитник стипендије Института Европа на Универзитету Сарланд у Немачкој, те је током 2017. године и 2018. године боравила три месеца у Сарбрикену, ради научног и стручног усавршавања и прикупљања литературе за докторску дисертацију.

У свом досадашњем научноистраживачком раду била је учесник већег броја семинара, радионица и трибина. Током јула месеца 2018. године похађала је летњу школу Европског приватног права на Правном факултету Универзитета Салцбург у Аустрији. Учествовала је са рефератима на осам научних скупова у земљи и иностранству и на три научноистраживачка пројекта. Објавила је 17 научних и стручних радова у којима је обрађивала актуелна питања како из области радног и социјалног права, тако и из трговинскоправне научне области.

ИЗЈАВА О АУТОРСТВУ

Изјављујем да је докторска дисертација, под насловом

ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ЗАПОСЛЕНИХ У СЛУЧАЈУ ПРОМЕНЕ ПОСЛОДАВЦА

која је одбрањена на Правном факултету Универзитета у Нишу:

- резултат сопственог истраживачког рада;
- да ову дисертацију, ни у целини, нити у деловима, нисам пријављивао/ла на другим факултетима, нити универзитетима;
- да нисам повредио/ла ауторска права, нити злоупотребио/ла интелектуалну својину других лица.

Дозвољавам да се објаве моји лични подаци, који су у вези са ауторством и добијањем академског звања доктора наука, као што су име и презиме, година и место рођења и датум одбране рада, и то у каталогу Библиотеке, Дигиталном репозиторијуму Универзитета у Нишу, као и у публикацијама Универзитета у Нишу.

У Нишу, 27.01.2022. године

Потпис аутора дисертације:

Марија Р. Драгићевић

Марија Р. Драгићевић

**ИЗЈАВА О ИСТОВЕТНОСТИ ЕЛЕКТРОНСКОГ И ШТАМПАНОГ ОБЛИКА
ДОКТОРСКЕ ДИСЕРТАЦИЈЕ**

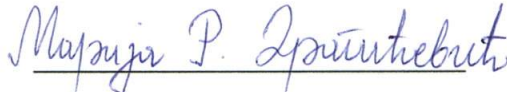
Наслов дисертације:

ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ЗАПОСЛЕНИХ У СЛУЧАЈУ ПРОМЕНЕ ПОСЛОДАВЦА

Изјављујем да је електронски облик моје докторске дисертације, коју сам предао/ла за уношење у **Дигитални репозиторијум Универзитета у Нишу**, истоветан штампаном облику.

У Нишу, 27. 01. 2022.

Потпис аутора дисертације:


Марија Р. Драгићевић

ИЗЈАВА О КОРИШЋЕЊУ

Овлашћујем Универзитетску библиотеку „Никола Тесла“ да у Дигитални репозиторијум Универзитета у Нишу унесе моју докторску дисертацију, под насловом:

ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ЗАПОСЛЕНИХ У СЛУЧАЈУ ПРОМЕНЕ ПОСЛОДАВЦА

Дисертацију са свим прилозима предао/ла сам у електронском облику, погодном за трајно архивирање.

Моју докторску дисертацију, унету у Дигитални репозиторијум Универзитета у Нишу, могу користити сви који поштују одредбе садржане у одабраном типу лиценце Креативне заједнице (Creative Commons), за коју сам се одлучио/ла.

1. Ауторство (CC BY)
2. Ауторство – некомерцијално (CC BY-NC)
3. Ауторство – некомерцијално – без прераде (CC BY-NC-ND)
4. Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима (CC BY-NC-SA)
5. Ауторство – без прераде (CC BY-ND)
6. Ауторство – делити под истим условима (CC BY-SA)

У Нишу, 27. 01. 2022. године

Потпис аутора дисертације:

Марија Р. Драгићевић
Марија Р. Драгићевић